UNIVERSIDAD DE MENDOZA

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES

CARRERA DE DOCTORADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

CICLO: EL DERECHO DE LAS FAMILIAS EN EL SIGLO XXI

TÍTULO DE LA TESIS:

EL CONCEPTO DE DIGNIDAD HUMANA DE LA GESTANTE EN LA GESTACION POR SUSTITUCION. UN ACERCAMIENTO DESDE LA LITERATURA

Nombre del doctorando: GABRIEL R. JUAN

Directora: LUCIANA ALVAREZ

Lugar y fecha: Mendoza, 01 de setiembre de 2019

ÍNDICE GENERAL

NÓMINA DE ABREVIATURAS MÁS USADAS 9

INTRODUCCION 11

CAPITULO I. EL DERECHO *EN* LA LITERATURA. EL RETO FICCIONAL 21

1. LA INTERPRETACION COMO PUENTE TEORICO ENTRE DERECHO Y LITERATURA 21

2. ANTECEDENTES Y PERSPECTIVAS 31

a) El *common law* y el "derecho *como* literatura" 33

b) El sistema continental y el "derecho *en* la literatura" 37

3. LOS CLASICOS Y LA NARRATIVA CONTEMPORANEA. LA NEUTRALIDAD MORAL DE LA LITERATURA 40

a) Obras clásicas 41

b) Narrativa contemporánea 62

4. ARGUMENTACION JURIDICA 67

a) Concepción del derecho 70

b) Concepto y concepciones de argumentación jurídica 71

c) Contexto de descubrimiento y contexto de justificación 73

d) Análisis de los argumentos 77

e) Evaluación de los argumentos 79

f) Forma de argumentar 85

5. LA CONTRIBUCION DEL *RETO FICCIONAL* 88

6. EL LENGUAJE COMO DENOMINADOR COMUN 91

7. A MODO DE CIERRE 93

CAPITULO II. LA FILIACION Y LOS DERECHOS HUMANOS EN LA GESTACION POR SUSTITUCION 97

1. EMPLAZAMIENTO FILIAL 98

a) La voluntad procreacional 99

b) La Gestación por Sustitución (GS) 104

2. LOS CONFLICTOS JURIDICOS FUNDAMENTALES DERIVADOS DE LA PROHIBICION Y DE LA OMISION LEGISLATIVA 107

a) Una legislación prohibitiva como punto de partida 107

b) La situación jurídica en la Argentina 116

c) Del silencio normativo a la realidad 120

3. EL DERECHO HUMANO A LA VIDA PRIVADA Y FAMILIAR, Y A LA PROCREACION DE LOS PADRES DE INTENCION 122

a) Posición de partida postpositivista: el *constitucionalismo Jurídico* 123

b) Un breve repaso histórico sobre el constitucionalismo 125

c) El Estado de derecho constitucional-convencional 127

d) Derechos humanos de los padres de intención 129

e) Algunas conclusiones preliminares 137

4. LA LUZ GIRA HACIA LA GESTANTE. EL CONSENTIMIENTO INFORMADO, PREVIO Y LIBRE COMO PUNTO DE PARTIDA. SU DOBLE FUNCION 140

a) El consentimiento informado, previo y libre, y la legislación argentina 140

b) El consentimiento informado, previo y libre, en la Corte IDH 143

c) Reglas de interpretación: *corpus iuris* 145

5. UN CASO DIFICIL CREADO POR UNA DECISION DE POLITICA LEGISLATIVA 150

a) La omisión como decisión política errónea y la perspectiva de la gestante 152

b) Un caso difícil de derecho de las familias 153

c) En la búsqueda de la "respuesta correcta" 155

d) Argumentos y contraargumentos 157

CAPITULO III. LA DIGNIDAD DE LA GESTANTE 163

1. EL CASO DE LA GESTANTE DE EVA GAGLIARDI COMO PUNTO DE PARTIDA. LA TRAMA OCULTA DE SU VULNERABILIDAD 164

a) La hipótesis de trabajo derivada del reto ficcional 168

b) La dignidad humana como categoría pluridisciplinar y pluridimensional 170

c) Solución compleja a un problema complejo 171

2. LA DIGNIDAD HUMANA: UN CONCEPTO DIFUSO 173

a) Diferentes referencias 176

b) Vaguedad gradual y sistemática 177

c) Textura abierta 177

d) Carga emotiva 178

e) Otro reto ficcional 179

f) Diferentes sentidos de dignidad 185

3. LA DIGNIDAD HUMANA EN LA NORMATIVA BIOETICA INTERNACIONAL. 186

a) La dignidad como autonomía 191

b) La dignidad heterónoma 194

c) Concepción de la dignidad humana en bioética 194

d) La dignidad como concepto complejo y abstracto. 197

e) La interpretación de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos. 198

f) A propósito de la gratuidad y la disposición del propio cuerpo 203

g) Corolario desde un enfoque normativo 207

4. LA DIGNIDAD DE LA ESPECIE HUMANA 208

a) La herencia genética y su intervención artificial 210

b) El camino hacia la ética de la especie....211

c) De nuevo el reto ficcional. Un giro en la ética de la especie: la *inviolabilidad* de la dignidad humana 216

d) A modo de cierre: ética de la especie y ética de la humanidad, a fin de no convalidar un nuevo tipo de desigualdad estructural sobre la gestante....224

5. LA DIGNIDAD DE LOS INDIVIDUOS 227

a) Dignidad relativa....228

b) Dignidad absoluta....229

c) Posible ubicación conceptual de la dignidad de la gestante 230

d) El concepto absoluto desde el punto de vista objetivo 231

e) Corolario desde un enfoque de la dignidad individual 243

CAPÍTULO IV. LA PERSPECTIVA DE GÉNERO EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS 245

1. CULTURA DE DISCRIMINACION CONTRA LA MUJER 250

a) Discriminación contra la mujer *en* la literatura 251

b) La consideración de inferioridad de la mujer. El patrón de conducta discriminatorio....260

c) Mujer, pobre, migrante y refugiada. El impacto en la autonomía de la salud sexual y reproductiva. 271

d) Invisibilidad de la violencia contra la mujer. 275

e) Estereotipos y roles asignados a la mujer....277

2. VIOLENCIA DE GENERO Y DIGNIDAD HUMANA 279

a) El derecho *en* la literatura. La violencia de género derivada del uso ideológico el derecho 279

b) Violencia sexual contra una mujer indígena. Autopercepción 284

c) Violencia sexual contra una mujer indígena como forma de tortura. 285

d) Violencia sexual contra una mujer indígena y menor de edad. 288

e) Violencia sexual contra mujeres privadas de la libertad como uso simbólico de humillación. Abuso de poder 289

f) La violencia sexual y su prueba 293

g) Violencia contra mujeres privadas de la libertad y embarazadas 297

h) Violencia sexual de mujeres en situación de desplazamientos armados. 298

i) Revictimización de mujeres mayores de edad 299

j) Abuso sexual de niñas y adolescentes 301

3. A MODO DE CIERRE 304

CAPÍTULO V. PROPUESTA DE UN CONTENIDO CONCRETO Y ESPECIFICO DE LA DIGNIDAD HUMANA DE LA GESTANTE EN LA GESTACION POR SUSTITUCION 307

1. LA DIGNIDAD DEL ALTRUISMO GENUINO 308

a) El supuesto de altruismo genuino. Un fin en sí mismo. 309

b) Otros supuestos de GS 323

c) Recapitulación 324

2. EL ALTRUISMO GENUINO Y LA DESIGUALDAD ESTRUCTURAL. UNA JUSTIFICACION RAZONABLE 327

a) La modernidad inacabada: entre liberalismo y comunitarismo 328

b) Autonomía relacional 335

c) La igualdad compleja 340

d) La solidaridad ante el reconocimiento de la vulnerabilidad humana 348

CONCLUSIONES 355

BIBLIOGRAFIA 363

NÓMINA DE ABREVIATURAS MÁS USADAS

–Acuerdo de gestación por sustitución (AGS)

–Antes de Cristo (a. C.)

–Artículo/s (art./arts.)

–Capítulo/s (cap./caps.)

–Convención Americana de Derechos Humanos (CADH)

–Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH)

–Constitución de España (CE)

–Código Civil y Comercial de la Nación (CCyC)

–Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)

–Constitución Nacional (CN)

–Convención sobre la Eliminación de toda forma de Discriminación contra la Mujer (CEDAW)

–Convención de los derechos del Niño (CDN)

–Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención Belem do Pará)

–Convenio para la protección de los Derechos Humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina (Convenio de Oviedo)

–Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH)

–Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN)

–Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos (*Declaración*)

–Derechos Humanos (DDHH)

–Diagnóstico genético preimplantacional (DGP)

–Etcétera (etc.)

–Gestación por sustitución (GS)

–Organización Mundial de la Salud (OMS)

–Párrafo/s (pár./párs.)

–Técnicas de reproducción humana asistida (TRHA)

–Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)

INTRODUCCION

El presente trabajo de investigación pretende delinear un contenido concreto y especifico del concepto de dignidad humana de la gestante en la gestación por sustitución, dentro del sistema constitucional-convencional argentino. A tal fin, al amparo del paradigma[1] de la transdisciplinariedad, se utiliza como punto de partida una representación literaria contemporánea.

Los conflictos bioéticos que se presentan en el momento de decidir sobre casos vinculados a la gestación mediante el uso de técnicas de reproducción humana asistida (TRHA), las prácticas genéticas, el aborto o la eutanasia, involucran cuestiones atinentes a los derechos humanos. Por tanto, es habitual que se aluda a la dignidad de la persona humana; ya sea para justificar la legitimidad del acto, ya sea para desestimarla. Pero el concepto de dignidad humana es difuso. Es decir, admite varios significados que difieren según se lo aborde desde una perspectiva religiosa, sociológica, jurídica o filosófica, sea esta última ontológica, ética o política. En su tratamiento normativo, algunos instrumentos internacionales, constituciones, códigos y leyes se remiten a la dignidad humana como concepto fundante y justificativo, primero y último, de los derechos humanos que receptan, aunque no la caracterizan ni la delimitan.

La gestación por sustitución (GS) es una TRHA que involucra derechos humanos de todos los partícipes originarios del acuerdo, esto es, de los padres de intención y de la gestante. También comprende los del niño o niña nacido de la práctica. Y estos derechos humanos (derecho a la vida privada y familiar, a la integridad psicofísica, a la identidad) se asientan sobre la dignidad humana.

En el acuerdo de gestación por sustitución (AGS) se invoca la dignidad humana de la gestante en sentidos antagónicos. Por una parte, se sostiene que se la respeta al permitírsele el ejercicio pleno de su autonomía personal, lo que significa la puesta en práctica de su voluntad de gestar para otros, que se expresa mediante el otorgamiento

[1] Kuhn, 2013, p. 161 y ss. La publicación de la primera edición de *La estructura de las revoluciones científicas* de Kuhn se realizó en 1962. La versión traducida al castellano con la que cuento incluye un "Epílogo", del año 1969. Allí, Kuhn aclara el concepto de paradigma: "Por un lado, hace alusión a toda la constelación de creencias, valores, técnicas y demás, compartidos por los miembros de una comunidad dada. Por otro, denota un tipo de elemento de dicha constelación, las soluciones concretas a rompecabezas que, usadas como modelo o ejemplos, pueden sustituir a las reglas explícitas como base para la solución de los restantes rompecabezas de la ciencia normal. […] Un paradigma es lo que comparten los miembros de una comunidad científica y, a la inversa, una comunidad científica consta de personas que comparten un paradigma." (Kuhn, 2013, p. 346-348).

de un consentimiento informado. Por la otra, la argumentación contraria replica que se la viola, al requerírsele a la gestante la instrumentalización de su propio cuerpo.

De modo que la importancia de la GS está dada porque: (i) se trata de una práctica en aumento sostenido, tanto a nivel nacional como en el extranjero, posiblemente, más allá de lo que dan cuenta las experiencias tribunalicias; (ii) es un fenómeno que tiene efectos jurídicos trascendentes, tanto en lo que se vincula a la realización de la práctica (sobre la propia personalidad de los implicados), como luego del nacimiento del niño o niña sobre su emplazamiento filial; (iii) impacta en los derechos humanos de todos los involucrados y, en consecuencia, sobre su dignidad humana; y (iv) exige al juez resolver respecto de su aceptación o rechazo "mediante una decisión razonablemente fundada" (artículo 3 del Código Civil y Comercial de la Nación –CCyC–).

Sin embargo, la GS carece de regulación legal positiva en la Argentina. Si bien estaba prevista en el anteproyecto del Código Civil y Comercial que, convertido en ley, rige en la Argentina desde el 1 de agosto de 2015, la figura se excluyó durante el trámite parlamentario.

En relación con la jurisprudencia nacional, los fallos que han resuelto situaciones vinculadas a la GS, cuando se refieren a la dignidad humana lo hacen de manera argumentativa abstracta, esto es, sin asignarle un contenido concreto. Uno de los últimos dictados en la provincia de Mendoza relacionado con este tema,[2] se remite a algunas de las consideraciones sobre dignidad humana expuestas por la Corte Interamericana de derechos Humanos (Corte IDH) en el precedente "Artavia Murillo", del año 2012.[3]

Dada la problemática expuesta, parece razonable asignar a la dignidad humana un contenido propio, pasible de validación, que justifique el fin asignado por el derecho. Asimismo, por tratarse de la fundamentación estructural de los derechos humanos, el "concepto normativo fundamental y sustantivo, a partir del cual los derechos humanos pueden ser deducidos",[4] la reflexión destinada a la asignación de contenido concreto es iusfilosófica.

[2] Juzgado de Familia n°2, Mendoza, Expte. N°3360/16 "S. M. S.; T. C. J.; B. P. V. p/Medidas Autosatisfactivas", de 15 feb. 2018.
[3] Corte IDH, caso "Artavia Murillo", 2012.
[4] Habermas, 2010, p. 4.

En esta línea argumental, en atención a las características peculiares que presenta el AGS y los riesgos que asume la persona gestante en su integridad psicofísica, se entiende que mejor aún es pensar en un contenido concreto y específico de dignidad humana de la gestante. Por esas mismas razones, se impone además que este contenido concreto y específico contenga una perspectiva de género.[5] De esta manera se logrará visibilizar su operatividad en cada caso sometido a examen. Y solo entonces se estará en condiciones de obtener una conclusión justificada racionalmente, en favor o en contra de la GS.

Con el propósito de cumplir el objetivo propuesto, la investigación se basa en diversos estudios teóricos-descriptivos de derecho (dogmática y jurisprudencia, tanto nacional como comparada) y filosófico-jurídicos de la dignidad humana y de la GS. El análisis crítico incluye también el de las figuras legales conexas. Asimismo, se discriminan las diferentes perspectivas de cada una de las personas involucradas en la práctica.

Ronald Dworkin enseña que es común para los filósofos políticos o del derecho, juristas, lingüistas, entre otros, crear o defender teorías de la justicia, de la ética, de la interpretación jurídica, a partir de principios o estructuras del lenguaje o pensamiento, para luego aplicarlas a problemas concretos. Esta es una visión desde fuera hacia adentro. Pero también se puede recorrer el camino inverso. Es decir, comenzar con un problema práctico y a partir de él preguntar qué cuestiones generales de filosofía o teoría se deben enfrentar para solucionarlo.[6] Estas teorías hechas a medida, a partir de un caso (desde adentro hacia afuera), son las que mejor se ajustan a la necesidad de encontrar una respuesta justificada con incidencia práctica. Y por lo tanto son las que tienen mejores posibilidades de éxito.[7]

En este sentido, el análisis crítico comienza con un supuesto provisto por la literatura. La interrelación "derecho *en* la literatura" es una propuesta novedosa, que

---

[5] La Corte regional define el concepto de género de la siguiente manera: *"Se refiere a las identidades, las funciones y los atributos construidos socialmente de la mujer y el hombre y al significado social y cultural que se atribuye a esas diferencias biológicas."* (Corte IDH, OC 24/2017, párr. 32).

[6] Dworkin, 1994, p. 42.

[7] "Cuando razonamos desde fuera hacia adentro, una cuestión práctica debe elegir, como en un almacén comercial, entre las teorías ya acabadas y dispuestas sobre los estantes, aquella que formula y trata de responder a preguntas que se ajustan mejor a las propias dimensiones de esa cuestión práctica. En cambio, cuando razonamos desde dentro hacia afuera las teorías están hechas a la medida, hechas para la ocasión… Las teorías hechas en casa de esta manera, y no las que se venden al por mayor o son de importación tendrán mayores probabilidades de éxito en el foro político. Quizá también fueran las mejores para la academia, pero esa es otra historia." (Dworkin, 1994, p. 42-43).

utiliza un caso ficcional *como si* se tratara de un hecho –también narrativo– real. Los estudios de derecho y literatura poseen la ventaja, entre otros beneficios, de facilitar el acceso al conocimiento jurídico por otra vía. El paradigma de la transdisciplina es de gran ayuda en el estudio de toda problemática jurídica compleja, razón por la cual existe consenso en considerar que es válido recurrir a él como forma de abordaje e interpretación del fenómeno jurídico. Es en ese contexto transdisciplinario, donde la complementariedad derecho-literatura-argumentación jurídica encuentra un adecuado ámbito de desarrollo. De esta forma, la apertura, problematización, y replanteo de las posibilidades argumentativas se trabajan desde la particular visión que posibilita el recurso literario.

El análisis crítico sobre el que se asienta este trabajo impone un estudio estructurado por etapas. La primera se ocupa del ordenamiento jurídico, donde se incluyen aspectos de derecho comparado. La siguiente de la dogmática y la jurisprudencia, lo que éstas sostienen sobre el tema en examen. La última se focaliza en la interpretación y argumentación jurídicas. Aquí es donde se introduce la relación "derecho *en* la literatura". La estructuración en etapas de estos recorridos responde a efectos descriptivos, lo cual significa que no se trata de compartimentos cerrados o sucesivos. De manera que, si bien el estudio se inicia con la legislación, en su devenir no se excluyen aspectos propios de la dogmática y la jurisprudencia, como así también de la interpretación y argumentación jurídicas. Lo mismo sucede cuando el foco se coloca principalmente sobre las otras dos fases. De este modo se construye una red, que permite amortiguar mejor las posibles fugas argumentales.

En el afán de cumplir con el objetivo general propuesto, recurro también a saberes jurídicos, de la ética y de la filosofía política, desde la perspectiva del "constitucionalismo jurídico".[8] Se trata de una posición inmersa dentro de una concepción del derecho postpositivista, es decir, diferente al positivismo jurídico y al iusnaturalismo.[9] La base teórica que subyace reconoce la existencia de una relación

[8] Denominación dada por Manuel Atienza, en cuya concepción se pueden incluir a autores como Dworkin, Alexy, Nino o MacCormick. (Atienza, 2014, p. 313).

[9] Esta posición, además, tampoco debe confundirse con el neoconstitucionalismo, pues bajo ese rótulo se enrolan quienes reducen el derecho solo a "principios" o "valores", quitándole por tanto eficacia a las "reglas" (elemento autoritativo). Tampoco –menos aún– con su opuesto, esto es, el formalismo, pues ésta es una concepción que reduce el derecho a "reglas", y prescinde de otros fenómenos sociales y culturales. (Atienza, 2014, p. 308).

necesaria entre derecho, moral y política, pero sin que ello implique reducir el derecho a cualquiera de las otras dos. Para esta visión, la filosofía del derecho no debe ser solo descriptiva y explicativa, sino también normativa, esto es, dirigir la práctica e integrarse a ella. Y en tanto el derecho está destinado a la realización de ciertos valores, en un contexto social determinado, es axiológico.[10]

De modo que los insumos metodológicos y teóricos que se utilizan en la investigación son los siguientes: derecho y literatura, argumentación jurídica, perspectiva de género, paradigmas constitucionales y estándares interpretativos convencionales, estudios jurídicos específicos sobre filiación y GS, bioética, ética y política. Cada uno de esos bagajes se representan en líneas de análisis diferentes, que giran en círculos concéntricos,[11] formando así una espiral alrededor del centro común que es la dignidad humana de la gestante en la GS. Ello favorece las visualizaciones de las líneas desde cualquier enfoque, y permite repensarlas comunicativamente con las demás, sin dejar de observar el núcleo en todo momento.

El procedimiento, aunque complejo, es el más apropiado. Cualquier análisis crítico que se realice desde la filosofía del derecho, esto es, el que valora el derecho, la dogmática, la jurisprudencia, la interpretación y la argumentación jurídica, en conexión necesaria con las filosofías moral[12] y política, es en sí mismo un proceso arduo. Cada nuevo argumento se repiensa en relación con los demás. A su vez, cada nueva línea argumental mira al núcleo. Y desde éste se observan todos los círculos espiralados.

En síntesis, me propongo delinear un contenido concreto y específico del concepto dignidad humana de la gestante en la GS, como una herramienta trascendente para el operador del derecho en la labor de interpretación de los principios y reglas aplicables y, con ello, contribuir con una justificación racional que debe contener cada decisión que involucre un AGS.

Como aporte adicional, entiendo que un contenido concreto y específico de la dignidad humana de la gestante en la GS, que contenga razones filosóficas y jurídicas que lo justifiquen, puede ser utilizado por el futuro legislador de una eventual reforma

---

[10] Atienza, 2014.

[11] "Quizás el recorrido de todo investigador se ilustre mejor en forma de círculos concéntricos, a manera de espiral en bucle, que regresan, reaplican, y repiensan teorías…" (Monereo Atienza, 2018, p. 9).

[12] En esta investigación se utiliza la expresión filosofía moral o filosofía de la moral como sinónimo de ética, esto es, cuando la referencia lo sea a la disciplina que se ocupa del estudio de la moral. Ello significa mantener la distinción conceptual entre ética y moral, dada su importancia en una lectura con registro filosófico (se vuelve sobre este tópico en el Capítulo III, punto 4, de este trabajo).

legislativa. Ello en el convencimiento que, ante el dato empírico verificado, ningún beneficio aporta el silencio del ordenamiento jurídico positivo.

La tesis se organiza en cinco capítulos.

El Capítulo I explica la propuesta metodológica novedosa: la intersección "derecho *en* la literatura". Se trata de una forma de abordaje que considera que ambas disciplinas, derecho y literatura, parten de un presupuesto compartido: sus contenidos siempre deben ser interpretados sobre la base de un material común: el lenguaje.

Muestra, asimismo, a través de diversos casos analizados y utilizados como ejemplos, de qué modo la literatura trabaja sobre la fase de descubrimiento. Esto es, en la etapa de conocimiento. De esta manera, utilizando un razonamiento de tipo abductivo, facilita la detección de detalles y la consecuente formulación de hipótesis de trabajo. En esta etapa es importante tener presente que las obras literarias de calidad suelen contener dos tramas, no siempre advertibles de inmediato, una superficial y otra oculta o subterránea. Por ello se citan ejemplos en los que, en ocasiones, el aporte a nuestra disciplina se encuentra en esta última trama subterránea. La hipótesis de trabajo construida sobre la base de los aportes de la obra literaria se somete luego a criterios de validación jurídicos.

En esta segunda fase de validación o justificación se utilizan las herramientas que proporciona la argumentación jurídica actual, en una versión superadora de las teorías estándares.[13] Esta herramienta, propia de la filosofía del derecho, cierra y valida la operación iniciada con el recurso literario. Con ello persigo fundamentar la hipótesis planteada como punto de partida, a través de una comprensión integral del análisis crítico, normativo y filosófico de la problemática jurídica. En rigor, la argumentación jurídica es un recurso omnipresente en todo el trabajo, que se utiliza necesariamente en cada una de sus diferentes etapas. La razón se encuentra en que se trata de una herramienta propia de un Estado de derecho constitucional, que permite verificar con claridad el paso desde un sistema cerrado y autosuficiente regido por la coherencia interna (del sistema), hacia otro abierto y plural donde prevalece la argumentación.[14]

En este contexto, la literatura, en tanto proporciona una luz propia, se posiciona sobre el caso *como si* y sobre la letra de las regulaciones jurídicas, poniendo en evidencia que éstas carecen de virtualidad para zanjar los conflictos éticos que las exceden. En efecto, decir dignidad humana, y no poder determinar a qué porción de la

[13] La teoría de argumentación jurídica elegida es la elaborada por Manuel Atienza.
[14] Perez Luño, 2007, p. 495-511.

realidad humana se refiere, exige encontrar otros elementos que contribuyan a delimitar su sentido.

De las distintas relaciones que se conocen entre derecho y literatura,[15] elijo la intersección "derecho *en* la literatura", de predominio en el sistema continental. A partir de ésta se estudia la forma en que una obra literaria trata un tema jurídico, lo problematiza. En otras palabras, como "la ficción literaria reflexiona sobre el mundo de la justicia y del derecho".[16]

En la novela *Eres como eres,*[17] la escritora italiana Melania Mazzucco aborda este asunto complejo y controvertido del derecho de las familias actual, que es la GS. A partir de la conexión "derecho *en* la literatura", la obra concede un punto de partida apropiado para su análisis iusfilosófico. Y, por su intermedio, de la dignidad humana de los agentes involucrados. La representación literaria elegida (novela) aporta a la jurídica algo más que la estética, propia de la intertextualidad; otorga una perspectiva diferente al situar el conflicto lejos y fuera del contexto del intérprete jurídico, ventaja que promueve otra: favorecer una mirada empática (facilita al operador colocarse en el lugar del otro). A su vez, el desarrollo de la imaginación literaria consigue que nos interese el bienestar de personas lejanas de nuestras vidas. Lo cual, en sí mismo, convierte el interés por el otro en un componente principal de una postura ética humanista.[18] Y ese interés en la lejanía es lo que favorece un análisis crítico racional.

El Capítulo II contiene los estudios y reflexiones jurídicas que de una u otra manera tienen incidencia en el objetivo general del trabajo.

Se repasan nociones de filiación, GS, derechos humanos de los involucrados, y se formulan algunas precisiones conceptuales sobre el consentimiento informado. En virtud de los derechos fundamentales en tensión, el apartado culmina con la delimitación del concepto de caso difícil. Esta parte es, por llamarla de alguna manera, el núcleo duro del enfoque jurídico, donde el recurso literario está presente a modo de plataforma fáctica.

El Capítulo III refleja un análisis iusfilosófico vinculado al concepto dignidad humana en general, con referencias relacionales sobre el posible contenido concreto y específico de la dignidad humana de la gestante en la GS.

---

[15] Derecho "de" la literatura; derecho "como" literatura; literatura "en" el derecho (postura narrativista) y derecho "en" la literatura.
[16] Garapón y Salas, 2015, p. 14.
[17] Mazzucco, 2016. La novela recibió el *Premio Litterario Internazionale "Il Molinello", 2014.*
[18] Nussbaum, 1995, p. 18.

Al comenzar, luego de expresar la hipótesis de trabajo, hago hincapié en los significados y sentidos genéricos de la dignidad humana. Luego realizo un ensayo interpretativo de la dignidad humana desde un enfoque normativo con base en la Declaración Universal sobre Bioética y derechos Humanos de la UNESCO *(Declaración)* y otros desde la filosofía del derecho. En este último caso, se profundiza sobre los sentidos más usuales de la dignidad humana (en especial, la dignidad de los individuos y la dignidad de la especie). Aquí también se muestra a la literatura interceptando el camino interpretativo del fenómeno jurídico.

En el Capítulo IV fijo posición teórica, para luego exponer y valorar la perspectiva de género que deriva de los estándares interpretativos que brinda la Corte Interamericana de derechos Humanos (Corte IDH).

Con miras a proporcionar un contenido concreto y específico a la dignidad humana de la gestante en la GS, el análisis crítico contiene, como presupuesto imprescindible, una perspectiva de género. Las sospechas de instrumentalización de las mujeres y otras personas con capacidad de gestar, los riesgos que éstas asumen, y las condiciones de desigualdad estructural que padecen los colectivos a los que pertenecen, justifican este enfoque.

En el caso, la perspectiva de género elegida reconoce una marca eminentemente práctica. Permite visualizar de qué modo "las identidades, las funciones y los atributos construidos socialmente de la mujer y el hombre y al significado social y cultural que se atribuye a esas diferencias biológicas"[19] inciden en la decisión de la persona con capacidad para gestar. La casuística relevada demuestra las diferentes situaciones de desigualdad estructural a la que las mujeres y demás personas con capacidad para gestar están expuestas en la Argentina (y en la región).

En el Capítulo V delineo el contorno y luego fijo un contenido concreto y específico para la dignidad humana de la gestante en la GS.

La construcción se realiza sobre la base de los estudios que la preceden, desde la perspectiva de la hipótesis de trabajo. El altruismo genuino, en tanto contenido concreto y específico que debe contener el concepto de dignidad humana de la gestante, requiere que se verifique en cada caso la condición de validez, también elaborada a partir de dichos estudios.

[19] Corte IDH, OC 24/2017.

A esta condición de validez se la piensa con una doble entrada, la interna y la externa. Respecto de la primera, de nuevo la literatura contribuye a desentrañar su significado. En este sentido, se presenta otro caso literario que muestra una forma de detectar los motivos verdaderos del altruismo, a partir de la "ética del cuidado". Se trata de encontrar la propia voz de la persona que decide gestar para otros, para lo cual el intérprete jurídico deberá recurrir a la ayuda de otras disciplinas específicas (la psicología, la antropología, la filosofía). La faz externa tiene base en una mirada atenta de la realidad empírica latinoamericana, donde se inserta la nacional. Estudios de sociología, de política, o de economía serán de utilidad en este caso.

Por último, como fundamento teórico de la construcción, se reformulan o reinterpretan, en clave contemporánea, los principios (y valores) clásicos de libertad, igualdad y solidaridad. Se entiende por "clave contemporánea" a una especie de hibridación de las concepciones liberales y comunitarias que, en su forma pura, se encuentran siempre en tensión. En este punto es fundamental comprender la noción de desigualdad estructural de las personas con capacidad para gestar.

Como anticipé, el método de investigación propuesto es complejo,[20] como lo es el fenómeno que nos ocupa. Por ello, he tratado de enriquecer la fundamentación jurídica mediante la incorporación de otras herramientas. La propuesta recepta y pone en práctica el paradigma de la transdisciplinariedad, vigente para las cuestiones bioéticas, de género, y de todos aquellos estudios que, en el siglo XXI, giran en torno a la noción de la dignidad humana. Lo especialmente novedoso aquí es la incorporación de la literatura.

En síntesis, la transdisciplinariedad, la incorporación de los aportes de la intersección "derecho *en* la literatura" y el uso adecuado de las herramientas propias de un Estado de derecho constitucional (argumentación jurídica), me han permitido elaborar una justificación racional para la aceptación (o no) del AGS, en cada caso concreto.

[20] Y también múltiple. De allí que, en literatura, cabría la calificación de polifónico.

CAPITULO I. EL DERECHO *EN* LA LITERATURA. EL RETO FICCIONAL

De las distintas relaciones que se conocen entre derecho y literatura,[21] en esta investigación se sigue la intersección "derecho *en* la literatura". A partir de ésta se estudia la forma en que una obra literaria aborda un tema jurídico y lo problematiza. En otras palabras, como "la ficción literaria reflexiona sobre el mundo de la justicia y del derecho".[22]

Desde esta asociación entre derecho y literatura, la representación literaria aporta a la jurídica algo más que la estética, propia de la intertextualidad. En primer lugar, otorga una perspectiva diferente al situar el conflicto lejos y fuera del contexto del intérprete jurídico. Ello representa una ventaja que, en segundo término, promueve otra, consistente en favorecer una mirada empática del operador, permitiéndole situarse en el lugar del otro. Por último, el desarrollo de la imaginación literaria logra que nos interese el bienestar de personas lejanas de nuestras vidas. Y esa atención en el otro, por sí sola, se valora como un componente destacable de una postura ética humanista.[23] En suma, el interés empático en la lejanía es lo que favorece un análisis crítico racional.

Ciertamente, la posibilidad de encarar un análisis jurídico crítico desde esta posición importa que el intérprete asuma, como desafío teórico, la suspensión de la incredulidad, que es inherente a todo relato literario. A fin de explicar en forma más detallada en qué consiste este *reto ficcional*, en lo que sigue expondré algunos postulados teóricos de las relaciones entre derecho y literatura, y de la intersección elegida.

1. LA INTERPRETACION COMO PUENTE TEORICO ENTRE DERECHO Y LITERATURA

En la introducción del libro *Imaginar la ley. El derecho en la literatura,*[24] los directores de esa obra colectiva se preguntan qué tienen en común las obras literarias

---

[21] Además de la elegida, "derecho *en* la literatura", se reconocen las siguientes: "derecho *de* la literatura"; "derecho *como* literatura" y "literatura *en* el derecho" (postura narrativista). En el punto 2 de este mismo capítulo se explican sintéticamente cada una de ellas.
[22] Garapón y Salas, 2015, p. 14.
[23] Nussbaum, 1995, p. 18. Cabe resaltar, como bien lo señala Carlos Cárcova, que la autora se refiere a que la imaginación literaria, "que exalta las emociones y sentimientos, debe impregnar, aunque no reemplazar las reglas que rigen el razonamiento jurídico y moral." (Cárcova, en Ruiz *Et al*, 2014, p. X).
[24] Garapon y Salas, 2016.

y los textos jurídicos. Su respuesta es que ambos están sujetos a interpretación. "El cruce entre juristas y literatos, confrontados a la búsqueda del sentido de los textos, se produce bajo los auspicios de esta disciplina común."[25]

La interpretación es una actividad omnipresente en el derecho.[26] A su alrededor, el pensamiento jurídico se encuentra dividido en escuelas o tendencias. Para Enrique Marí, la razón que explica su existencia radica en que en la interpretación jurídica no solo se introduce y construye el sentido íntimo de la ley, sino que, además, tiene como "campo de referencia", en forma directa e indirecta, un conjunto de problemas teóricos y prácticos.[27]

El jurista no utiliza en todos los casos el mismo recurso interpretativo. Algunas veces recurre a interpretaciones finalistas, otras a la literal, y en ocasiones emplea en forma conjunta métodos diferentes, tales como los *a simili, a contrario sensu,* o *a fortiori*. El intérprete jurídico elige unos u otros, conforme se lo exijan las circunstancias de la situación concreta a decidir o valorar. Esta "falta de coherencia", como la denomina Enrique Marí, responde a una táctica argumentativa. En última instancia, lo que el intérprete jurídico pretende es que su dación de sentido convenza o persuada al destinatario, porque entiende que su interpretación es correcta.[28]

De manera que cabe asumir a la interpretación "dentro del marco de una explicación de la argumentación, en particular, de la argumentación práctica".[29] Es decir, la comprensión de los textos es una clase de razón justificativa de las decisiones judiciales o de las valoraciones que realizan los restantes operadores jurídicos.

En esta perspectiva, la de la interpretación como razón justificativa inmersa en la labor argumentativa, se incluyen los argumentos lingüísticos, que se comprenden junto a los otros elementos en un contexto completo. "Todos los materiales jurídicos son expresados en el contexto del sistema jurídico en general, y sin duda a la luz de un todo complejo de circunstancias jurídicas, políticas y fácticas."[30]

---

[25] Garapon y Salas, 2016, p. 15.
[26] MacCormick, 2010, p. 66.
[27] Marí, 2014, p. 13. Entre estos problemas, según el autor, se encuentran: "la adecuada administración de justicia, la equitativa composición de los intereses en litigio, el equilibrio entre los intereses públicos y sociales por una parte, y los individuales por la otra, la pretensión de rigurosidad del discurso normativo, su reclamo de cientificidad, la lógica y la metodología del conocimiento jurídico, las perspectivas de control del voluntarismo jurídico." (Marí, 2014, p. 13)
[28] Marí, 2014, p. 17.
[29] MacCormick, 2010, p. 66.
[30] MacCormick, 2010, p. 72-73.

Aun así, la posibilidad de que el intérprete jurídico pueda elegir el recurso en el contexto argumental no significa que cualquier interpretación sea válida, que no existan criterios de corrección, o que todo quede en manos de la arbitrariedad del encargado de la tarea de comprensión. Antes bien lo contrario. En la selección del recurso interpretativo no es suficiente, como única consideración, el vínculo entre éste y la norma interpretada. Sino que es menester atender a una porción más completa, a una estrategia argumentativa global, que se integra, además, con otros factores que influyen en la decisión del jurista. La teoría del derecho se ocupa de estos otros factores. Se pueden mencionar, por ejemplo, los antecedentes históricos y el contexto político, económico y social donde rigen las normas, sus problemas lingüísticos, el sistema de valores de una comunidad determinada en un momento concreto, la evolución de la sociedad, las diferentes funciones del Estado moderno o de sus sistemas judiciales.[31]

De allí que se considere a la interpretación jurídica como un acto complejo.

Se realiza teniendo en cuenta un contexto temporal y espacial determinado, cuya importancia es tanto teórica (hace a la racionalidad del derecho, a la rigurosidad del discurso normativo) como práctica (en particular cuando es controvertida, ilegítima, arbitraria, etc.).[32]

El ordenamiento jurídico argentino consagra la libertad de criterio del intérprete jurídico. Si bien el artículo 1 del CCyC alude solo a la "finalidad de la norma", esta disposición debe completarse con las previsiones específicas del artículo siguiente. Así, bajo el título "Interpretación", el artículo 2 del CCyC reconoce la libertad de criterio del intérprete jurídico. Éste puede optar entre un menú de posibilidades: las palabras de la ley –literalidad–, su finalidad, la analogía, las disposiciones de los tratados de DDHH,[33] los principios y valores; siempre que lo haga en forma coherente con el ordenamiento.[34]

---

[31] Marí, 2014, p. 18.

[32] Marí, 2014, p. 18-19.

[33] En el ámbito de competencia regional, se entiende que prevalecen sobre cualquier otra los estándares interpretativos de la Corte IDH, en razón de las previsiones del artículo 62 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) y por ser la autoridad máxima regional en esta materia.

[34] "Artículo 1°. Fuentes y aplicación. Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho."

De igual manera a lo que sucede en los ordenamientos jurídicos de los Estados de derecho constitucionalizados, en el derecho argentino el trabajo hermenéutico también detenta un lugar privilegiado, central. Se trata de una actividad argumentativa y constante. Se rehace en cada nueva situación en la que deba tomarse una decisión o realizar una valoración sobre un texto jurídico. En consecuencia, la "interpretación no es una ciencia cuya meta sea el conocimiento objetivo y permanente".[35] De allí que un autor brasilero, Lenio Streck, quien predica la relación entre derecho y literatura desde una posición hermenéutica, asimile la interpretación con el mito se Sísifo.[36]

Asimismo, si se mira hacia el interior de la actividad interpretativa, tanto en derecho como en literatura, el lenguaje es consustancial a cualquier tarea destinada a la comprensión del texto. Y es probable que esta consideración adquiera más relevancia en estas disciplinas que en cualquier otra. En la búsqueda de la dotación de sentido de lo narrado, el uso del lenguaje es herramienta y a la vez conforma el material estructural con el que ambas disciplinas construyen sus relatos. Es decir, con el lenguaje se otorga sentido y sustancia a lo narrado (a través del lenguaje). Para Robert Cover, "Ningún conjunto de instituciones o preceptos legales existe sin narraciones que lo sitúen y le den significado".[37]

Esta sola razón, el lenguaje como instrumento y como componente estructural y transversal de sus materias primas que lo dotan de "significado", habilita a sostener *prima facie* una justificación racional del diálogo transdisciplinario entre derecho y literatura. Cabe aclarar que prefiero emplear la expresión diálogo transdisciplinario –y no multidisciplinario–, debido a que denota una mayor precisión. Efectivamente, no se trata de un mero proceso agregativo, no se refiere a una simple acumulación de conocimiento de cada una de las disciplinas sin contacto entre ellas, sino de verdaderas

---

"Artículo 2°. Interpretación. La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento."

[35] Marí, 2015, p. 211.

[36] Streck, 2017, p. 3. *"Hermenêutica vem de Hermes, figura mitológica grega que transmitia aos mortais o que os deuses falavam. Ocorre que nunca se soube o que os deuses diziam: só se soube o que Hermes dissera acerca do que os deuses disseram. O que se tira disso? Primerio, que estamos condenados a interpretar. Como no mito de Sísifo, levamos a pedra todos os dias ao alto de montanha e a pedra rola de volta. No dia seguinte começa tudo de novo. A pedra não fica no alto porque não existe o significado final, perfeito, acabado. Não existe o "sentido último". Jamais alcançaremos um sentido que contenha todas as respostas de antemão."*

[37] Y agrega a continuación: "Toda constitución tiene una épica, todo decálogo tiene una Escritura. Cuando se lo entiende en contexto de las narraciones que le dan sentido, el derecho deja de ser un mero sistema de reglas a ser observadas, y se transforma en un mundo en el que vivimos." (Cover, 2002, p. 16).

intersecciones, en cuyos puntos de cruce se crea algo nuevo. El resultado de la transdisciplina es un concepto distinto a los que contenían sus líneas originarias.[38]

Tanto el derecho como la literatura parten de la unidad de la hermenéutica (de *las* hermenéuticas específicas de cada disciplina, por ejemplo, derecho, literatura, filosofía, historia) y de la unidad del proceso hermenéutico (interpretar no es algo diferente ni complementario a la comprensión ni a la aplicación). En su ensayo *Derecho y literatura. Algo de lo que sí se puede hablar pero en voz baja*, Enrique Marí expresa: "En el caso de un texto jurídico, su conocimiento y aplicación a un caso concreto no son dos actos separados, sino un proceso unitario."[39] Su fuente, Hans-Georg Gadamer, amplía la explicación. Indica que interpretar no es un acto complementario ni posterior a la comprensión, sino que comprender significa siempre interpretar. La interpretación es vista como la forma explícita de la comprensión. El lenguaje y los conceptos de la interpretación son reconocidos como un momento interno y estructural de la comprensión. Y en la fusión interna entre comprensión e interpretación cabe dar un paso hermenéutico más, integrando al proceso a la aplicación. Es decir, comprensión, interpretación y aplicación constituyen un proceso unitario.[40]

Por otra parte, toda interpretación plantea una tensión entre el lector y el texto a interpretar, que está inserta en una situación temporal cambiante. De allí que cada lectura nueva de un texto exprese una cognición distinta.[41] En su relación

---

[38] Douglas Price, 2017.

[39] Marí, 2015, p. 204.

[40] Gadamer, 1993, p. 193. En palabras del propio autor: "La interpretación no es un acto complementario y posterior al de la comprensión, sino que comprender es siempre interpretar, y en consecuencia la interpretación es la forma explícita de la comprensión. En relación con esto está también el que el lenguaje y los conceptos de la interpretación fueran reconocidos como un momento estructural interno de la comprensión, con lo que el problema del lenguaje en su conjunto pasa de su anterior posición más bien marginal al centro mismo de la filosofía… Sin embargo, la fusión interna de comprensión e interpretación trajo como consecuencia la completa desconexión del tercer momento de la problemática hermenéutica, el de la aplicación, respecto al contexto de la hermenéutica. La aplicación edificante que permite, por ejemplo, la sagrada Escritura en el apostolado y predicación cristianas parecía algo completamente distinto de su comprensión histórica y teológica. Sin embargo, nuestras consideraciones nos fuerzan a admitir que en la comprensión siempre tiene lugar algo así como una aplicación del texto que se quiere comprender a la situación actual del intérprete. En este sentido nos vemos obligados a dar un paso más allá de la hermenéutica romántica, considerando como un proceso unitario no sólo el de comprensión e interpretación, sino también el de la aplicación. No es que con esto volvamos a la distinción tradicional de las tres habilidades de que hablaba el pietismo, sino que pensamos por el contrario que la aplicación es un momento del proceso hermenéutico tan esencial e integral como la comprensión y la interpretación." (Gadamer, 1993, p. 193).

[41] Marí, 2015, p. 211. Agrega el autor: "…ya conocemos la firme idea de Gadamer: ningún método puede trascender la propia historicidad del intérprete, ninguna verdad puede trascender esta verdad central, ninguna interpretación relevante puede estar gravada por la intención original del autor" (Marí, 2015, p. 211).

presente/pasado, dicha tensión sucede tanto en el derecho como en la literatura.[42] Y debido a que ningún método puede prescindir de la historicidad del intérprete, los autores antes citados concluyen que la hermenéutica jurídica no es un caso especial de hermenéutica histórica. Tampoco lo será la literaria que prescinda por completo de la voluntad del autor.

A la interpretación, entonces, vista tanto como unidad hermenéutica y como unidad del proceso hermenéutico, se la puede asumir en forma válida como un puente teórico entre derecho y literatura. Estas disciplinas comparten el uso del lenguaje como herramienta puesta en función de una dación de significado o sentido y, a su vez, como componente estructural de sus constructos narrativos.

Por su lado, Dworkin establece una conexión específica entre las interpretaciones jurídicas y las literarias. Defiende la posibilidad de mejorar la comprensión del derecho si se realiza un ejercicio comparativo entre la interpretación jurídica y otras áreas de conocimiento, en especial, la literatura. Y agrega que con mayor fundamento en los casos difíciles en los que, por ejemplo, se deba decidir (o valorar) sobre la constitucionalidad de una norma. También sostiene que la interpretación debe separarse de la intención del hablante[43] y estudiarse como una actividad general, como un modo de conocimiento, lo que requiere del examen de otros contextos en los que se realiza.[44]

Para Marí, la noción actividad general de Dworkin tiene el mismo sentido que el principio de la unidad hermenéutica de Gadamer (unidad hermenéutica histórica, jurídica y literaria), mientras que la de modo de conocimiento se vincula al principio –también de Gadamer– de que comprensión e interpretación son lo mismo.[45]

Dworkin parte de la interpretación literaria, por intermedio de su propia teoría que denomina "hipótesis estética". Explica que a partir de ella, se debe buscar el conocimiento del significado de la totalidad de una obra. De esa manera se comprenderá mejor nuestro entorno cultural. En ocasiones, los argumentos se presentan bajo la forma de aseveraciones sobre los personajes (que Hamlet amaba a su madre o que la odiaba, que el fantasma no existió y solo era una manifestación esquizofrénica del protagonista). En otras, en afirmaciones de hechos que ocurren en

[42] También en la filosofía y en la teología.
[43] Este tema es desarrollado en extenso por Dworkin en *El imperio de la justicia* (Ver Dworkin, 2012, págs. 49 y sig.).
[44] Dworkin, 2017, p. 191-194.
[45] Marí, 2015, p. 214.

la historia detrás de la historia (que Hamlet y Ofelia eran amantes antes del comienzo de la obra –o que no lo eran–). Lo más frecuente, agrega este autor, es que directamente se ofrezcan hipótesis relacionadas con el propósito o tema o significado o sentido o tono de la obra en su conjunto. En crítica literaria, esta última cuestión se denomina "tema" de la obra; en el mismo ejemplo de Hamlet, el tema a elucidar es si la representación literaria trata sobre la muerte o sobre la política, o cualquier otro tópico al que aluda el intérprete. "Pero también pueden tener una importancia más general, la de ayudarnos a comprender mejor, partes primordiales de nuestro entorno cultural."[46]

La hipótesis estética de Dworkin busca que el proceso interpretativo de una obra literaria muestre qué forma de leer el texto lo revela "como la mejor obra de arte"; que "esa" es la mejor obra de arte que puede ser.[47] En esa búsqueda de sentido, ni la filosofía ni la política son ajenas a las teorías del arte ni a las teorías del derecho.

Asimismo, pretende evitar dos posiciones que considera equivocadas.[48] Por un lado, la que da cuenta que, en sus decisiones, los jueces encuentran (*find*) el significado pleno del derecho (lo que implica relevarlo de toda tarea interpretativa). Por el otro, que lo construyen (*make up*) de acuerdo con sus preferencias personales, es decir, en forma arbitraria. Aquí también se enlazan con el mismo argumento las prácticas legal y literaria. En la primera opinión (*find*) se ubican quienes buscan construir decisiones basadas en las palabras de la ley; de la misma manera, en la crítica literaria están quienes sostienen que toda interpretación debe hacerse por lo que está en el texto. En la opinión opuesta (*make up*), en lo jurídico se sitúa el realismo, que sostiene que las decisiones de los jueces se toman sobre la base de su posición política o deseos personales. Del lado literario se encuentran los partidarios de la subjetividad crítica, quienes expresan que lo que el lector interpreta es un reflejo de sus prejuicios o predisposiciones.[49]

Con miras a cerrar ambas posiciones, Dworkin elabora la conocida "empresa en cadena" o "novela en cadena". Se trata de un modelo de interpretación literaria, que crea a partir de la diferenciación entre la labor del artista y la del crítico literario, y que luego aplicará a la interpretación jurídica.[50]

---

[46] Dworkin, 2017, p. 194.
[47] Dworkin, 2017, p. 195.
[48] Ver también, Fish, 2015, p. 135.
[49] Marí, 2015, p. 212-213.
[50] "El artista no puede crear nada sin interpretar a medida que crea; como su intención es producir arte, debe tener por lo menos una teoría tácita de por qué lo que produce es arte y por qué es una mejor obra si hace este movimiento de la pluma, o del pincel, o del cincel, y no aquel otro. El crítico, por su parte,

> Puesto que deseo tomar la interpretación literaria como modelo del método central del análisis jurídico, tengo que demostrar cómo la distinción misma entre artista y crítico puede estar difuminada en ciertas circunstancias. Supongamos que un grupo de novelistas es contratado para un proyecto colectivo en el que se decide por sorteo qué parte le tocará escribir a cada uno. El que saca el número más bajo escribe el primer capítulo de una novela, que él o ella enviará al poseedor del siguiente número, quien agregará un capítulo, sabiendo que agrega un capítulo a la novela convenida y que no está empezando una nueva; luego el segundo escritor envía los dos capítulos al siguiente, y así sucesivamente. Ahora bien, con excepción del primero, todos los novelistas tienen una doble responsabilidad, la de interpretar y la de crear, porque cada uno de ellos debe leer todo lo que se ha escrito antes de determinar, en el sentido interpretativo, qué es la novela creada hasta ese punto. Él o ella deben decidir cómo son "realmente" los personajes, qué motivaciones los impulsan, cuál es el eje o el tema de la novela que se está escribiendo, y hasta qué punto una figura literaria o un recurso, usado consciente o inconscientemente, contribuye a lo anterior, o si se lo debe ampliar, refinar, recortar o abandonar para que la novela avance en una dirección y no en otra.[51]

De allí que, para Dworkin (quien también cita a Gadamer), la interpretación no pueda estar ligada a la intención del emisor del texto, pues al participar varios artistas –escritores– no hay una única intención. De la misma manera entiende que resolver un caso difícil se parece a este ejercicio literario. La cadena se le presentará al juez como compleja, ya que estará compuesta de decisiones anteriores, estructuras, convenciones, prácticas. De lo expuesto no surge –no debe entenderse así– que deba buscarse en la literatura los argumentos legales.

Por su parte, James Boyd White apunta que, de la comparación entre los diferentes textos, se pueden obtener características del lenguaje jurídico. A su vez, la literatura enseña a leer (y por lo tanto a escribir) de una manera diferente. De ello resulta una mejora en las capacidades mentales y lingüísticas del jurista, con la consecuente incidencia en la creación y comprensión de los textos. Y como todo ello

---

crea a medida que interpreta, pues, si bien, se encuentra limitado por el hecho de la obra, definida en las partes más formales y académicas de su teoría del arte, su sentido artístico más práctico está concentrado en la responsabilidad de decidir qué forma de ver, leer o entender la pieza la muestra como mejor obra de arte." (Dworkin, 2017, p. 205).

[51] Dworkin, 2017, p. 205-207. A mayor abundamiento, ver en la misma obra la cita a pie de página n°56 y desde las págs. 207 en adelante.

está inmerso en un contexto determinado, la lectura de un texto literario o jurídico resulta ser un acto cultural, ético y político. Este sentido interpretativo es un acto social, que requiere de un hablante, de un auditorio y de una relación entre ellos.[52] Esta posición atribuye mucha importancia a la práctica de la lectura –literaria– con repercusión en la escritura.[53] En suma, la visión de White aporta diversidad textual; se trata de una concepción que parte de un intérprete individual quien, a través del lenguaje, busca formar una comunidad con otros ("comunidad textual").

Robin West cree que es mejor hablar de una "comunidad interactiva", inclusiva de aquellos excluidos textuales.[54] Cuestiona que la comunidad textual de White excluya a aquellas personas que no pueden participar de ella, por carecer de condiciones igualitarias de participación (por ejemplo, por no saber leer o escribir).

Se acuerde o no con R. West, se trata de una contribución crítica hacia adentro de la relación derecho y literatura, que en todo caso demuestra la imbricación de las disciplinas a través del lenguaje. Es decir, no desnaturaliza su idea relacional, sino que la enriquece.[55] Con relación al fondo del planteo, ya sea que se trate de una comunidad textual o de una comunidad interactiva, una visión humanista del derecho fundada en los derechos humanos, en tanto ideal de justicia, en modo alguno tolera la existencia de personas excluidas de la comunidad racional (textual o interactiva).

Juristas y literatos, entonces, de modos diversos se cruzan en el fenómeno interpretativo; éste es omnipresente en ambas disciplinas. Se trata de una labor fundamental, que se produce "allí donde el sentido de un texto, cualquiera que fuese la disciplina a la que perteneciere, no se comprenda inmediatamente, allí donde no se

---

[52] White, 2015, p. 35 y ss.

[53] "Lo que la lectura habitual de la literatura ofrece, entonces, no es un conjunto de proposiciones o un método que lleva a determinados resultados, sino la experiencia de dirigir nuestra atención hacia un plano o una dimensión de la realidad en los que normalmente resulta difícil o imposible enfocarse, es decir, el plano ético y lingüístico, en el que, en nuestros textos, reelaboramos nuestros lenguajes y nos reconstruimos a nosotros mismos. Para el pensamiento literario, el lenguaje no es transparente, no es una manera de hablar acerca de objetos y conceptos en el mundo, sino que es de por sí parte del mundo; el lenguaje no es un simple instrumento que "yo" uso para comunicarle ideas a "usted", sino que es una manera en la cual soy, o me construyo, en relación con usted. El texto literario no ofrece a sus lectores información o ideas, sino una experiencia del lenguaje, un tipo de contacto con un pensamiento vivo que minará para siempre la confianza con la que solemos hablar sobre "información", o "ideas", o "comunicación". Los textos que lo consiguen no son solo aquellos que se enseñan en los cursos de "literatura" —algunos de los cuales no son, según este planteo, nada literarios—, sino cualquier texto que nos haga tomar conciencia sobre nuestro lenguaje y las relaciones que creamos en nuestro uso de esos textos. No es tanto la teoría literaria la que podrá enseñarnos de esta manera activa, sino la práctica literaria, la práctica de la escritura y la de la lectura." (White, 2015, p. 45-46).

[54] West, 2015.

[55] Para ampliar respecto de la discusión se puede ver el artículo de Jorge Roggero, "Comunidades, textualidad, otredad y Derecho. Una lectura de Robin West" (Roggero, 2016).

quiere confiar en lo que un fenómeno, sobre todo llevado a la escritura, representa inmediatamente."[56]

Sobre estas bases vinculadas a la interpretación –y por extensión a la argumentación jurídica en tanto aquella le proporciona razones justificativas–, en asocio con el lenguaje, se asienta el puente teórico entre derecho y literatura.

El profesor belga François Ost advierte otro vínculo posible; propone un ejercicio de tipo dialéctico entre derecho y literatura, "en el que las dos se reconocen como comunes, complejas y desarrolladas. Es decir, que entre el "todo vale" de la literatura y el "tener que" del derecho hay, al menos, tanto confrontación como interacción."[57]

En cierta manera, lo referido es una consecuencia propia del fenómeno transdisciplinario que, como se anticipó, excede la mera multidisciplinariedad. Confrontación e interacción son acciones específicas que se pueden esperar cuando se trabaja al amparo del paradigma de la transdisciplina. Para seguir con la metáfora del puente, derecho y literatura ya no se miran cada una desde sus orillas, sino que caminan sobre él, una al encuentro de la otra.

La relación entre las disciplinas excede la mera erudición o la formación de tipo integral metajurídica que cabe exigírsele a un abogado. Es claro que la literatura puede embellecer y dotar de humanidad las expresiones jurídicas más neutras o impersonales, pero no es ese el interés de esta investigación. Asumir la utilidad del reto ficcional en el derecho implica reconocerle otros papeles, en especial, aquel que opera en el ámbito de la razón práctica. Como sostiene Ost, de la literatura se rescata su papel de *crítica subversiva*. Los personajes literarios le advierten al poder que está "desnudo o desafinado". Y también su función de *creación transformativa*, que obliga al intérprete a repensar sus propias ideas, valores y prescripciones. Ello conduce a mirar detrás del escenario de las instituciones jurídicas, a fin de detectar sus ficciones y sus efectos "*trompe-l'oeil.*"[58] De allí que sea válido esperar "un conocimiento crítico de las construcciones jurídicas y un incentivo para reformularlas con un conocimiento mucho

[56] Marí, 2015, p. 205.
[57] Ost, 2015, p. 156.
[58] Expresión francesa que puede comprenderse como ilusión óptica; en forma genérica es sinónimo de ilusión, trampa.

más profundo del lenguaje. Asimismo, es un incentivo para conocer los vericuetos de la razón práctica"[59]

2. ANTECEDENTES Y PERSPECTIVAS

La relación entre derecho y literatura no es exclusiva de esta época, aunque debe reconocerse el impulso que ha tenido, en sus diferentes modalidades, desde 1970 en adelante. En concreto, se señala como origen del *Law and Literature Movement,* la publicación de *The Legal Imagination*, de James Boyd White, en 1973.

Los antecedentes que merecen destacarse deben buscarse a principios del siglo XX. Entonces, dos juristas norteamericanos, John Wigmore y el juez Benjamín Cardozo, publicaron en 1908 y 1925, respectivamente, trabajos con los que pretendieron se reconozca el vínculo entre las disciplinas. En el caso de Wigmore, mediante la selección de un listado de cien novelas (*legal novels*), que tenía la intención de que jueces y abogados unieran ambas culturas, la jurídica y la literaria. En el de Cardozo, a través de su ensayo *Law and Literature,* cuya hipótesis expresa la idea de no separación entre fondo y forma. Así, "… inspirándose en las querellas y argumentos de los abogados, escogiendo las palabras y la estructura de su juicio –y solamente a condición de ello– el juez, al menos el de la *Common Law*, debía proveerse los medios para tomar una decisión correcta."[60]

Aún contra la tendencia a la despersonalización de principios del siglo pasado, propio de la era postindustrial, estos juristas defendían un vínculo entre derecho y literatura donde se destacase la imaginación, el estilo y los valores.[61] Un siglo después, la modernidad inacabada –o si se prefiere, la postmodernidad– nos coloca ante una situación dilemática semejante.

---

[59] "Resulta mucho más esencial esperar que la literatura adopte un papel de *crítica subversiva*: Sócrates acusando a los jueces, Antígona retando al orden de la ciudad, Alicia viajando a través de un espejo, y así, numerosos personajes literarios que le recuerdan al emperador que está desnudo o que está desafinado. Finalmente, en algunos casos, la literatura adopta una función de *creación transformativa*, sin necesidad de que esta sea su principal intención. Esta versión literaria es fundacional, no solo guiándonos para revisar nuestras ideas, sino también examinando los valores y, de vez en cuando, las prescripciones. Por lo tanto, al explorar detrás del escenario de las instituciones jurídicas logramos revelar tanto sus ficciones como sus efectos *trompe-l'oeil*, tanto sus artificios como sus efectos teatrales." (Ost, 2015, p. 157).

[60] Weisberg, 2016, p. 26. Este autor nos relata de manera anecdótica la relación entre las disciplinas a través de ejemplos. "El texto del Código aparece de cuando en cuando, entre los novelistas o los poetas, como dotado de ciertos valores «positivos». Tal es el caso de Stendhal que, cuando se hallaba en un período de redacción, leía cada noche tres páginas del Código civil [francés] para clarificar su espíritu; coincide en eso —en sentido inverso— con Wigmore, que instaba a los jueces a leer no menos de veinte páginas de novela por día, para formar su juicio."

[61] Weisberg, 2016, p. 26.

Otros antecedentes, recuerda Leonor Suárez Llanos, se sitúan en Europa en la tercera década del siglo XX, con autores como Fehr, D'Amato y Radbruch, para culminar en Estados Unidos, en los años sesenta, con obras que analizan casos diversos a partir de escritores como James, Zola, Melville o Camus.[62]

En relación con las distintas *perspectivas*, la conexión entre derecho y literatura reconoce diferentes enfoques.

El primero es el normativista, conocido como el "derecho *de* la literatura". En él se abordan temas de derecho privado (propiedad intelectual, derechos de autor), de derecho constitucional (libertad de expresión), de derecho penal (la inmoralidad en la literatura, la calumnia, la injuria), entre otros.

El segundo, "derecho *como* literatura", postula la aplicación de las pautas hermenéuticas o métodos de análisis de la literatura a la interpretación jurídica. Esta visión tiene un desarrollo mayor en el sistema del *common law,* en especial en el movimiento norteamericano conocido como *Law and Literature.* Se destacan los aportes de autores reconocidos, tales como James Boyd White, Ronald Dworkin, Martha Nussbaum o Richard Posner.

Una tercera perspectiva, la narrativista, aborda el análisis desde lo estructural y retórico de los escritos jurídicos. La relación se llama "literatura *en* el derecho". "En un juicio, el demandante y el demandado cuentan su historia de una manera narrativa y retórica de acuerdo con la ley, y el jurado o el juez elige la historia que prefiere."[63] Se la puede considerar tanto como una categoría autónoma (postura de Falcón y Tella), como así también, tal como lo hace Mercedes Carreras, como integrante de la perspectiva anterior (derecho *como* literatura).[64]

---

[62] "En Europa, en los 30ss, Fehr, D'Amato o Radbruch, este último sobre Tolstoi, Flaubert o Dickens, demuestran su interés jurídico por la literatura. En 1947 y en EEUU, Fuller publica *Law in Action*, analizando los asuntos jurídicos a partir de muy diversa literatura. Y entre nosotros Ossorio Morales publica, 1949, *Derecho y Literatura*, usando los clásicos de la literatura castellana para analizar la praxis jurídica y social del Siglo de Oro. En los 50ss se fortalece el análisis literario del proceso penal, los errores judiciales, la justificación de la pena, etc. Y en los 60ss, en EEUU se publica el primer volumen *The World of Law, Law and Literature*, analizando casos muy diversos a través de las obras de James, Zola, Wilde, Melville, Swift, Camus, etc." (Suárez Llanos, 2017, p. 353).

[63] Falcon y Tella, 2015, p. 59.

[64] "El Derecho como literatura se extiende a dos áreas: en una se procede a examinar el estilo y la retórica de la escritura jurídica, mientras que la otra intenta aplicar elementos de crítica literaria a los textos jurídicos. James Boyd White y Richard Posner se han dedicado sobre todo a la primera. Boyd White advierte una gran similitud entre el estilo jurídico y el literario, pues tanto el legislador como el escritor se enfrentan a dificultades relacionadas con la ambigüedad del lenguaje, la aceptabilidad de la audiencia, el desarrollo temático y la búsqueda de un final adecuado. Richard Posner considera que el éxito de la obra literaria y de la disposición jurídica dependerá en cualquier caso de su poder de persuasión. Y en este sentido, el estudio de la literatura sí podría ayudar al jurista a mejorar su retórica." (Carreras, 1996, p. 37).

Por último, la interrelación en la cual se basa este trabajo se denomina "derecho *en* la literatura". A partir de él se estudia la forma en que una obra literaria trata un tema jurídico, lo problematiza. Y debido a que el conflicto ficcional está situado fuera y lejos del contexto del intérprete jurídico, este enfoque facilita la aproximación crítica al derecho desde la literatura.[65]

Esta clasificación sintética permite adelantar que la novedad de la visión transdisciplinaria derecho y literatura se encuentra en las últimas tres intersecciones mencionadas. La perspectiva narrativista, aquella ocupada del texto y del lenguaje en sus funciones de comunicación, significado y persuasión, está implícita de manera necesaria en las otras dos. En efecto, dado que la postura narrativista atiende al estilo lingüístico y a la retórica, su abordaje puede realizarse no solo en forma autónoma, sino también dentro de las otras dos intersecciones (derecho *como* literatura y derecho *en* la literatura), porque el puente teórico desarrollado *ut supra* (punto 1) es común a todo el ámbito transdisciplinario. Dicho de otra manera, el lenguaje expositivo cobra relevancia tanto en su faz de elemento de dación de sentido como de componente estructural, y ambos se vinculan con las modalidades o intersecciones de derecho y literatura aludidas. Por eso dedicaré mayor detalle al estudio de estas dos últimas perspectivas.

a) El *common law* y el "derecho *como* literatura"

Como anticipé, la conexión entre el derecho y la literatura tiene amplio desarrollo en el sistema del *common law*, en especial en Estados Unidos, a través de la intersección "derecho *como* literatura". Según se informa, esta perspectiva consta en el programa de estudio del 40% de las facultades de derecho norteamericanas.[66] Lo que se espera de ella es que la "práctica se traduzca en un aumento de competencias técnicas, de actuales o futuros juristas, definidas como un mejoramiento del estilo de argumentación, escrito u oral, y un aumento de la capacidad de escucha y, por ende, de diálogo."[67]

Se trata de un punto de vista interno que, además de lo narrativo, aplica al fenómeno jurídico la hermenéutica literaria y sus métodos de análisis.[68] Las referencias obligadas, aunque no las únicas, son el ensayo de Ronald Dworkin *¿En qué se parece*

[65] Falcón y Tella, 2015, p. 61.
[66] Douglas Price, 2017, p. 2 (150).
[67] Douglas Price, 2017, p. 2 (150).
[68] Falcón y Tella, 2015, p. 49.

el derecho a la literatura?[69] y las obras *The Legal Imagination* de James Boyd White, y *Poetic Justice* de Martha Nussbaum.

Esta última autora entiende el vínculo como un proceso que facilita la "imaginación literaria" la cual, en tanto crea un registro propio, debe comprenderse como parte de la racionalidad pública. Esa imaginación literaria logra que nos interese el bienestar de personas lejanas de nuestras vidas, lo que en sí mismo la convierte en un componente principal de una postura ética humanista. En palabras de Nussbaum "una ética de respeto imparcial por la dignidad humana no logrará comprometer a seres humanos reales a menos que éstos sean capaces de participar imaginativamente en la vida de otros, y de tener emociones relacionadas con esa participación."[70] Así expresada, la imaginación literaria tiene efectos sobre lo público, en la materialización de una determinada concepción de justicia humanista, lo que contribuye a una mejor interpretación del fenómeno jurídico.[71]

Cabe resaltar, como bien lo señala Carlos Cárcova, que cuando Nussbaum se refiere a la imaginación literaria, "que exalta las emociones y sentimientos, debe impregnar, aunque no reemplazar las reglas que rigen el razonamiento jurídico y moral."[72]

En un sentido similar a Nussbaum, White sostiene que la literatura "amplía nuestra capacidad de comprensión, complejiza la idea que se tiene de sí mismo y el mundo…"[73]

Ronald Dworkin, después de repasar la limitación en la que parece estar inmersa la tarea interpretativa jurídica contemporánea, defiende la aplicación de la hermenéutica literaria a las cuestiones jurídicas, en especial a los casos difíciles.[74] La

---

[69] Dworkin, 2017, p. 191-215. También se ocupa del tema en: Dworkin, 1989; y Dworkin, 2012.
[70] Nussbaum, 1995, p. 18.
[71] "La tarea de la imaginación literaria en la vida pública es, como una vez declaró Henry James, "crear el registro, a falta de un goce mayor; en una palabra, imaginar el caso honorable y posible." Podemos abrigar la esperanza de que este registro permanezca, aunque no tenga poder de persuasión universal, y que al ser contrastado con lo brutal y lo obtuso como un objeto bello frente a un objeto feo, dé testimonio del valor de la humanidad como un fin en sí mismo. Si no cultivamos la imaginación de esta manera, a mi juicio perderemos un puente esencial hacia la justicia social. Si renunciamos a la "fantasía", renunciamos a nosotros mismos." (Nussbaum, 1995, p. 20-21).
[72] Cárcova, en Ruiz, *Et al*, 2014, p. X.
[73] White, 2015, p. 32.
[74] "A los abogados les resultaría muy útil estudiar la interpretación literaria y otras formas de interpretación artística. Puede parecer un mal consejo ("salir de Guatemala para meterse en Guatepeor") porque entre los propios críticos existen profundas discrepancias respecto de qué es la interpretación literaria, y el panorama no es mucho mejor en las otras artes. Pero esa es, precisamente, la razón por la que los abogados deberían estudiar dichos debates. No todas las batallas que se libran en el campo de la crítica literaria son edificantes, o incluso comprensibles, pero son muchas más las teorías de la interpretación que se han defendido en la literatura que las defendidas en el derecho, y entre ellas se

teoría literaria de la recepción es un buen ejemplo de ello. Esta teoría parte de la premisa que toda obra literaria suscita lecturas múltiples, eleva de categoría al lector, lo que conlleva la necesidad de redefinir el concepto de clásico. La obra literaria clásica admite lecturas diferentes en el espacio y en el tiempo. Es decir, distintas generaciones o escuelas. Cada lector puede leer en forma nueva el texto y encontrar algunas respuestas a los interrogantes fundamentales de su contexto. La teoría de la recepción pone el acento en el lector; lo considera un operador fundamental en el proceso de interpretación del texto. El lector es quien, en definitiva, otorga y crea significado.[75]

Podría pensarse también en el análisis de algún elemento específico dentro de las distintas teorías literarias. Por ejemplo, si se interpretara en forma aislada el recurso literario llamado extrañamiento, esto es, aquella especial y singular percepción-creación de la realidad no automatizada por parte del escritor. De ser así, el registro ficcional bien podría ser transformado en un registro interpretativo jurídico, con la ayuda que proporciona una mirada empática. Gustavo Zonana, al comentar el libro *Siete casas vacías* de Samanta Schweblin, se refiere al extrañamiento que detecta en el cuento. En la obra se parte de referencias a escenarios urbanos reconocibles por un lector del siglo XXI, pero luego su autora descoloca las coordenadas.

> El extrañamiento se relaciona además con la brevedad inherente al género cuento. Todos los relatos comienzan *in media res*. El narrador omite estratégicamente información para que el lector complete los espacios vacíos que deja en función de su conocimiento del mundo y de su enciclopedia literaria. […] El extrañamiento de los hechos depende, también, de la perspectiva desde la cual se cuenta. […] Por último, el extrañamiento se prepara mediante la lisura de un estilo pulido, sin estridencias y de gran legibilidad que anestesia al lector, quien descubre progresivamente lo problemático de la situación narrada. Se parte del mundo real, hay numerosas referencias a escenarios urbanos que un lector del siglo XXI puede reconocer y que parecen colocarlo en el mundo de la normalidad (barrios privados, departamentos, barrios en que alternan casas habitadas y deshabitadas, calles concretas de la Ciudad de Buenos Aires). Pero luego estas coordenadas son descolocadas por las situaciones planteadas, por las perspectivas, por las omisiones y por los efectos presupuestos."[76]

encuentran algunas que rechazan la distinción tajante entre descripción y evaluación, que ha tenido un efecto debilitador en la teoría jurídica." (Dworkin, 2017, p. 193).

[75] Janer Manila, 2004, p. 5.

[76] Zonana, 2018, p. 62.

Se trata de recursos provenientes de la literatura, que persiguen mejorar nuestra comprensión jurídica, mediante la interpretación de otros campos de conocimiento.[77] Poner en práctica ejercicios de este tipo, junto a la propia ayuda de la obra que expresa la mirada particular del narrador y de la realidad creada, favorecería en el intérprete jurídico la posibilidad de detectar o percibir detalles –y con ello la elaboración de hipótesis de trabajo–, que en una lectura tradicional pasarían desapercibidos.

En opinión de Falcón y Tella, un planteo unitario entre hermenéutica jurídica y literaria solo tendría sentido pleno en el sistema anglosajón, donde impera la tesis del *stare decisis* (obligatoriedad del precedente). En ese marco, la tarea del juez tiene mayor margen creador (se recuerda la "hipótesis estética" de Dworkin y la construcción de la decisión como si se tratara de una novela en cadena[78]). Algo distinta es la situación del juez continental, cuya tarea parece ser la de un mero intérprete.[79] Si bien *prima facie* puede compartirse esta afirmación, cabe realizar una salvedad. En razón del desarrollo que la argumentación jurídica tiene en los Estados de derecho constitucionales pertenecientes al sistema continental, que obliga al intérprete jurídico a realizar un replanteo serio y constante de lo que significa interpretar y argumentar, parece razonable no desechar de inmediato la recepción del criterio hermenéutico "derecho *como* literatura". Este postulado reafirma el hecho de que el juez nacional argentino tiene la obligación de resolver (artículo 3 CCyC) y, en ocasiones, debe hacerlo ponderando solo principios, ante la inexistencia de reglas. El caso de la GS, en tanto carece de regulación legal en la Argentina, bien podría ser un ejemplo de ello.

A pesar de su opinión originaria, esta autora parece ajustar su criterio más adelante: "No obstante, como es bien sabido, desde hace tiempo se está produciendo un progresivo acercamiento de los sistemas anglosajón y continental, con una mayor presencia del *statute law* (leyes escritas) en el ámbito angloamericano y una cada vez mayor discrecionalidad judicial en el mundo continental europeo".[80]

Para Ost, en el estudio "derecho *como* literatura" se puede incluir a la retórica judicial y parlamentaria, al estilo narrativo de los abogados, además de lo expuesto respecto de los métodos interpretativos entre textos literarios y jurídicos, tal como hacen Dworkin y Stanley Fish.[81]

---

[77] Dworkin, 2017, p. 191.
[78] Dworkin, 2017, p. 205 y sig.
[79] Falcón y Tella, 2015, p. 52.
[80] Falcón y Tella, 2015, p. 52.
[81] Ost, 2015, p. 154.

Esta interrelación "derecho *como* literatura", que José Calvo Gonzalez en su Teoría literaria del derecho denomina "intersección estructural", apunta a la simetría, en tanto el proceso hermenéutico posmoderno promueve un paralelismo entre "la *muerte* del autor/legislador (intención del autor/*voluntas legislatoris)* y la *resurrección* del texto y el lector a través de constructos heurísticos tales como dialogismo intertextual y comunidades interpretativas." Y ampliando su explicación agrega: "Es decir, la estética de la recepción literaria […] y la nueva retórica sobre la interacción texto/lector como (en tanto que o tal que) teoría de la interpretación –y aplicación– jurídicas."[82]

b) El sistema continental y el "derecho *en* la literatura"

En el sistema continental, la intersección que predomina es la denominada "derecho *en* la literatura".

Esta visión parte, como se anticipó, de una aproximación crítica al derecho desde las obras literarias; desde ella se sostiene que la literatura "puede problematizar críticamente un aspecto del derecho, precisamente porque lo sitúa fuera y lejos del contexto y la manera en que el derecho se presenta a sí mismo."[83] Dicho de otra manera, la obra literaria otorga perspectiva y es ésta la que permite un abordaje diferente, crítico, del fenómeno jurídico.

Talavera sostiene que su "principal virtualidad es la de ofrecernos un acercamiento al derecho desde un enfoque crítico, propio de la filosofía del derecho, aportando una reflexión plenamente radicada en las coordenadas reales de nuestra tradición jurídica continental."[84]

Se trata de una perspectiva privilegiada, que "indaga en valores jurídicos esenciales como la igualdad, la justicia, la responsabilidad, la libertad, los derechos, etc." Y lo hace mediante la estrategia de "analizar y comparar los textos legales y literarios para esclarecer aspectos importantes de la teorización y práctica del derecho y de su justicia."[85]

Desde la perspectiva de la filosofía del derecho –de una filosofía hermenéutica que tiene base en la relación derecho y literatura–, el fenómeno se puede analizar desde dos aproximaciones: una temática y otra transversal. Por ejemplo, la obra de

[82] Calvo González, 2015, p. 183.
[83] Falcón y Tella, 2015, p. 61.
[84] Talavera, 2006, p. 55-56.
[85] Suárez Llanos, 2017, p. 356.

Shakespeare *El mercader de Venecia* puede abordarse desde lo temático (límites del derecho a castigar, autonomía de la voluntad, contrato de mutuo y validez de determinadas cláusulas penales, fianza, derecho de extranjería) como desde lo transversal (equidad, perdón).[86]

El desarrollo más importante de este punto de vista externo se produce en Europa. En América Latina, en cambio, a excepción de Brasil,[87] la visión transdisciplinaria derecho y literatura no tiene gran recepción.

En este análisis "derecho *en* la literatura" es oportuno recordar que François Ost sostiene que Shakespeare no fue un filósofo del derecho, aunque reconoce que sus obras someten a las personas y a las ideas a una prueba de verdad inexorable, que se empecinan en descubrir lo verdadero detrás de lo aparente.[88] Tarea con la que la literatura en general interpela al derecho. Pero a pesar de que Shakespeare no practica la filosofía jurídica ni desarrolla teorías jurídicas, sus obras (y la literatura en general), al ampliar la imaginación y mostrar lo que permanece oculto detrás de los preconceptos, brindan elementos de análisis suficientes para la razón práctica.

Debe quedar claro –se insiste una vez más– que en la disciplina literaria no se buscan inferencias lógicas ni desarrollos conceptuales. Tampoco se pretende

---

[86] Ost, 2016, p. 82.

[87] "Uno de los factores que ciertamente contribuyó para su difusión fue la realización de un proyecto innovador en el escenario internacional: la producción del programa de televisión Derecho & Literatura, exhibido semanalmente, en red nacional, ininterrumpidamente desde 2008, bajo la dirección de los profesores André Karam Trindade y Lenio Luiz Streck. Tal proyecto contempla la grabación de más de trescientos programas (todo disponibles en Youtube) y que recibió en el 2013, el Premio Açorianos, categoría Destaques Literários. De la misma forma, cabe referirse a la realización del Coloquio Internacional de Derecho y Literatura (CIDIL), evento itinerante, promovido desde 2012, que congrega todos los años a investigadores, nacionales y extranjeros para presentar y discutir sus investigaciones; el CIDIL es, actualmente, el mayor evento en Derecho y Literatura de América Latina. Fundada en 2014, la Red Brasilera Direito e Literatura – RDL (www.rdl.org.br) reúne investigadores de todo el país, promoviendo los estudios, investigaciones, eventos y otras iniciativas, además de la edición de Anamorphosis – Revista Internacional de Derecho y Literatura (http://seer.rdl.org.br)." (Douglas Price, 2017).

[88] "Estas múltiples circunstancias –una vida de altercados judiciales, la escritura de una obra plagada de derecho, el recurso al teatro, él mismo objeto y asunto de juego de pleitos jurídicos, en el corazón de una época de importante mutación ideológica–, ¿hacen de Shakespeare un filósofo del derecho? No. Shakespeare no desarrolla teorías y no se dirige prioritariamente a la intelección; es un hombre de teatro, incluso un hombre de las tablas, que plantea situaciones e indaga en los personajes: es ante todo la imaginación de su público lo que moviliza. Este imaginario, él lo alimenta de discursos, de imágenes, de gestos, de colores, de músicas; lo arrebata en el ritmo de su verba y de la acción. Con y para su público, experimenta, como en un laboratorio viviente, la validez de las construcciones políticas y jurídicas que se enfrentan en la realidad. Y esta ficción, por la fuerza de su juego, adquiere algo así como una realidad suplementaria, un plus de energía, un suplemento de claridad que acusa de manera más intensa los contrastes y hace surgir la verdad oculta. Su teatro opera como el revelador de las encrucijadas de su tiempo: en las experiencias políticas o jurídico-ficcionales que propone el poeta, se pone a prueba una sobrerrealidad que somete a los hombres y las ideas a una implacable prueba de verdad, algo así como un detector de mentiras que se empecina en descubrir lo verdadero detrás de las apariencias, y lo justo detrás de lo legal." (Ost, 2016, p. 60-61).

reemplazar el estudio del derecho mediante sus herramientas propias. Empero, ello no impide que la obra de ficción nos ubique ante una calificada implacable prueba de verdad de las ideas.

Talavera atribuye así a la literatura una función crítica radical, en tanto que, en su completa libertad epistemológica, tiende a problematizar el derecho tal y como lo hace con todas y cada una de las otras materias de las que se ocupa. La literatura se permite lo que el derecho no: trascender sus propios cánones interpretativos.[89] Y conviene desde el derecho pensar en ello en términos de ventaja para los análisis críticos de los constructos jurídicos. En suma, para el acceso al conocimiento por otra vía. Así, la literatura ilumina un aspecto del derecho con una luz diferente; por lo tanto, el problema jurídico aparece con otro rostro, "inesperado e inimaginado; a veces oscuro y turbulento y, casi siempre, desconcertante."[90]

De nuevo en palabras de Ost: "la ficción literaria, en vez de mostrarnos los contornos de una institución, nos informa sobre todas las posibles deformaciones que ésta puede llegar a sufrir."[91]

José Calvo González denomina a esta visión "intersección instrumental". La intersección tiene un recorrido de dirección doble, "el derecho en cuanto recurso literario, y también la literatura en cuanto recurso jurídico".[92] Con relación al primer trayecto, contribuye al "entendimiento sociológico y iusfilosófico de las concepciones de la justicia (por ej., ordalías, talión y venganza, justicia retributiva/principio de conciliación) y del derecho (por ej., derecho natural/derecho positivo)."[93] El segundo recorrido se refiere al empleo por parte de legisladores y jurisconsultos de herramientas literarias. Para el autor, este segundo recorrido excede lo meramente estético y adquiere relevancia en la enseñanza, en la instrucción jurídico-dogmática. "Porque

[89] "La literatura asume una función de «subversión crítica», más allá del estricto marco de las disciplinas científicas (sociología, antropología, psicología o economía jurídicas) que se ocupan de estudiar el derecho desde diversos ámbitos, y más allá del conjunto de reglas y métodos de la hermenéutica que se imponen a los juristas (jerarquía de normas, códigos interpretativos tasados, procedimientos, etc.). La literatura, pues, está regida por una completa libertad epistemológica («filibusterismo epistemológico») y tiende a *problematizar* el derecho tal y como lo ha hecho con el resto de materias de las que se ha ocupado. La literatura no concibe el derecho a la manera del jurista dogmático –conjunto de reglas y procedimientos «neutros» aplicados por quienes están habilitados para ello–, sino que trasciende el código interpretativo que el propio derecho impone para controlar su propia lectura." (Talavera, 2006, p. 59).

[90] Talavera, 2006, p. 60.

[91] Ost, 2015, p. 162.

[92] Calvo González, 2015, p. 176.

[93] Calvo González, 2015, p. 176.

ciertamente también aquí se obtienen rendimientos que para la experiencia formativa de los juristas suponen adquisición de conocimientos y desarrollo de habilidades."[94]

Ian Ward también reconoce la riqueza de las disciplinas no jurídicas en la formación crítica de los abogados, que se expresa al momento de analizar cuestiones jurídicas.[95]

Esta intersección "derecho *en* la literatura" cumple una función de guía ética, además de la estética. Se trata de una dirección humanista. "La imaginación literaria aplicada al derecho presta servicio de imaginación ético-civil y pública universalizable".[96]

Tal imaginación ético-civil y pública universalizable habilita a una mejor comprensión empática de las cuestiones que afectan a los derechos de los colectivos (mujeres, niños y niñas, minorías postergadas) sometidos a una desigualdad estructural. En los puntos siguientes trataré de mostrar cómo opera la intersección "derecho *en* la literatura" a través de la comparación y análisis crítico de hechos (perspectivas, puntos de vista, percepción y posible deconstrucción de preconceptos) y del derecho, realizado sobre obras clásicas emblemáticas. Con ello pretendo sentar las bases para el posterior estudio de obras literarias contemporáneas, incluida la novela que se utiliza como apoyo para el estudio crítico de la GS. Es decir, para la aplicación práctica del reto ficcional.

3. LOS CLASICOS Y LA NARRATIVA CONTEMPORANEA. LA NEUTRALIDAD MORAL DE LA LITERATURA

Falcón y Tella sostiene que "los grandes asuntos de los que se ocupa la Filosofía del derecho –la justicia, la igualdad, la libertad, los valores…– se ven plasmados de una manera nítida en las obras que constituyen los clásicos de la literatura universal."[97]

---

[94] Calvo González, 2015, p. 177.

[95] "[…] un estudio del derecho que cubra disciplinas alternativas es un estudio necesariamente más rico; no solo por el mérito intrínseco que ofrece la lectura de obras de teatro griegas o de novelas modernas, sino porque su lectura contribuye a formar mejores abogados. Un estudiante de derecho que se ha detenido a pensar en las injusticias que se describen en obras como *Staff Happens* y *Guantánamo*, que reflexiona sobre las implicancias del hombre del salto de DeLillo, que puede contextualizar los acontecimientos del 11/09 porque ha encontrado invocaciones de apocalipsis similares en Eurípides y Shakespeare, estará mejor preparado para discernir la peligrosa idiotez que se encierra en promesas como las de "patear traseros", como también los peligros más oscuros que encuentran expresión legal en la Ley sobre Antiterrorismo, Delincuencia y Seguridad de 2001 y la Ley Antiterrorista de 2006." (Ward, 2015, p. 108-109).

[96] Calvo González, 2015, p. 179.

[97] Falcón y Tella, 2015, p. 13.

En mi opinión, lo mismo puede suceder con cualquier otra obra literaria contemporánea de calidad, aunque no califique aún como clásica. Es cierto que los clásicos nos convocan a la reconsideración de los grandes temas, cuyo valor agregado proviene de la carga histórica que trasciende la dimensión temporal, lo que permite resignificaciones contextualizadas de los temas escogidos. Pero puede coincidirse también que la narrativa actual agrega a dichos temas centrales de interés para el derecho, la incidencia de los avances científicos, tecnológicos, médicos, bioéticos, entre otros, propios de nuestra era.

Las TRHA son un ejemplo claro de lo dicho.

Desde el punto de vista del derecho privado, repercuten sobre la filiación de una persona. Desde la perspectiva constitucional-convencional operan sobre principios nucleares de los derechos humanos, como la libertad, la igualdad (la real, en el caso de la gestante en la GS, cuando es considerada con perspectiva de género) y la solidaridad, todos ellos asentados sobre la dignidad humana.

Pero antes de ingresar de lleno con la narrativa actual o contemporánea, en particular con la novela que acompaña a esta investigación, procuraré mostrar el funcionamiento de la premisa que está a la base de la relación "derecho *en* la literatura". Esto es, que las obras clásicas tratan de manera nítida los grandes temas de los que se ocupa la filosofía del derecho. Y que en dicho tratamiento estos grandes temas pueden ser abordados e interpretados desde esta particular filosofía del derecho, de base hermenéutica, asentada en la interrelación derecho y literatura.

a) Obras clásicas

Las obras clásicas de la literatura universal que favorecen diferentes análisis críticos de temas de interés iusfilosófico son numerosas. Pasar vista a todas ellas excede la finalidad de este trabajo, razón por la cual me limitaré a señalar solo cuatro, que se consideran paradigmáticas en los estudios de derecho y literatura.

(i) La Odisea (Homero)

Es probable que la calificación de padre de la literatura universal que se le atribuye a Homero no sea exagerada. Sus obras, en especial *La Odisea* y *La Ilíada*, se siguen leyendo generación tras generación, con una característica que no pueden predicar otras obras y autores destacados: su lectura no está reservada al público culto o académico, sino al general.

De Homero no se cuenta con datos biográficos fidedignos, lo que ha generado todo tipo de leyendas respecto de su persona. Lo más verosímil es situarlo en el siglo

VIII a. C., y es posible que su lugar de nacimiento haya sido alguna isla o ciudad costera de Asia Menor, colonizada por los jonios, probablemente Quíos o Esmirna.[98]

La Odisea es un poema épico griego narrado en tercera persona, de estructura descriptiva, siendo una de sus peculiaridades el uso generoso de metáforas. Muchas de las imágenes y recursos expresivos que el autor vuelca en la obra provienen de la tradición oral, de los primeros poetas orales conocidos como *aeodos*, a quienes Homero rinde homenaje citándolos. La obra tiene base en un tema del cuento popular: "el viajero por tierras remotas que vuelve al hogar después de mucho tiempo y se encuentra a su esposa cortejada por otros hombres, contra los que debe luchar, y a los que acaba venciendo."[99]

Los cantos XIII al XXIV se ocupan de la venganza de Ulises.

> Entonces, arrojando sus harapos, el prudente Ulises saltó ante el umbral. Llevaba en la mano su arco y su aljaba de aladas flechas. Vació ésta a sus pies y dijo a los pretendientes:
>
> ULISES: ¡Ahora ya han terminado estos juegos anodinos y voy a apuntar a otro blanco al que nadie ha apuntado todavía, a ver si Apolo me concede la gloria de alcanzarlo!
>
> Dijo así, y disparó sobre Antínoo la amarga saeta.
>
> […] cuando los pretendientes lo vieron caído, prorrumpieron en un gran griterío. Abandonando sus sitiales, corrieron por la sala buscando inútilmente con sus ojos en las recias paredes un escudo o una lanza para defenderse…
>
> El astuto Ulises los miró con rostro ceñudo y les dijo:
>
> ULISES: ¡Ah perros, no creíais que un día volvería a mi patria desde Troya, y saqueabais mi casa, entrabais por la fuerza en los lechos de mis esclavas y estando yo vivo, cortejabais a mi esposa sin temor de los dioses, señores del cielo, ni pensar en que pudiera aparecer un vengador humano!... ¡Pero ya os encontráis a un paso de la muerte![100]

Desde el punto de vista del "derecho *en* la literatura", el poema permite el análisis, con criterio histórico, de los alcances y la finalidad de la sanción penal en la concepción peculiar de justicia de Ulises. Este criterio se asienta en el honor derivado de un sistema normativo dado por las deidades. Ajustado al contexto actual, el poema se puede leer haciendo un paralelo entre la concepción de la venganza como criterio

[98] Bernabé, 2010, p. 10.
[99] Bernabé, 2010, p. 23.
[100] Homero, 2010, p. 413-414.

de justicia, y las posiciones teóricas que sostienen el criterio retribucionista de la pena, que incluyen a su vez un estudio respecto de la justificación moral de la pena.[101]

Asimismo, se puede trazar un cuadro comparativo de la evolución del derecho hasta llegar al principio de proporcionalidad contemporáneo (articulando los artículos 16 y 28 de la Constitución Nacional –CN–, esenciales en la ponderación de principios), y valorar, en el marco conceptual de la racionalidad jurídica actual, la exigencia del debido proceso como requisito de la determinación e imputación de responsabilidades.

(ii) Antígona (Sófocles)

Sófocles nació en Colono, cerca de Atenas, dentro de una familia de posición acomodada, en el año 497 (o 496) a. C., y murió en el año 406 a. C. Fue autor de más de cien tragedias griegas y se sabe que participó activamente en la vida política de Atenas. No obstante, sus virtudes políticas no fueron tan trascendentes (a excepción del propio compromiso público) como su obra literaria.

En *Antígona*, Sófocles narra una historia en la cual Creonte, Rey de Tebas, mediante edicto real ordena el entierro de uno solo de los hermanos varones de Antígona (Eteocles), mientras que respecto del otro (Polínices), dispone que se lo abandone a la intemperie, insepulto, quedando así a merced de los perros y de las aves de rapiña. Creonte funda su decisión en que el primero de los hombres murió defendiendo la ciudad, mientras que el otro lo hizo como atacante, en la misma disputa.

La concepción de honor de Antígona incluye el respeto a los muertos. Por eso desafía la orden del Rey, desoye los consejos de su hermana Ismene y decide el entierro de Polínices. Antígona actúa guiada por el mandato divino de sepultar a los muertos, el que, en su convicción, estaba por sobre la ley de la ciudad. Como consecuencia, Creonte la condena a muerte por desobediencia. Hemón, hijo del propio Rey, ruega a su padre que revea la sentencia contra Antígona (quien además era su futura esposa). Pero los argumentos vinculados a la justificación del obrar de la mujer (que había obedecido una disposición divina) no son admitidos por Creonte. La decisión se mantiene firme y Antígona muere. En la tragedia, también se suceden las muertes de Hemón y de Eurídice, su madre, y esposa de Creonte.

> CREONTE: Tú, tú que miras al suelo, ¿afirmas o niegas haber hecho esto?
>
> ANTIGONA: Lo afirmo y no tengo por qué negarlo.

[101] Ver, por ejemplo, Nino, 2015, p. 427 y ss.

> CREONTE: Tú vete donde quieras; quedas libre de grave acusación (se va el guardia). Y tú, dime sin rodeos, con una palabra: ¿sabías que estaba prohibido hacer esto?
>
> ANTIGONA: Lo sabía. ¿Cómo podría ignorarlo? Bien claro estaba.
>
> CREONTE: ¿Y así te has atrevido a pasar por encima de estas leyes?
>
> ANTIGONA: Sí, porque no era Zeus el que me ordenaba esto, ni la Justicia que habita con los dioses de abajo; estos no han establecido tales leyes entre los hombres. Y porque juzgué que tus decretos no tenían tanto poder que, siendo tú mortal, pudieras pasar por encima de las leyes no escritas e inquebrantables de los dioses. Porque éstas no son de ahora ni son de ayer, sino que tienen vigencia eterna y nadie sabe cuándo aparecieron. No iba yo a sufrir el casito divino infringiendo éstas por temor a la arrogancia de hombre alguno…[102]

Sin perjuicio de valoraciones propias en torno a la dignidad humana que se realizan más adelante, se destaca ahora que la tragedia de Antígona permite un análisis transversal sobre distintos temas iusfilosóficos. Por ejemplo, sobre la controversia derecho natural versus derecho positivo, sobre la validez de las normas dictadas por la autoridad instituida de forma legítima, sobre lo que es o puede ser considerado por la comunidad como derecho justo, en relación con valores que derivan de otro sistema (en el caso, de uno consuetudinario que se piensa eterno y sagrado). En suma, sobre la eficacia de la norma atacada.

Por lo general, a esta historia extraordinaria de Sófocles se la interpreta de dos maneras: como un ejemplo de objeción de conciencia o bien como un supuesto de desobediencia civil. En rigor, puede decirse que tiene notas características de ambos.

En efecto, en tanto Antígona actúa conforme su convicción y elige de manera deliberada violar la ley de la ciudad mediante la comisión del acto prohibido, lo que implica de antemano la aceptación del castigo, la tesis de la desobediencia parece ser la más acertada. A la vez, es ese mismo castigo aceptado de antemano lo que le permite desafiar la autoridad del Rey, con el argumento de que él también es un ser mortal (lo que no pasará desapercibido para Creonte). De manera que el desafío de Antígona a la autoridad es doble: se revela y desobedece la que considera una ley injusta, y la incumple abiertamente.

---

[102] Sófocles, 2014, p. 83-85 (Antígona, vs. 440, 445, 450, 455 y 460).

No obstante, ante la pregunta de Creonte (se advierte en la obra que el Rey la interroga como si fuera juez o fiscal, lo que demuestra que se reservaba para sí todas las funciones estatales), Antígona no duda en reconocer que sí conocía la disposición normativa prohibitiva. Y que a pesar de ello la incumple, aceptando el castigo consecuente. Es decir, no se trata de un acto revolucionario o subversivo de la protagonista sobre el sistema que considera injusto, sino de una aceptación del sistema legal en su conjunto. Aparece aquí un rasgo propio de la objeción de conciencia; Antígona no pretende cambiar el sistema, solo comete un acto individual aislado. "Su desobediencia es de carácter familiar, más que política, si bien es cierto que su gesto tuvo influencia en el público que contemplaba la obra."[103]

La comparación entre el edicto de Creonte –derecho vigente– y los principios eternos esgrimidos por Antígona –derecho ideal– permiten realizar asimismo un estudio paralelo entre lo que hoy denominamos fuentes formales y fuentes materiales del derecho. "Y es que, en efecto, puede suceder que una regla sea justa en principio, pero injusta en una situación determinada, o que una regla justa ayer se convierta en arbitraria en un momento posterior. El mérito del derecho ideal es ser procedimental, como un modo de llevar a cabo la vigilancia y crítica del derecho en vigor."[104]

El tercer episodio, aquel donde Hemón se presenta ante su padre, pidiendo por la vida de Antígona, brinda material rico para la argumentación jurídica. El uso de argumentos retóricos y de falacias (*ad hominem*, *ad misericordiam*) es poderoso. A la vez, la tragedia muestra cómo se articulan las relaciones de poder intrafamiliares en general, y las de género, en particular, que presenta una especie de espejo o proyección de las públicas, a través del uso arbitrario del poder (subsistente en muchas ideologías actuales).[105]

---

[103] Falcón y Tella, 2015, p. 72.
[104] Falcón y Tella, 2015, p. 74.
[105] Como ejemplo de lo dicho se puede reparar en los siguientes diálogos:
"HEMON: Padre, tuyo soy; guíame tú con útiles consejos, y yo los seguiré. Para mí ninguna boda será tenida en mayor estima como el ser sabiamente guiado por ti.
CREONTE: Así conviene pensar, hijo mío, que todo debe quedar atrás de la voluntad del padre. Por eso desean los hombres engendrar y tener en su casa hijos obedientes: para que los venguen con males de sus enemigos y para que honren al amigo por igual que su padre. Pero el que engendra hijos inútiles, ¿qué otra cosa dirás que engendra éste sino trabajos para sí mismo y gran risa para sus enemigos? No pierdas, pues, la cabeza, hijo por el placer de una mujer, teniendo presente que resulta helado abrazo el de una mujer malvada que se tiene en casa como esposa. ¿Hay algún daño mayor que un amigo malvado? Rechaza, pues, a esta joven como a un enemigo y déjala que se busque algún esposo en el Hades. Porque yo la he sorprendido en abierta desobediencia, ella sola en toda la ciudad; y no he de faltar a mi palabra a los ojos de los ciudadanos, sino que le daré muerte. Y que invoque por ello a Zeus, protector de la familia. Pues si ampara en el desorden a los de mi propia casa, más lo habré de hacer con los extraños. El hombre que actúa como es debido en su casa, se mostrará también justo ante la ciudad.

Ante el extenso alegato de su padre, y lo difícil que resultaba contradecirlo, Hemón opta por poner en boca de la "ciudad" el argumento en favor del perdón de Antígona. Y luego de utilizar argumentativamente comparaciones tales como "De la misma manera, el marinero que mantiene tensa y no afloja la vela de su nave, al fin la da vuelta y navega con la quilla invertida", remata con un argumento retórico: "Por consiguiente, cede y aplaca tu ira. Si a pesar de mi juventud tiene algún valor mi opinión…"[106] Pero Creonte advierte la maniobra y lo descalifica con una pregunta del mismo tipo por tratarse, precisamente, de los dichos de un hombre joven "¿Yo a mi edad aprenderé a ser prudente de un hombre de la edad de éste?"[107]

(iii) Don Quijote de la Mancha (Miguel de Cervantes)

Existe consenso en considerar a *Don Quijote de la Mancha* como una de las obras maestras de la literatura universal, y la mayor en lengua castellana.

Su autor, Miguel de Cervantes Saavedra, nació en el año 1547 (se cree que el 29 de setiembre, día de San Miguel), en Alcalá de Henares, España. En el año 1566, su familia se trasladó primero a Valladolid y luego a Madrid, donde Miguel de Cervantes comenzó su carrera literaria con Juan López de Hoyos. En 1569 publicó sus primeros poemas. En el período comprendido entre 1570 y 1580, junto a su hermano Rodrigo se radicó en Roma. En 1571 ingresó en el regimiento de Moncada. Ese año, en la batalla naval de Lepanto, lo hirieron en el pecho con disparos de arcabuz; también en la mano izquierda, lo que le acarreó la pérdida de sus funciones. De allí el apodo "el manco de Lepanto". En 1575, los turcos lo capturaron cuando regresaba a España y lo enviaron a Argel como prisionero esclavo, ciudad donde permaneció durante cinco años y medio.

Jean Canavaggio explica que esta situación marcó profundamente la obra de Cervantes. "Llevado a Argel como esclavo, Cervantes padece un cautiverio de cinco

---

Y si alguno pasando por encima de lo justo, viola las leyes o cree que podrá dar órdenes a sus jefes, no es posible que éste obtenga alabanzas de mi parte. Hay que obedecer al que la ciudad ha colocado sobre el trono, así en lo pequeño y en lo justo, como en lo que no lo es… No hay peor mal que la anarquía. Ésta hunde las ciudades, ésta derriba las casas, ésta provoca la huida de las fuerzas aliadas, mientras que la obediencia salva a muchos de los que prosperan. Así pues, haya que apoyar las órdenes de los que mandan y de ninguna manera ceder ante una mujer. Porque si hay que ser vencido, mejor es serlo por un hombre, y así no seremos llamados inferiores a las mujeres" (Sófocles, 2014, p. 101-103; Antígona, vs. 635 a 680).

[106] Sófocles, 2014, p. 105 (Antígona, vs. 715 y 720).

[107] Sófocles, 2014, p. 105 (Antígona, v. 725). La discusión entre padre e hijo continúa hasta que, ante la intransigencia de Creonte en perdonar el castigo capital a Antígona, de acusar a Hemón de ser esclavo de una mujer (v. 755) y de decidir matarla en ese momento, Hemón se retira bruscamente, a lo que el coro expresa: "Señor, el hombre ha salido precipitado por causa de su ira. A esa edad es de temer un corazón dolido" (Sófocles, 2014, p. 109; v. 765).

años que dejará profunda huella en su obra, y muy especialmente en sus comedias de ambiente argelino –*Los tratos de Argel* y *Los baños de Argel*– así como en el cuento del *Cautivo*, interpolado en la Primera parte del *Quijote.*"[108]

Luego de pagar por su libertad, Cervantes regresó a España y se dedicó a la escritura. En 1584 publicó su primer libro, *La Galatea*, y luego escribió entre veinte o treinta comedias. En razón de que la vida literaria no le permitía sobrellevar las dificultades económicas, en 1587 se trasladó a Sevilla, donde ocupó cargos públicos y, en 1598, fue arrestado por irregularidades en sus cuentas; privado de la libertad comenzó a escribir *El Quijote*. A los cincuenta y siete años, en 1605 (algunos biógrafos lo fijan los últimos días de diciembre de 1604), publicó *El ingenioso hidalgo don Quijote de la Mancha*. En 1606 regresó a Madrid. En el barrio de su residencia tuvo como vecinos a Lope de Vega, Góngora y Quevedo. Las *Novelas ejemplares* se publicaron en el año 1613. Dos años más tarde apareció la *Segunda parte del Quijote, Viaje del Parnaso* (libro de poemas burlescos). La novela *Los trabajos de Persiles y Sigismunda* se publicó en forma póstuma. Cervantes murió el 23 de abril de 1616.

Ambas partes de *El Quijote* admiten distintos tipos de lecturas: la letrada y la aficionada. Es probable que esta circunstancia, junto a la intemporalidad de sus temas, sean las razones del éxito y su calificación de clásico. Un lector letrado puede realizar una lectura profunda, filológica, filosófica, psicológica y jurídica de *El Quijote*. Por su parte, un lector aficionado lo comprenderá, y con seguridad valorará sus aventuras, el tono humorístico y las escenas cargadas de acciones confusas.

El Quijote aporta materiales con generosidad para realizar un trabajo interpretativo y cognoscitivo en el campo iusfilosófico. En rigor, en toda la obra de Cervantes existe una omnipresencia de lo jurídico,[109] relación cuya justificación puede encontrarse en la propia biografía.

La justicia aparece como una preocupación central. En su ideal, se encuentra por encima de la ley positiva cuando ésta no garantiza lo justo. Por eso sostiene que, en los casos graves, la justicia debe buscarse en los caballeros andantes como él,

[108] Canavaggio, en Cervantes virtual.

[109] "El reiterado tratamiento del problema de la justicia y su contraposición a lo legal, la defensa de la dignidad humana y de principios, derechos y libertades que hoy llamamos fundamentales, la crítica (y las propuestas) sobre la organización y la gobernación de las repúblicas y los pueblos, las relaciones matrimoniales y de familia, las relaciones de trabajo, el libre albedrío y la responsabilidad y muchos otros aspectos con fuertes resonancias jurídicas asoman una y otra vez en los relatos cervantinos." (Alenza García, 2016, p. 39).

quienes poseen mandatos categóricos de un derecho natural.[110] Don Quijote reconoce que la justicia es una "aspiración inevitable y necesaria".[111] Y la merecen todas las personas, incluso los que están fuera de la ley, como es el caso de Roque Guinart (parte II, capítulo LX). En su sentido de justicia, impregnado de valores e ideales, deja al descubierto un concepto humanista de proyección universal. Para el protagonista, el ser humano se identifica con la virtud, la conducta correcta y las buenas acciones,[112] que se obtienen del conocimiento de un saber integral, que hoy bien podríamos llamar interdisciplinario.[113]

Asimismo, son conocidas sus múltiples referencias a la libertad, que se vincula de forma estrecha con la dignidad.[114] Las nociones fuertes de libertad, dignidad e igualdad –noción de justicia distributiva–, influyen en la concepción de justicia de don Quijote que, en su aplicación, significa para él una especie de imperativo categórico.[115] En efecto, se trata de normas que el propio caballero se ve compelido a cumplir, aún a expensas de una orden del Rey. De ello da cuenta el capítulo XXII de la primera parte,

---

[110] "—Quisiera yo, señor duque –respondió don Quijote–, que estuviera aquí presente aquel bendito religioso que a la mesa el otro día mostró tener tan mal talante y tan mala ojeriza contra los caballeros andantes, para que viera por vista de ojos si los tales caballeros son necesarios en el mundo: tocara, por los menos, con la mano que los extraordinariamente afligidos y desconsolados, en casos grandes y en desdichas inormes no van a buscar su remedio a las casas de los letrados, ni a la de los sacristanes de las aldeas, ni al caballero que nunca ha acertado a salir de los términos de su lugar; ni al perezoso cortesano que antes busca nuevas para referirlas y contarlas, que procura hacer obras y hazañas para que otros las cuenten y las escriban; el remedio de las cuitas, el socorro de las necesidades, el amparo de las doncellas, el consuelo de las viudas, en ninguna suerte de personas se halla mejor que en los caballeros andantes…" (Cervantes Saavedra, 2016, II, cap. XXXVI, p. 318).

[111] Alenza García, 2016, p. 41

[112] Blázquez Ruiz, 2016, p. 75.

[113] "—Paréceme que vuesa merced ha cursado las escuelas: ¿qué ciencias ha oído?

—La de la caballería andante –respondió don Quijote–, que es tan buena como la de la poesía, y aun dos deditos más.

—No sé qué ciencia sea ésa –replicó don Lorenzo–, y hasta ahora no ha llegado a mi noticia.

—Es una ciencia –replicó don Quijote– que encierra en sí todas o las más ciencias del mundo, a causa que el que la profesa ha de ser jurisperito, y saber las leyes de la justicia distributiva y conmutativa, para dará a cada uno lo que es suyo y lo que le conviene; ha de ser teólogo, para saber dar razón de la cristiana ley que profesa, clara y distintamente, adondequiera que le fuere pedido; ha de ser médico y principalmente herbolario, para conocer en mitad de los despoblados y desiertos las yerbas que tienen virtud de sanar las heridas, que no ha de andar el caballero andante a cada triquete buscando quien se las cure; ha de ser astrólogo, para conocer por las estrellas cuántas horas zona pasadas de la noche, y en qué parte y en qué clima del mundo se halla; ha de saber las matemáticas, porque a cada paso se le ofrecerá tener necesidad de ellas; […] y, volviendo a lo de arriba, ha de guardar la fe a Dios y a su dama; ha de ser casto en los pensamientos, honesto en las palabras, liberal en las obras, valiente en los hechos, sufrido en los trabajos, caritativo con los menesterosos, y, finalmente, mantenedor de la verdad, aunque le cueste la vida el defenderla..." (Cervantes Saavedra, 2016, II, cap. XVIII, p. 155-156).

[114] "La libertad, Sancho, es uno de los más preciosos dones que a los hombres dieron los cielos; con ella no pueden igualarse los tesoros que encierra la tierra ni el mar encubre; por la libertad, así como por la honra, se puede y debe aventurar la vida, y, por el contrario, el cautiverio es el mayor mal que puede venir a los hombres." (Cervantes Saavedra, 2016, II, cap. LVIII, p. 483).

[115] Blázquez Ruiz, 2016, p. 78.

cuando decide la liberación de los doce hombres a pie, a los que vio "ensartados, como cuentas, en una gran cadena de hierro por los cuellos, y a todos con esposas a las manos".[116] Para don Quijote, ni siquiera el Rey tiene la facultad de disponer que las personas se encontrasen en ese estado. Por eso siente la obligación de liberarlos, "porque el estado en el que se encuentran es contrario a su voluntad de hombres libres".[117] Toda una declaración contra la práctica generalizada de la época, cuyos procesos inquisitoriales permitían la aplicación del tormento como recurso probatorio (confesión).

Para Cervantes, el ejercicio de la libertad va de la mano de la dignidad, de la honra, ya que, de otra manera, la libertad pierde su valor. Así lo deja expuesto cuando se refiere al trato que debe dispensársele al soldado viejo, haciendo una analogía con la liberación del esclavo en su vejez.

> […] Y advertid, hijo, que al soldado mejor le está el oler a pólvora que algalia, y que si la vejez os coge en este honroso ejercicio, aunque sea lleno de heridas y estropeado o cojo, a los menos no os podrá coger sin honra, y tal, que no os la podrá menoscabar la pobreza; cuanto más, que ya se va dando orden cómo se entretengan y remedien los soldados viejos y estropeados, porque no es bien que se haga con ellos lo que suelen hacer los que ahorran y dan libertad a sus negros cuando ya son viejos y no pueden servir, y, echándolos de casa con título de libres, los hacen esclavos de hambre, de quien no piensan ahorrarse sino con la muerte…[118]

El principio de hombres dignos, libres e iguales se expresa también en su declaración política: la creación de un Estado utópico (Ínsula Barataria) sobre una base democrática de hombres libres e iguales,[119] cuyo gobierno lo ejerza un representante del pueblo (Sancho) y no un Rey o Príncipe. La honra, una de las referencias contemporáneas de la dignidad, también está presente en la procedencia popular de Sancho: "no te desprecies de decir que vienes de labradores". La afirmación del Quijote se puede valorar, desde una perspectiva sociológica actual, como un reconocimiento a la movilidad social. Y desde el derecho político, como materialización del principio democrático de que cualquier persona puede acceder a las funciones gubernamentales. En todos los casos, como un respeto ajustado a los

[116] Cervantes Saavedra, 2016, I, cap. XXII, p. 201.
[117] Blázquez Ruiz, 2016, p. 79.
[118] Cervantes Saavedra, 2016, II, cap. XXIV, p. 216.
[119] Blázquez Ruiz, 2016, p. 83-84.

imperativos de la virtud. "Mira, Sancho: si tomas por medio a la virtud, y te precias de hacer hechos virtuosos, no hay para qué tener envidia a los que los tienen de príncipes y señores, porque la sangre se hereda y la virtud se aquista, y la virtud vale por sí sola lo que la sangre no vale."[120]

Por otra parte, es posible encontrar en *El Quijote* vínculos con materias vinculadas al buen gobierno (ver parte II, caps. XLII y XLIII, cap. XLIX). Como lo señala Alenza García, la aventura de la Ínsula Barataria "es una bellísima lección teórico-práctica del buen gobierno. Los consejos y advertencias del ingenioso hidalgo tienen un trasfondo ético de validez universal y atemporal, lo que explica que muchos de ellos estén recogidos hoy en las leyes del buen gobierno."[121]

Con respecto a la libertad de conciencia, su valor se incrementa si se repara que la obra fue escrita en el contexto de un Estado confesional, con reconocimiento expreso al derecho canónico (el Concilio de Trento había culminado pocos años antes de la publicación de *El Quijote*). Y si bien lo católico es identificado como lo bueno, ello no resultó óbice para que Cervantes criticara a la Iglesia (por caso, al establecer los límites de su influencia –parte I, cap. XIII–). Una referencia expresa a la libertad de conciencia se encuentra en la escena que interviene el morisco Ricote, cuando éste narra su exilio forzado (parte II, capítulo LIV).

La responsabilidad civil también puede ser materia de estudio. En la obra se presentan distintas categorías de daños que en la actualidad podrían ser objeto de reclamación. Por ejemplo, la escena de las ofensas privadas entre don Quijote y el cabrero que culmina en agresiones físicas –daños físicos– (parte I, cap. LII), o el ataque con espada a los títeres que creyó moros. El daño patrimonial fue reparado por don Quijote, a pesar de dejar aclarado que no había actuado con "malicia" (entre nosotros, el factor de atribución subjetivo). Y no sin antes realizar un minucioso escrutinio de los daños a los efectos de la cuantificación (parte II, cap. XXVI). La agresión verbal contra el cabrero, previa a la física, además, hoy puede ser interpretada como un supuesto posible de daño extrapatrimonial.[122]

Una reflexión especial merece su consideración sobre matrimonio (parte II, caps. XIX, XX y XXI), pues la obra deja al descubierto que el casamiento se presentaba como una institución económica y política trascendente, razón por la cual se aceptaba

[120] Cervantes Saavedra, 2016, II, cap. XLII, p. 352.
[121] Alenza García, 2016b, p. 150.
[122] Arcos Vieira, 2016, p. 162 y sig.

que la decisión no quedara en manos de los futuros cónyuges. Su libertad estaba restringida en favor de la voluntad de sus padres, quienes eran los encargados de proteger los intereses de la familia. Con el matrimonio, "las élites acrecentaban o acumulaban recursos, forjaba alianzas políticas, lograban o consolidaban posiciones sociales, o bien desplegaban estrategias de patronazgo o clientelismo." Lo mismo sucedía en las clases inferiores, "el casamiento constituía también una transacción económica o política que permitía el incremento de patrimonio o la extensión de las relaciones de cooperación o fuerza laboral."[123] Sin embargo, el narrador no deja de llamar la atención sobre otras formas de acceder al matrimonio, más respetuosas de la libertad de elección (autonomía personal), que en definitiva serán recogidas por las legislaciones civiles varios siglos más tarde. Tal es el caso de la pastora Marcela y Crisóstomo, donde Cervantes valora la voluntad del tío de no darle estado sin su consentimiento.

Por último, la riqueza de la obra es tal, que permite analizar cuestiones vinculadas al derecho sucesorio (por ejemplo, las formas de los testamentos), al derecho procesal (parte I, cap. XXII; parte II, caps. XXVI y XLV), al derecho comercial (la letra de cambio, a la que solo es menester poner la "rúbrica" y "para tres asnos, y aun para trescientos, fuera bastante"[124]) o al derecho del trabajo (a partir de la relación de subordinación que vincula a Sancho Panza con el propio Quijote).

(iv) El mercader de Venecia (W. Shakespeare)

William Shakespeare nació en Stratford-Upon-Avon, Inglaterra, en 1564, y murió en la misma localidad en el año 1616. Si se hace un paralelo con Cervantes, se puede convenir que se trata de otro de los escritores más importantes de la literatura universal. En su caso, el mayor exponente en lengua inglesa.

De igual modo que a Cervantes, al actor, dramaturgo y poeta inglés, también lo rodearon en su vida real numerosas experiencias jurídicas. Si bien no sufrió como aquél largas privaciones a su libertad personal, su derrotero judicial fue extenso. Empezó con los conflictos de su padre –de quien aprendió a litigar– durante su época de alcalde de Stratford, continuó con los propios y luego con los de sus hijas. De allí que las obras de Shakespeare, en general, contribuyan hoy con gran cantidad de temas de derecho. Pero, debe advertirse, la omnipresencia de lo jurídico en las obras de Shakespeare no significa una defensa del sistema ni de legalismo. No se pueden

[123] Egusquiza Balmaseda, 2016, p. 199.
[124] Cervantes Saavedra, 2016, parte I, cap. XXV, p. 249.

"ignorar las denuncias del poder, de las reglas y de los tribunales, así como las alternativas al derecho que también abundan bajo su pluma."[125]

El denominado *First Folio* es la reagrupación de la mayor parte de la producción literaria de Shakespeare, que publicaron dos actores de su compañía, ocho años después de su muerte. Éste da cuenta de treinta y seis obras dramáticas del escritor: once tragedias, quince comedias y diez obras históricas. Entre las primeras, además de la famosa *Romeo y Julieta,* las cuatro más aclamadas son *Hamlet*, *Otelo*, *El Rey Lear* y *Macbeth* (escritas entre 1601 y 1608). Con respecto a las obras históricas, el listado incluye a: *Eduardo III*, *Enrique VI*, *Ricardo III*, *Ricardo II*, *Enrique IV*, *Enrique V*, *El rey Juan* y *Enrique VIII* (*The Famous History of the Life of King Henry the Eighth*). Entre las comedias se destacan *Sueño de una noche de verano* (1595/1596) y el *Mercader de Venecia* (1596/1597).

En la obra de este autor se advierte una cierta filosofía del derecho, la construcción de un imaginario colectivo con base en una especie de puesta a prueba (en la escena teatral) de las pasiones políticas ("Sófocles en el primer *stasimon*[126] de *Antígona")*, que los hombres se enseñan a sí mismos. Un conjunto de valores unificados por un relato al que la ciudadanía le otorga crédito, y que los motiva en un compromiso permanente.[127]

---

[125] Ost, 2016, p. 74.

[126] El primer "estásimo" de *Antígona* al que se refiere Ost expresa lo que sigue:
"ESTROFA I: Muchas son las cosas admirables, pero nada hay más asombroso que el hombre. Éste atraviesa el blanquecino mar surcando las olas bramadoras cuando sopla el noto [viento sur] *en el invierno, y fatiga a la tierra, madre de los dioses, la tierra inmortal, infatigable, que rotura de año en año con el ir y venir de los arados arrastrados por caballos.*
ANTIESTROFA I: El ingenio del hombre apresa con sus redes el incauto linaje de las aves, las razas de animales salvajes de los campos, y atrapa en sus mallas a los peces de los mares; domina con sus artes las fieras montaraces, y somete al apretado yugo al caballo de velludo cuello y al toro infatigable que habita en las montañas.
ESTROFA II: Fecundo en recursos, ha aprendido por sí mismo la palabra, el alado pensamiento, los modos de vida ciudadanos, y a escapar del rigor de los hielos, mal refugio en la intemperie, y a evitar el azote de las lluvias. De ningún medio carece en su camino para aquello que pueda sucederle. Del Hades solamente no tendrá evasión posible, aunque haya inventado la manera de evitar las dolencias más rebeldes.
ANTIESTROFA II: Poseedor de tan sabios y tan hábiles recursos, como nadie hubiera imaginado, se dirige unas veces a lo malo y otras a lo bueno. Cuando une a las leyes de su patria la justicia de los dioses que ha jurado, en la ciudad se distingue sobre todos, y es indigno de su patria el que ama con audacia lo malvado. Que jamás sea mi huésped ni mi amigo quien lo haga" (Sófocles, 2014, p. 77-78)

[127] "Tal es, precisamente, el genio de Shakespeare: enfrentarse a las pasiones políticas (lo que los discursos *hacen*, más allá de lo que dicen, y lo que los hombres realmente quieren decir más allá de sus acciones) y, poniéndolas en juego de todas las maneras posibles, dirigirse al imaginario del público, hacer un llamado a su participación, implicarlo en la construcción de esos montajes. Hay una verdadera *poiesis* que opera aquí: la construcción de un imaginario colectivo. La poesía teatral de Shakespeare pone en escena (incluso podríamos decir que *"performa"*, en el sentido de *performance* teatral o de lo *performativo* jurídico que realiza aquello que dice mientras lo dice) esta filosofía del derecho que sostiene, en la línea de la proposición de Sófocles, que el fundamento último del derecho no reside tanto

Shakespeare ofrece al mundo una complejidad, la de la humanidad como espectáculo, por eso requiere del lector una predisposición activa para la interpretación. Ello implica afinar el juicio y detectar lo oculto detrás de lo aparente, mediante la prueba de verdad puesta por el espíritu crítico del poeta, con el cual colabora la característica ambivalente del teatro.[128]

La obra del poeta en general se puede abordar en su relación con el derecho de diversas maneras. Todas ellas son válidas. Se lo puede hacer desde una perspectiva de la historia del derecho y de las ideas políticas, en tanto refleja el momento bisagra del paso del derecho medieval al moderno. O también se la puede encarar desde la filosofía del derecho, esto es, alumbrando los temas jurídicos fundamentales y transversales ("relaciones entre derecho positivo y derecho natural, conflictos entre la letra y el espíritu, tensiones entre equidad y justicia estricta, fundamentos de la legitimidad dinástica, límites y oportunidad del derecho a castigar…"[129]). Finalmente, se la puede utilizar como *jurisfictions,* esto es, cuando los juristas continúan con la obra, desarrollando ciertas tesis teóricas bajo la forma de ficción.[130]

El mercader de Venecia es una obra paradigmática en los estudios de derecho y literatura, en cualquier modalidad. Desde la perspectiva de la filosofía del derecho se pueden realizar dos aproximaciones: una temática (límites del derecho a castigar, autonomía de la voluntad, contrato de mutuo y validez de determinadas cláusulas penales, el derecho de extranjería) y la otra transversal (equidad, perdón).[131]

En lo que interesa al estudio crítico basado en la intersección "derecho *en* la literatura", es necesario repasar la parte pertinente de la trama visible vinculada a la solicitud del préstamo y a la pretendida ejecución de la cláusula penal.

---

en una doctrina o una teoría como en un imaginario colectivo. Un sistema de representaciones, un conjunto de valores unificados por un relato al que el pueblo otorga crédito y que es susceptible de motivar su continuo compromiso. Décadas, incluso siglos de liberalismo individualista y utilitarista han obliterado esta concepción de lo político y, al encerrar a los individuos en ellos mismos —el cálculo de sus propios intereses incluido—, progresivamente secaron su imaginario político y provocaron su progresiva desafiliación de la comunidad." (Ost, 2016, p. 61-62).

[128] Ost, 2016, p. 66-68.

[129] Ost, 2016, p. 81.

[130] Ost, 2016, p. 81-82.

Parece oportuno señalar aquí un dato que aporta el autor. "Un estudio de 1993 estableció un inventario de las citas literarias presentes en las decisiones de las jurisdicciones superiores norteamericanas. Sin sorpresa, nos enteramos de que Shakespeare es, con más de 800 decisiones inventariadas, de lejos el autor más citado. Significativo es también el hecho de que los pasajes diferentes de su obra recogidos en los fallos sean tantos como 257." (Ost, 2016, p. 90; su fuente es: *Connecticut Bar Journal* 67, 1993, p. 317 y ss.)

[131] Ost, 2016, p. 82.

Basanio es un noble veneciano que le pide tres mil ducados a su amigo Antonio, un mercader de fortuna también de Venecia, para poder continuar con dignidad su noviazgo con Porcia (una heredera rica, que vive en Belmonte). Pero Antonio ha empleado todo su dinero en especulaciones de ultramar. No obstante, y debido a que quiere asegurarle a su amigo el éxito de su empresa amorosa, Antonio solicita un préstamo al usurero Shylock, a quien en forma previa había insultado, precisamente por dedicarse a esa actividad. Shylock consiente en prestarle el dinero sin interés, pero introduce una cláusula para el caso de incumplimiento: si la cantidad no es devuelta el día fijado, él –Shylock– tendrá derecho a tomarse una libra de carne del cuerpo de Antonio. Éste acepta, aún a riesgo de morir si eventualmente tuviese que cumplir la cláusula. De nada sirve la oposición de Basanio.

Por otra parte, una subtrama de la obra da cuenta de que el padre de Porcia, por disposición testamentaria, estipuló que su hija contraería matrimonio solo con aquel pretendiente que escogiese el cofre correcto (el que contiene su retrato). De los tres postulantes, Basanio es quien triunfa en la elección, por sobre los príncipes de Marruecos y de Aragón. Luego se celebra la boda. Mientras tanto, de Venecia llega la noticia que los navíos de Antonio han naufragado, que su deuda no ha sido pagada dentro del plazo convenido, y que Shylock exige "su" libra de carne.

El asunto del cobro de la cláusula penal es llevado ante el Dux. Porcia se disfraza de abogado y Nerissa (su doncella) de su asistente. Todo ello sin dar noticia a sus respectivos maridos. Abogado y asistente falsos se presentan ante el tribunal para defender a Antonio. Después de haber intentado en vano obtener el perdón del usurero (llegaron a ofrecerle el triple de la cantidad debida), Porcia solicita que sea concedida la petición del acreedor, pero le advierte que no podrá derramar una sola gota de sangre ni obtener mayor porción a la pactada. Más adelante, y debido a que Shylock había insistido en ejecutar la cláusula penal (con la consecuente probabilidad de causar la muerte de Antonio), Porcia solicita que sea el usurero quien pague con su vida. Ello en virtud de que, siendo extranjero (así eran consideradas las personas de origen judío), había intentado acabar con la vida de un ciudadano de Venecia. El Dux perdona la vida a Shylock, aunque lo condena al despojo de sus bienes. De ellos, la mitad se los asigna a Antonio y la otra mitad al Estado. Antonio renuncia a su parte a condición de que Shylock se convierta al cristianismo y deje su caudal, cuando muera, a su hija Jésica (quien había huido para casarse con un cristiano). Shylock acepta la decisión.

Como suele ocurrir con las obras de Shakespeare, la trama es compleja y los personajes son sólidos. La acción transcurre en distintos espacios, donde se multiplican los mismos hechos o similares (por ejemplo, matrimonios sucesivos), lo que otorga un efecto de juego de espejos. La línea argumental se desarrolla en simultáneo en Belmonte (lugar ficticio) y Venecia.

La escena III del primer acto da cuenta del préstamo y de sus condiciones.[132] En la escena III del tercer acto, ante el rumor de la deuda incobrable, el usurero pide que se cumpla con el Pagaré. Antonio parece aceptar su destino pues, de lo contrario, Venecia perdería su crédito ante los comerciantes si el formalismo de los pagarés no fuese honrado.[133] En la escena IV,[134] Porcia decide intervenir en la corte del Dux, disfrazándose de abogado, lo que puede interpretarse como una suerte de *amicus curiae*.[135]

El cuarto acto se ocupa del juicio en el tribunal de Venecia. Aquí, la obra muestra: (a) el reproche del Dux al usurero, por mantener una posición inflexible en cuanto al perdón, situación que lo obligaba a fallar conforme a la ley formal (argumento principal de Shylock); (b) los argumentos *ad misericordiam* de quienes piden clemencia a Shylock y, por lo tanto, en defensa de la vida de Antonio; y (c) los argumentos de Shylock (en tono iracundo) en favor del cumplimiento del contrato, entre los que se destaca la crítica social, cuando compara la libra de carne de Antonio con la tenencia de esclavos de sus contendientes. Acto seguido, el Dux decide escuchar al letrado que supuestamente había sido enviado por el jurisconsulto de Padua (que no es otra que Porcia disfrazada de tal). Porcia, luego de utilizar herramientas retóricas para congraciarse con Shylock (por ejemplo, que los contratos y la ley deben cumplirse), de apelar a la clemencia entendida como perdón o gracia (*mercy*) y de aumentar al triple la oferta para compensarlo y convencerlo así de que desista de la ejecución de la cláusula penal, agrega:

> PORCIA. Un momento no más. El contrato te otorga una libra de su carne, pero ni una gota de su sangre. Toma la carne que es lo que te pertenece; pero si derramas una gota de su sangre, tus bienes serán confiscados, conforme á la ley de Venecia.
>
> GRACIANO. ¿Lo has oído, Sylock?

[132] Shakespeare, 2016, p. 17-19.
[133] Shakespeare, 2016, p. 44-45.
[134] Shakespeare, 2016, p. 47-48.
[135] Ost, 2016, p. 109.

SYLOCK. ¡Oh juez recto y bueno! ¿Eso dice la ley?

PORCIA. Tú mismo lo verás. Justicia pides, y la tendrás tan cumplida como deseas.

GRACIANO. ¡Oh juez íntegro y sapientísimo!

SYLOCK. Me conformo con la oferta del triplo: poned en libertad al cristiano.

BASANIO. Aquí está el dinero.

PORCIA. ¡Deteneos! Tendrá el hebreo completa justicia. Se cumplirá la escritura.

GRACIANO. ¡Qué juez tan prudente y recto!

PORCIA. Prepárate ya á cortar la carne, pero sin derramar la sangre, y ha de ser una libra, ni más ni menos. Si tomas más, aunque sea la vigésima parte de un adarme, ó inclinas, por poco que sea, la balanza, perderás la vida y la hacienda.

GRACIANO. ¡Es un Daniel, es un Daniel! Al fin te hemos cogido.

PORCIA. ¿Qué esperas? Cúmplase la escritura.

SYLOCK. Me iré si me dais el dinero.

BASANIO. Aquí está.

PORCIA. Cuando estabas en el tribunal, no quisiste aceptarlo. Ahora tiene que cumplirse la escritura.

GRACIANO. ¡Es otro Daniel, otro Daniel! Frase tuya felicísima, Sylock.

SYLOCK. ¿No me dareis ni el capital?

PORCIA. Te daremos lo que te otorga el contrato. Cóbralo, si te atreves, judío.

SYLOCK. ¡Pues que se quede con todo, y el diablo le lleve! Adios.[136]

La confrontación Shylock/Antonio revela una primera lectura de la obra en clave binaria, en donde el conflicto religioso aparece como el dato más evidente. Asimismo, se aprecian las costumbres de clases contrapuestas, donde la Aristocracia posee un ritmo de vida elevado y gasta su dinero sin llevar la cuenta, mientras que en los "extranjeros" prevalece el equilibrio de los intereses y una vida moderada, que más adelante se conocerá como el *ethos* de la burguesía.

Las cuestiones jurídicas también son presentadas en esa división dual. El apego a la letra de la ley, que luego se conocerá como rigor cambiario, en oposición a su espíritu o la clemencia privada (*mercy*), o las diferentes consideraciones respecto del dinero a interés. Por último, en materia de la utilización del recurso espacial, la dicotomía Venecia/Belmonte, una como lugar de trabajo, la otra como lugar de

[136] Shakespeare, 2016, p. 55-56.

residencia y festejos; o, más sutil aún, del conjunto Venecia-Belmonte contra el "gueto", que las dota de recursos financieros.[137]

La obra contiene tanta riqueza en cuestiones jurídicas que favorece el tratamiento por grupos. Ost expresa dos tipos de abordajes posibles: por un lado, el realista, esto es, el que toma al pie de la letra los datos jurídicos, como si se tratase de un caso o de un precedente más; y, por el otro, la perspectiva de *poetic justice*, que considera los datos en forma simbólica con sus implicaciones políticas y antropológicas.[138]

Desde un punto de vista histórico-realista, cuando se posiciona sobre la cláusula penal que Shylock pretendía ejecutar –dejando de lado en este análisis a la ley del talión y sus respectivas interpretaciones religiosas respecto de si ésta llevaba como finalidad la venganza o la compensación–, parece tener presente la ley romana de las XII tablas (siglo V a. C.). En especial, la tabla III, que disponía que el deudor de una deuda confesada o determinada en juicio, que no cumplía y no conseguía aval, será atado –por el acreedor– con cuerdas o cadenas de quince libras por sesenta días (en dicho período podía lograrse un acuerdo). Vencido el plazo, el deudor era llevado al mercado durante tres días, anunciándose el valor por el que había sido condenado. Al tercer día se le aplicaba la pena de muerte, o se lo enviaba al otro lado del Río Tíber, para ser vendido como extranjero. Pasado el tercer día, la ley preveía también que se lo corte en pedazos (si se corta de más o de menos, no se consideraba fraude).

Se debe destacar que la figura del seguro marítimo ya se conocía desde el siglo XVI, y que Venecia se había convertido, por entonces, en el centro mundial por excelencia de dicho contrato. De manera que, tanto la cláusula penal como la preocupación de Antonio derivada de la suerte de su inversión en el comercio marítimo, se interpretan como recursos literarios, cuya finalidad es dar cuerpo a la trama de la historia. Ello refuerza la perspectiva de que el lector letrado debe estar

---

[137] Ost, 2016, p. 115-118. Recuerda este autor que es "Venecia la que inventa el término "gueto" (deformación del veneciano "*getto*", que significa "fundición"), el barrio donde la República de Venecia concentraba a los judíos y que había sido construido sobre los terrenos de una antigua fundición. Desde el siglo XII, la comunidad judía de Venecia (la *Giudecca*) estaba encerrada, en efecto, en zonas reservadas cuyas puertas se cerraban por la noche, con prohibición de circular por la ciudad más allá del toque de queda. Los judíos del gueto debían señalarse mediante la portación de una pequeña rueda amarilla sobre el pecho, y por un gorro o sombrero amarillo —el amarillo era ese color infamante, que simbolizaba la locura y el crimen—." (Ost, 2016, p. 117).

[138] Ost, 2016, p. 156-157.

atento a las tramas ocultas de las obras y pensar siempre en un posible registro simbólico.

Sea como sea, la crueldad, que desde nuestra óptica se le imputa a la obra en este aspecto, tiene su correlato con la realidad de la época londinense en la que vivió el autor, y que muy probablemente estaba presente en la memoria colectiva de los lectores de Shakespeare. Me refiero al caso del médico portugués Rodrigo Lopes, de origen judío y convertido al cristianismo, quien fue acusado y condenado a muerte por espionaje en contra de la Inglaterra y en favor de España. Antes de morir, aún colgado, Rodrigo Lopes fue castrado y eviscerado en espectáculo público, que las autoridades consideraron un ejemplo para la ciudad.[139] El impacto de la ficción es mayor cuando un caso de la realidad es tan o más espantoso que el narrado.[140]

Entre los temas estrictamente jurídicos que trata la obra, y que toleran un análisis con perspectiva comparativa, se destacan el contrato de mutuo, sus cláusulas y en especial la cláusula penal, la fianza, el matrimonio, el régimen testamentario, el estatuto de los extranjeros, y cuestiones de derecho procesal.[141]

En cuanto al matrimonio, la obra recuerda el poder que ejercían los padres sobre sus hijos, aunque más limitado que en el caso de Cervantes, pues requería el consentimiento de los esposos como requisito de validez. Asimismo, pone de relieve la subordinación en la que se encontraba la mujer casada respecto del esposo, una vez concretada la unión. Es claro que estos principios son intolerables en nuestros días, donde se privilegia la igualdad y autonomía personal de los contrayentes, tanto en la voluntad de contraer nupcias, como en lo que respecta a la libre administración y disposición de los bienes propios y, finalmente, en el derecho a poner fin al matrimonio mediante el divorcio.

Por su parte, la decisión del Dux de exigirle al usurero que legue su fortuna a su hija, quien se atrevió a desobedecerlo, es un elemento que convoca a reflexión, pues hoy no se concibe otro requisito sustancial más relevante para una disposición *mortis causa* que la voluntad expresada en forma libre. Asimismo, con las escenas judiciales se puede profundizar sobre los límites de la función jurisdiccional.

---

[139] Ost, 2016, p. 158-163.

[140] Sobre este tema, la realidad tan o más cruel que una ficción, se vuelve más adelante al tratar la violencia de género y la relación entre los hechos del caso "Castro Castro vs. Perú", resuelto por la Corte IDH y la obra de Saramago, Ensayo sobre la ceguera.

[141] Se puede encontrar un análisis detallado en: Ost, 2016, p. 163-175; Falcón y Tella, 2015, p. 116-122; Talavera, 2006, p. 131-161.

La lectura en clave actual del estatuto de los extranjeros se presenta como advertencia, en tanto y en cuanto en determinados países, como consecuencia del fenómeno de migración internacional, se reinstaló en la discusión política la dicotomía dualista bueno/malo, amigo/enemigo, de religión *x*/de religión *y,* entre otras. Nuevos grupos de inmigrantes son discriminados por razones de nacionalidad, de religión o raza; a la vez, contradiciendo el principio de "no regresividad", existen intentos de reinstalar normas claramente contrarias a los derechos humanos. Ello convoca a la reflexión permanente destinada a alcanzar consensos, por ejemplo, sobre los postulados de universalidad y objetividad (cierta objetividad que no debe confundirse con absolutidad) de los derechos humanos, anclados sobre la dignidad humana.

En materia procesal, llama la atención el peculiar proceso del que da cuenta el Acto IV. En éste se advierte que el Dux ve con buenos ojos la posibilidad de descansar en la habilidad del letrado ajeno a la corte. Asimismo, se destaca la mutación procesal; el asunto que comienza como un proceso civil –ejecución de una cláusula penal–, se transforma luego en uno penal contra el acreedor originario (Shylock). Finalmente, es interesante el rol asumido por Porcia (impostada de jurista), como si fuese un *amicus curiae;* es decir, se presenta como "un personaje ajeno a las partes, que no es un testigo, ni siquiera perito de parte, invitado al tribunal para esclarecer algún aspecto importante del caso que corriera el riesgo de ser insuficientemente tomado en cuenta."[142]

El contrato de mutuo y la cláusula penal que contiene se pueden interpretar teorizando sobre el alcance de la autonomía de la voluntad de las partes, las cláusulas abusivas e irrazonables, y los conceptos de buena fe (al celebrar el contrato y al exigir su cumplimiento) y mala fe (por ejemplo, en la interpretación formalista excesiva que realiza Porcia, al expresar que el contrato puede ejecutarse, pero solo en una libra de carne sin derramar sangre y sin excederse de la cantidad pactada). Lo mismo sucede con la noción de "interés compensatorio", como alternativa a la irrazonabilidad de la cláusula y, quizá, como reconocimiento del valor del dinero que en la actualidad conceden los ordenamientos jurídicos.

A su vez, un estudio transversal de la cláusula penal adiciona riqueza a la interpretación desde la posición que relaciona derecho y literatura. ¿A qué responde el pedido de no aplicación de la cláusula penal?, ¿se trata de una discusión que involucra el derecho y la equidad o solo es un pedido de gracia o perdón (*mercy*)? Para Ost se

[142] Ost, 2016, p. 167.

trata de un caso de gracia o perdón (*mercy*), pues en la obra nunca se ataca la validez cláusula.[143]

Un aspecto impactante de interés iusfilosófico transversal es el desafío de la mujer. La actitud de Porcia de ir más allá de los roles asignados, de disfrazarse de hombre, asumir el papel de letrado y presentarse ante el tribunal, puede interpretarse como una reivindicación, igualitaria y con perspectiva de género, de la mujer.[144]

Asimismo, la lógica de Antonio (altruismo) contrapuesta a la de Shylock (formalista, ceñida al contrato con una filosofía economicista) favorecen el estudio de las nociones de ideología y derecho.

El mercader de Venecia, en suma, permite realizar distintos análisis comparativos de temas jurídicos puntuales (y actuales) y, en una visión transversal, pensar sobre cuestiones que hacen a la interpretación jurídica. La "literal" de Shylock –y también la de Porcia cuando le falla la argumentación "compasiva"–; la "teleológica" de Basanio cuando, a modo de compensación, ofrece pagar el doble y luego el triple de la deuda original, en el convencimiento de que una libra de carne no beneficia a nadie y de esa manera se estaría cumpliendo con la razón del negocio; o la visión "consecuencialista" del Dux.

Dicha visión transversal también facilita el tratamiento de las nociones legalidad, legitimidad y argumentación jurídica,[145] esta última de manera sobresaliente.

Por último, Shakespeare hace una descripción de lo que es el antisemitismo, al mostrar el detrás de escena de la interacción social. Mas que una obra antisemita, se trata de una crítica que forma parte de la trama oculta o subterránea; es una queja contra el modelo social, económico y jurídico imperante. Como es habitual, Shakespeare nos muestra, nos pone a prueba en humanidad. Al respecto, Talavera recuerda que la riqueza patrimonial de las personas judías, en la Venecia de la época en la que se

---

[143] "[…]no obstante, no es de *equity* de lo que se trata en la pieza…, sino de *mercy*, es decir, de gracia. La *mercy* nos propulsa hacia un más allá de la justicia y de la ley; ya no apunta a la enmienda de la ley y la humanización de la justicia, sino que introduce una nueva lógica. Una lógica de la gratuidad (a la manera de la misericordia divina), una "gracia" que es la prerrogativa de aquel, soberano, que se coloca, mediante dicho gesto, por encima de la ley, o del particular que, al conceder su perdón, trasciende él también la justicia y la ley. Esta lógica del suplemento viene de arriba (en su hermoso parlamento, Porcia evoca "la suave lluvia que cae del cielo", acto IV, 1, 182), jamás está condicionada, y beneficia tanto a aquel que la da como a aquel que la recibe. […] la equidad y el perdón no operan en el mismo plano: la equidad se inscribe en el resorte del derecho, y parte de una ley general y abstracta que ella tempera; el perdón, por su parte, es extra o suprajurídico, trasciende toda especie de ley e instaura una lógica soberana de don y de perdón." (Ost, 2016, p. 173-174).

[144] Falcón y Tella, 2015, p. 117.

[145] Falcón y Tella, 2015, p. 116.

desarrolla la obra, no provenía del comercio o del tráfico de mercancías, pues a ellos les estaba prohibido toda actividad comercial. La fortuna reconocía su origen en el desarrollo de la única actividad que le estaba vedada a los cristianos por razones religiosas (censura del evangelio): el préstamo con interés (usura).[146]

De modo que es posible observar, además de la denuncia del maltrato en la interacción social incluyendo aquí la reclusión al gueto, la discriminación en la actividad económica mercantil. Las razones de la discriminación de las personas de origen judío se basaban en la religión y en el medio de vida. Si se prefiere, la obra muestra la discriminación por razones espirituales y materiales.

La construcción del personaje[147] de Shylock debe entenderse, además, en el contexto histórico inglés ya aludido (la muerte del Rodrigo Lopes), y en que la mayoría de la población de origen judío había sido expulsada de la isla siglos antes. El contexto literario se completa con la publicación *El judío de Malta*, de Christopher Marlowe (1589). El personaje de este libro (Barrabás), presenta algunas notas comunes a Shylock (es de una personalidad intrigante, pierde a su hija, es castigado por "sus" crímenes). Todas estas cuestiones logran la inmersión en el personaje,[148] obteniendo así un Shylock de personalidad compleja y sufriente. Una correcta lectura de su estado emocional (ver por ejemplo la utilizada en el acto III, escena primera), da cuenta de parte de la trama oculta: Shylock actúa como lo hacen los cristianos, con hipocresía ("lo desprecian, pero acuden a él por su dinero") y exigiendo venganza ("hablan de piedad, pero persiguen a muerte a sus enemigos").[149]

La doble trama,[150] la de superficie o visible (con sus correspondientes subtramas) y la subterránea (lo que muestra en realidad la obra, el detrás de escena), es un recurso narrativo de las representaciones literarias de calidad. Talavera transforma esta

---

[146] Talavera, 2006, p. 134.

[147] En su libro *La construcción del personaje literario. Un camino de ida y vuelta*, Isabel Cañeles enseña de manera simple cuáles son las características que debe tener un buen personaje literario para que funcione en la trama, lo que favorece la suspensión de la incredulidad, necesaria para comprender y aplicar la relación entre Derecho y Literatura. (ver Cañeles López, 1998).

[148] Significa obsesionarse con el personaje. Pero "Obsesionarse no significa tanto pensar la historia o personaje, sino más bien vivir la historia, en el personaje… Aquel [escritor] que vive sus historias no las quiere contar; quiere recrearlas, hacérselas vivir al lector…" (Cañeles López, 1998, p. 22).

[149] Talavera, 2006, p. 136.

[150] En teoría literaria no debe confundirse el concepto de trama con el de acción. "En cualquier obra de ficción tenemos dos niveles: uno es la narración de los hechos en su sucesión temporal; otro, la narración de los hechos en su sucesión causal. […] al primero vamos a llamarlo acción y al segundo trama. La acción de una novela sería, pues, los hechos colocados uno detrás de otros; la trama consiste en un análisis lógico-causal de esos hechos. […] La acción pertenece al nivel textual y la trama al nivel intelectual." (Cañeles López, 1998, p. 44-45).

complejidad literaria a un registro de la filosofía del derecho. Así, en clave dialéctica, piensa lo visual versus lo auditivo, lo real versus lo aparente. Lo que muestra el estereotipo (lo aparente, lo visual) no representa la personalidad humillada y excluida del personaje (lo real, lo que se escucha en el fondo, o lo que subyace bajo la superficie del relato).[151] Esta misma dialéctica (doble trama) se reconoce en el papel que asigna a la mujer.[152]

Aquí culmina el breve estudio de las obras clásicas elegidas. A continuación, me propongo examinar, desde similar perspectiva, la narrativa contemporánea. Más adelante, en cada ocasión que se presente una representación literaria actual, procuraré seguir el mismo esquema lógico. Esto es, presentar una breve referencia bibliográfica del autor, una sinopsis de la obra seleccionada transcribiendo las partes que ofrezcan materiales de interés iusfilosófico, para encarar finalmente el análisis crítico con perspectiva temática o transversal.

b) Narrativa contemporánea

En los incisos del apartado anterior he realizado un recorrido por los clásicos que se consideran imprescindibles en la relación derecho y literatura. Pero el tema jurídico del que se ocupa este trabajo, la dignidad humana de la gestante en la GS, exige complementar el estudio recurriendo a obras literarias contemporáneas.

Lo mismo puede decirse de otros temas cercanos, que también inciden en forma directa sobre la dignidad humana (por ejemplo, las prácticas eugenésicas o la violencia de género entendida en registro de perspectiva de género actual). Ello es así, pues estos conflictos, que involucran el progreso biotecnológico o el desarrollo conceptual de la noción de género, son propios de nuestra historicidad y por lo tanto impensables para Homero, Sófocles, Cervantes o Shakespeare.

(i) Alrededor de la zona de conflicto

---

[151] "*El Mercader de Venecia* nos introduce de lleno en esta dialéctica [*lo visual versus lo auditivo; lo aparente versus lo real*] y muestra con inigualable maestría la primacía del oído sobre la vista, de lo oral sobre lo visual. Esa es la razón por la cual Shylock no responde al estereotipo propio de un judío mezquino, avaro y cruel, sino al de un auténtico héroe trágico, cuyas palabras nos permiten penetrar en el fondo de una alma humillada, vejada y excluida; rota por el abandono de su propia hija y sumida en un rencor de raíces milenarias, no justificable pero sí comprensible." (Talavera, 2006, p. 139).

[152] "La primacía del oído sobre la vista nos permite, también, pasar por encima del estereotipo de los femenino (Porcia en Belmonte y sus juegos de amor), para asistir a las brillantes argumentaciones del doctor Baltasar (Porcia disfrazada de hombre en el juicio), que son respetadas y aclamadas por quienes jamás hubieran permitido a una mujer participar en un foro judicial. Esa misma primacía de lo auditivo, es la que nos permite presenciar el descrédito de la soberbia machista y altanera de Bassanio y Graciano (episodio del anillo), que deben rendirse ante la supremacía moral e intelectual demostrada por sus respectivas esposas." (Talavera, 2006, p. 139).

Las obras contemporáneas elegidas para esta investigación funcionan de igual manera que los clásicos; esto es, en la relación "derecho *en* la literatura", los asuntos de interés iusfilosófico que abordan favorecen un análisis crítico. Con ello persigo delinear un contenido específico de la dignidad humana de la gestante en la GS. Lo dicho responde a la forma en que la literatura introduce la incidencia de los avances científicos en las ideas de justicia del siglo XXI, lo que tiene un efecto expansivo en su definición.

Corresponde aclarar que la noción de análisis crítico sobre la que se asienta este trabajo impone un estudio estructurado por etapas. La primera se ocupa del ordenamiento jurídico, donde se incluyen aspectos de derecho comparado. La siguiente de la dogmática y la jurisprudencia, lo que éstas sostienen sobre el tema en examen. La última se focaliza en la interpretación y argumentación jurídicas. Aquí es donde se introduce la relación "derecho *en* la literatura". En esta fase de interpretación y argumentación se intenta desentrañar el mejor sentido de la obra literaria; si ello se consigue, se alumbrará el mejor derecho realizable. Lógicamente, se trata de recorridos estructurados a los efectos expositivos, pero en modo alguno significa que sean compartimentos cerrados o sucesivos. De manera que, si bien el estudio se inicia con la legislación, no se excluyen aspectos propios de la dogmática y la jurisprudencia, ni de la interpretación y argumentación jurídica. Lo mismo sucede cuando el foco se coloca sobre las otras dos fases. De este modo se construye una red, que puede amortiguar mejor las posibles fugas argumentales.

La contribución cognitiva de hechos y derechos a través del "derecho *en* la literatura" utiliza como herramientas la perspectiva, la empatía, la imaginación literaria, que se traducen en un aporte metodológico (razonamiento abductivo), al contribuir con la detección de detalles y situaciones advertibles por los escritores (extrañamiento).

A diferencia de las obras clásicas sistematizadas más arriba, el análisis de las contemporáneas se realizará a medida que avanza el trabajo, toda vez que se estime pertinente.

Para cumplir el propósito señalado, he seleccionado autores reconocidos y obras de calidad indiscutida, tales como Philip Kerr (*Una investigación filosófica*), Aldous Huxley (*Un mundo feliz*) o Cesar Aira (*El congreso de literatura*). Estos escritores y obras referidas se ocupan de diferentes conflictos bioéticos, más o menos reales o posibles (el devenir histórico nos lo dirá), tales como las prácticas eugenésicas, la

clonación humana o una nueva forma de sanción penal que permitiría el progreso biotecnológico (el "coma punitivo"). El caso de la novela *Hablar solos,* de Andrés Neuman, ofrece una mirada sobre una de las paradojas producto de la sociedad de riesgo actual; la posibilidad de mayor sobrevida de quien sufre alguna enfermedad grave frente al riesgo de enfermar de quien se encarga de su cuidado (en general, las mujeres, esposas, hijas, madres). Vinculado a la discriminación de la mujer y violencia de género, con apoyo en los tópicos tiempo y maldad (abuso de poder estatal), he incluido la obra de José Saramago, *Ensayo sobre la ceguera*. En lo que respecta al abuso de poder de un Estado totalitario y confesional, la violencia contra la mujer se retrata de manera manifiesta en *El cuento de la criada* de Margaret Atwood. Esta obra gira sobre la utilización del cuerpo de la mujer como un mero instrumento para gestar.

Todas las obras seleccionadas permiten analizar la implicancia del accionar humano y del progreso biotecnológico sobre la dignidad de la persona humana y sus proyecciones en el ordenamiento jurídico.

Con ellas se coadyuva, en la justificación de la relación derecho y literatura, a la que funciona como núcleo: *Eres de como eres*, de Melania Mazzucco.

(ii) Sei come sei

En la novela *Eres como eres,* la escritora italiana Melania Mazzucco aborda este asunto complejo y controvertido del derecho de las familias actual: la gestación por sustitución. Como se sabe, se trata de una figura que divide a la doctrina y jurisprudencia en dos grupos antagónicos: los que la aceptan (en determinados casos, con matices) y los que la rechazan.

Melania G. Mazzucco es una escritora contemporánea. Nació en Roma en el año 1966 y, según expresa su biografía,[153] está considerada por la crítica como una de las mejores escritoras italianas actuales. Además de la novela *Eres como eres* (Premio *Il Molinello,* 2014), Mazzucco ha publicado *El beso de Medusa* (1996, finalista de los premios Strega y Viareggio), *La habitación de Balthus* (1998), *Ella, tan amada* (2000, Premio Napoli y Premio Vittorini), *Vita* (2003, Premio Strega), *Un día perfecto* (2005), *La larga espera del ángel* (2008) y *Limbo* (2014).

A partir de la conexión "derecho *en* la literatura", la obra literaria contemporánea concede un punto de partida apropiado para un análisis jurídico y filosófico de la GS.

[153] La referencia biográfica es la expuesta por los editores del sello Anagrama, inserto en la solapa de la tapa del libro (edición papel).

Y, en consecuencia, de sus efectos sobre las personas vinculadas, entre los que se destaca la afectación (o no) de la dignidad humana de la gestante.

La obra está escrita con una prosa limpia, e incluye giros temporales hacia atrás y hacia adelante (recursos narrativos conocidos como *flash back* y *flash forward*). En general el tono es medido, y las notas altisonantes que contiene son breves, lo cual permite una lectura en clave humanista sin golpes bajos (los que, se sabe, tienen para el conocimiento un efecto efímero).

La trama de superficie aporta el tema jurídico principal (la GS, en su versión transfronteriza), mientras que la subterránea posibilita un análisis transversal de la dignidad humana de la gestante. Sin perjuicio de ello, permite el examen de los derechos humanos de los padres de intención y de la niña nacida por GS –identidad–. Tal como se verá más adelante, la realidad jurídica argentina autoriza el funcionamiento instrumental de la obra *como si* se tratara de un *caso,* en el sentido dado por el artículo 1 del CCyC ("Los casos que este Código rigen…"). Es decir, el caso entendido como el supuesto de hecho controversial o problemático que debe ser resuelto, y a partir del cual se pueden elaborar premisas aplicables a supuestos análogos.

Christian Gagliardi (profesor universitario) y Giuseppe Autunno —Giose— (músico) conforman una pareja de hombres italianos con residencia en su país, cuyo proyecto de vida incluye la paternidad. Para materializarlo recurren al método de GS, práctica que se concreta en Armenia, en razón a la prohibición de la legislación italiana. Superadas las primeras frustraciones, en el tercer intento consiguen el objetivo: la gestante queda embarazada.

Después del parto, de acuerdo con el certificado de nacimiento, la niña (Eva) se inscribe en el registro civil italiano como hija de Christian y de madre desconocida. Años más tarde sobreviene la muerte traumática de Christian (en un accidente vial) y, con ella el intento frustrado de Giose de obtener la tutela de Eva. Ni el hecho de convivir con la niña durante ocho años en la casa romana propiedad de Christian, ni el de haber resignado su carrera de músico para dedicarse a su cuidado, es suficiente para superar el test judicial. Tampoco influye el vínculo socioafectivo creado entre ambos, ni la designación de Giose como tutor testamentario por parte de Christian. Los tribunales italianos entienden que Giose no es apto para desarrollar la paternidad. La obra lo expresa de la siguiente manera:

> Preferían no explicarle [a la niña] que el juez tutelar del tribunal del distrito no había considerado a Giuseppe Autunno persona de conducta irreprochable. Se veía perjudicado por algunos antecedentes penales de su juventud que remitía a delitos contra la moral (una denuncia con su respectiva condena por actos obscenos en un espacio público, al mostrar el sujeto el trasero durante un concierto), y conductas privadas no acordes con el desempeño de la paternidad. La falta de dicho requisito fundamental constituía una grave razón que se oponía al nombramiento del susodicho como tutor legal de la menor Eva Gagliardi, huérfana de Christian Gagliardi y de madre desconocida.[154]

La niña queda entonces al cuidado de los familiares de su padre muerto (sus tíos Michele Gagliardi y su esposa Sabrina), residentes en Milán. Al principio, Giose la visita los fines de semana. Pero más tarde, en razón de una mudanza por trabajo de los tíos (a Bruselas), la comunicación entre Giose y Eva se resiente hasta perderse. Tres años más tarde, residiendo otra vez en Milán y luego de un altercado escolar, Eva se escapa y decide buscar a "su padre".

En la novela, Mazzucco utiliza un narrador omnisciente de estilo actual,[155] es decir, limitado, quien solo conoce lo que piensan o sienten los protagonistas principales. Y quien cuenta la historia, se preocupa (tal como se exige a una obra literaria de calidad) en no bajar ninguna línea moral en forma directa o expresa. De esta manera, son los propios sujetos de la ficción quienes hablan por sí mismos, son ellos quiénes deben enfrentar sus conflictos y tratar de resolverlos. Este dato es muy importante, pues asiste razón a Ost cuando, ante la pregunta si no entraña peligro defender una relación entre la "pluma y la espada", responde que tal peligro solo se verifica cuando se confunden los géneros. Dicho de otra forma, cuando la literatura se torna moralizante o cuando el derecho deja de juzgar.[156]

La neutralidad moral de la ficción es fundamental en esta posibilidad interpretativa con base en la articulación de derecho y literatura. La narración en este registro facilita la tarea del lector letrado. En lo inmediato, lo que sucede lejos permite al intérprete jurídico liberarse de la confrontación con su propia carga ideológica. Y, de esa manera, puede avanzar sin condicionamientos en el proceso racional tendiente a obtener conclusiones justificadas, respecto de los distintos problemas jurídicos.

---

[154] Mazzucco, 2016, p. 74.
[155] A excepción del capítulo primero que está narrado en primera persona (por la niña, Eva).
[156] Ost, 2015, p. 155.

Dichas conclusiones justificadas serán, entonces, las buenas razones (correctas) que exige cualquier decisión que se ofrezca en el ámbito de un Estado de derecho constitucional como el argentino. Por lo que, en este contexto, es admisible que el razonamiento práctico otorgue protagonismo a la argumentación jurídica. Se trata de un entrelazamiento de las líneas interpretativas en una red, en una construcción superadora de sus componentes que funciona como unidad hermenéutica.

4. ARGUMENTACION JURIDICA

Como se anticipó, la propuesta opera en la tercera fase del análisis crítico, que puede denominarse hermenéutica-argumentativa. En ella, la relación "derecho *en* la literatura" funciona de manera principal en el contexto de descubrimiento donde se formula la hipótesis de trabajo, cuya validación requiere del apoyo de argumentación jurídica. Se trata de un recurso propio de los Estados de derecho constitucionales, como lo es el sistema constitucional-convencional argentino, que trabaja de manera principal (aunque no exclusiva) en el contexto de justificación.[157]

Ello significa que, aunque el derecho no es solo argumentación, ésta asume una doble importancia. En primer lugar, y sin perjuicio de la labor de identificación y conocimiento que se le otorga al "derecho *en* la literatura" en la fase de descubrimiento, la argumentación jurídica por sí misma también permite identificar detalles con valor argumental de determinados fenómenos jurídicos. En segundo término, suministra al jurista práctico instrumentos de guía para resolver "un entramado muy complejo de decisiones –vinculadas con la resolución de ciertos problemas prácticos–" y justificar argumentos, es decir, dar "razones a favor o en contra de esas (o de otras) decisiones."[158]

Es importante resaltar que, de una manera u otra, en la experiencia jurídica siempre se ha argumentado, aunque a tal actividad se la conociera con otras denominaciones; por ejemplo, "razonamiento jurídico", "método jurídico" o "lógica jurídica", aclarándose, respecto de esta última expresión, que argumentar no significa reducir la aplicación del derecho a términos silogísticos.[159]

---

[157] Para ampliar respecto del contexto de justificación, tanto en su faz interna como en la externa, ver Alexy, 2014, p. 213 y sig.

[158] Atienza, 2016, p. 20.

[159] "Esta última expresión, por cierto, ha sido –y sigue siendo– bastante polémica, pues no todos los juristas parecen convencidos de que su modo de operar en el Derecho haya de ser «lógico»; es frecuente, por ejemplo, oír de un jurista afirmaciones del tipo de «en el Derecho dos más dos no siempre son cuatro», «la aplicación del Derecho no puede entenderse en términos puramente silogísticos», «el

En los sistemas jurídicos de los estados democráticos, la realidad muestra que la mirada argumentativa ha tenido y tiene un desarrollo significativo. Y esto sucede no solo en el derecho. En otros ámbitos de la sociedad se observa una situación similar. Así, argumentan psicólogos, sociólogos, lingüistas, filósofos, economistas, e incluso lo hacen las personas en general, en su vida cotidiana. O al menos deberían estar preocupados por hacerlo.

Entre los juristas, se destacan al menos tres causas que podrían haber determinado el incremento de la práctica argumentativa: (i) el valor relevante que se otorga a la argumentación en la práctica del derecho en los Estados de derecho constitucionales, precisamente porque en ellos se exige fundamentar, justificar racionalmente las peticiones, decisiones, prescripciones o propuestas (de los abogados, de los jueces, de los órganos administrativos o legislativos y de los teóricos); (ii) el papel destacado del manejo de material argumentativo en la enseñanza del derecho más práctica. Sobre este particular, François Ost sostiene que la formación del estudiante de derecho debe serlo en el debate, la argumentación y la negociación;[160] y (iii) el abandono de criterios justificativos de poder basados únicamente en la autoridad o en la tradición, que exige a los ciudadanos dar razones (argumentación racional) de sus acciones y decisiones.

De manera entonces que, para la teoría de la argumentación jurídica, la actividad destinada a conocer acerca de las fuentes del derecho, la validez, la interpretación, la aplicación y la fundamentación de las decisiones va más allá de la mera formación teórica; tiene una incidencia práctica relevante para la comprensión integral del proceso y las razones que sustentan su resultado.

El fenómeno del constitucionalismo juega un papel destacable, pues en él se verifica el paso desde un sistema cerrado y autosuficiente, donde rige la coherencia interna (del sistema), hacia otro abierto y plural, donde prevalece la argumentación.[161]

---

método jurídico no es el de la lógica o el de la matemática», etc. Pero seguramente se trata de una polémica basada, al menos en buena parte, en la ambigüedad de la palabra «lógica», que a veces la usamos para referirnos a la lógica formal (la lógica matemática), y otras como sinónimo de «aceptable», «fundado», «racional», etc. En cualquier caso, la argumentación jurídica no se reduce a la lógica formal e incluso, como enseguida se verá, el origen de lo que hoy suele llamarse «teoría de la argumentación jurídica» es el rechazo a entender el razonamiento jurídico en términos estrictamente lógico-formales. Digamos que la lógica, la lógica formal, es un elemento necesario pero no suficiente (o no siempre suficiente) de la argumentación jurídica" (Atienza, 2016, p. 20-21).

[160] Ost, 2015, p. 11.

[161] Perez Luño, 2007, p. 495-511.

Como consecuencia de ello, a partir de la segunda mitad del siglo XX, este proceso ha contado con un importante desarrollo autoral.

Manuel Atienza sistematiza dos momentos o fases en el desarrollo de las teorías de la argumentación jurídica: la de los "precursores" y la faz de elaboración de una "teoría estándar". La característica de los precursores (años cincuenta del siglo XX) se centra en la imposibilidad de que el razonamiento jurídico se circunscriba al deductivo. Es decir, las teorías de la argumentación se piensan en contraposición a dicho método. Se destacan autores como Luis Recasens Siches, con su diferenciación entre el "logos de lo razonable" y el "logos de lo racional"; Theodor Viehweg, con la tópica, para quien el centro del razonamiento no está dado en el paso de una premisa a otra sino en el descubrimiento de las premisas ("*ars inveniendi*"); Chaïm Perelman, quien mediante la retórica busca persuadir a un auditorio, realizando un contrapunto a partir de ésta con los argumentos lógicos deductivos; y, finalmente Stephen Toulmin, quien propuso un enfoque procedimental (dialéctico).[162]

La concepción estándar, por su parte, se ubica temporalmente a partir de los años setenta del siglo pasado. Sus autores más destacados son Jerzy Wróblewski, Aleksander Peczenik, Aulis Aarnio, Robert Alexy y Neil MacCormick. En ellos, el razonamiento jurídico no se contrapone al deductivo, sino que éste necesita de otros recursos que ayudan a comprenderlo. MacCormick, por ejemplo, sostiene que la "lógica deductiva" es insuficiente para justificar la decisión de un caso difícil. Por su parte, Alexy entiende a la argumentación jurídica como un caso especial del discurso práctico general, cuya definición excede las reglas lógico-formales.[163] A estas teorías estándares se les critica, no sin razón, que circunscriban su campo de estudio a las decisiones de los tribunales superiores, dejando fuera la argumentación en materia de hechos, en la etapa legislativa, en los procesos de mediación o en la dogmática. En segundo término, se les cuestiona que solo se ocupen del discurso justificativo de los juristas, soslayando elementos sociológicos o psicológicos, entre otros de tipo explicativo.[164]

De modo que, atento a la complejidad del fenómeno jurídico contemporáneo, en especial en materia de derecho de las familias y en conflictos bioéticos, cabe repensar la argumentación jurídica, teniendo en miras la posibilidad de superar los

[162] Atienza, 2016, p. 30-31.
[163] Para ampliar, ver Atienza, 2016, p. 31 y ss.; Alexy, 2014, p. 203 y sig.
[164] Atienza, 2016, p. 31.

déficits de las teorías estándares antes señalados. Esto es, procurar una cierta teoría de la argumentación jurídica que no se ocupe solo de la justificación de las sentencias de los tribunales superiores, sino que, además, aporte herramientas para incluir la interpretación de hechos, y la interpretación y justificación de la labor legislativa, dogmática, de otros jueces de rango inferior, y del operador del derecho sin funciones jurisdiccionales (abogado, mediador). Ello sin desatender que la complejidad del fenómeno jurídico contemporáneo solo puede comprenderse –o se comprende mejor– bajo el paradigma de la transdisciplina. En suma, aun cuando las concepciones esbozadas precedentemente contienen elementos que son de utilidad, por sí mismas, ninguna es suficiente para desarrollar el enfoque argumentativo del derecho, que se considera imprescindible para tomar posición sobre el problema planteado en esta investigación.

a) Concepción del derecho

Considero que la teoría de la argumentación jurídica contemporánea desarrollada por Manuel Atienza[165] es la más completa, compleja y actualizada. Este material de trabajo se asienta en una concepción del derecho postpositivista, inserta en el paradigma del constitucionalismo contemporáneo, que el propio autor denomina "constitucionalismo jurídico".[166] Desde esta visión, que recoge la influencia de autores como Dworkin, Nino o Alexy, se considera al positivismo jurídico como una concepción del derecho superada, sin que ello signifique adherir a alguna concepción iusnaturalista.[167] En la visión del propio autor, su teoría de la argumentación jurídica no prescinde de las teorías precursoras y estándares antes referidas, sino que "las presupone y, en cierto modo, las unifica y vuelve operativas."[168]

La adhesión al constitucionalismo post positivista implica asumir, desde la teoría del derecho, una concepción dual, es decir, reconocer su faz autoritativa (Constitución, límites) como así también asumir que el derecho se erige como una práctica social (para realizar fines y valores). En palabras de Atienza:

> El derecho no puede verse exclusivamente como una realidad ya dada, como el producto de una autoridad (de una voluntad), sino (además y fundamentalmente)

[165] Sin perjuicio de toda la obra del autor, de la que da cuenta la bibliografía del presente, y de las referencias que se harán en cada cita concreta cuando así corresponda, en materia de argumentación jurídica, específicamente, se tuvo en cuenta la siguiente obra de Manuel Atienza: Atienza, 1993; Atienza, 2006; Atienza, 2010 y Atienza, 2016.
[166] Atienza, 2014, p. 313-314.
[167] Atienza, 2016, p. 29.
[168] Atienza, 2016, p. 19 y ss.; Atienza, 2010, p. 27 y ss.

> como una práctica social que incorpora una pretensión de corrección o de justificación.
>
> Ello implica un cierto objetivismo valorativo, por ejemplo, asumir que los derechos humanos no son simplemente convenciones, sino que tienen su fundamento en la moral (en una moral universal y crítica, racionalmente fundamentada). Atribuir una especial importancia a la interpretación, entendida como una actividad guiada por la necesidad de satisfacer los fines y los valores que dan sentido a la práctica. Y otorgar cierta prioridad al elemento valorativo del derecho sobre el autoritativo, sin desconocer por ello los valores del «legalismo»; el ideal regulativo del jurista del constitucionalismo, o del jurista post positivista, tendría que ser el de integrar en un todo coherente la dimensión autoritativa del derecho con el orden de valores expresado en los principios constitucionales.[169]

Una consecuencia de esta toma de posición es la exigencia de una mayor y mejor argumentación jurídica, tanto en términos cualitativos como cuantitativos, cada vez que se tome o vaya a tomarse una decisión. Se trata de una tesis que contiene un componente moral y político, aunque ello no significa presuponer la confusión entre derecho, moral y política, sino una relación necesaria.[170]

b) Concepto y concepciones de argumentación jurídica

El concepto de argumentación jurídica puede variar según el punto de vista desde la que se lo aborde. Por ejemplo, para un lógico, argumentar será la conclusión obtenida del paso de los enunciados (premisas). Otros enfoques, podrán ver a la argumentación como una actividad destinada a descubrir esas premisas, como una técnica para persuadir a un auditorio, o como un proceso comunicativo.[171]

Se puede aceptar que la palabra argumentación denota una noción ambigua, lo que implica que deban expresarse los distintos sentidos del término y sus relaciones entre sí. Esa es la razón por la cual Atienza diferencia entre la noción amplia que denota el concepto (propiedades o elementos), y la concepción de argumentación (interpretación de dichas propiedades o elementos).[172]

---

[169] Atienza, 2016, p. 29.

[170] Se vuelve sobre este tópico *infra*, en el Capítulo II, punto 3.

[171] "Esa pluralidad de nociones puede observarse también en el mundo del Derecho; por eso, como antes veíamos, hay una contraposición característica entre la manera de ver la argumentación por parte de los "precursores" y de los autores que representan "la teoría estándar" de la argumentación jurídica." (Atienza, 2016, p. 109).

[172] "[…] una estrategia adecuada puede consistir en utilizar la distinción que suele hacerse entre *concepto* y *concepción;* o sea, entre una noción muy amplia –un concepto– caracterizada por una serie de propiedades que tendrían que darse siempre que tenga sentido hablar de argumentación, e

Los elementos o propiedades que componen el concepto son los siguientes: argumentar es siempre una acción relativa a un lenguaje, presupone la existencia de un problema, se expresa en un proceso o actividad y a la vez en su resultado, y es una actividad racional.[173]

En relación con las concepciones, el autor que vengo siguiendo sostiene que existen tres formas de interpretar los elementos o propiedades que conforman el concepto de argumentación:

(i) Una *concepción formal* considera a la argumentación como enunciados sin interpretar.[174] Se trata de la lógica formal, la del silogismo subsuntivo. El criterio de validez está en la regla de inferencia.

(ii) Una *concepción material*, para la cual argumentar consiste en desentrañar qué es lo que otorga a los enunciados su carácter de verdaderos o correctos.[175] Esta concepción se focaliza en las premisas (no en la "inferencia"), esto es, en las razones para creer en algo o para realizar una acción determinada y en la conclusión. Dicho de otra manera, la argumentación, desde esta perspectiva material, presupone la formal, pero debe, además, "cumplir también ciertas condiciones de carácter sustantivo, como las incorporadas en una teoría de las fuentes del derecho, de la interpretación o de la prueba."[176]

---

interpretaciones –concepciones– distintas de esos mismos elementos. Se lograría así cierta unidad en la diversidad." (Atienza, 2016, p. 109).

[173] En extenso: "1) argumentar es siempre una acción relativa a un lenguaje. Podría decirse que es un uso del lenguaje que se caracteriza (frente a otros usos: descriptivo, prescriptivo, etc.) por la necesidad de dar razones: se argumenta cuando se defiende o se combate una determinada tesis y se dan razones de ello… 2) Una argumentación presupone siempre un problema, una cuestión (de índole muy variada), cuya respuesta tiene que basarse en razones apropiadas al tipo de problema de que se trate. 3) Una argumentación supone tanto un proceso, una actividad, como el producto o resultado de esa actividad. Como actividad, la argumentación es todo lo que tiene lugar entre el planteamiento del problema y la solución del mismo; como resultado, en una argumentación cabe distinguir siempre estas tres entidades: premisas, conclusión e inferencia (la relación que se da entre las premisas y la conclusión). 4) Argumentar es una actividad racional, en el doble sentido de que es una actividad orientada a un fin y en el de que hay criterios para evaluar una argumentación; o sea, siempre parece tener sentido preguntarse si una argumentación es buena o mala, mejor o peor que otra, aparentemente buena, pero en realidad mala, etcétera." (Atienza, 2016, p. 109-110).

[174] "La *concepción formal* ve la argumentación como una serie de enunciados sin interpretar, en el sentido de que hace abstracción del contenido de verdad, o de corrección de las premisas y de la conclusión. Responde a problemas de naturaleza formal: si a partir de enunciados –premisas– de tala forma, se puede pasar a otro –conclusión– de otra determinada forma. Y para ello se centra no en la argumentación como actividad, sino como resultado…" (Atienza, 2016, p. 110).

[175] "Para la *concepción material*, lo esencial no es la forma de los enunciados, sino aquello que hace a los mismos verdaderos o correctos: los hechos naturales o institucionales a que se refieren esos enunciados. Responde al problema de en qué debemos creer o qué debemos hacer; o sea, no a problemas formales, sino materiales: explicar, descubrir o predecir un acontecimiento, recomendar o justificar un curso de acción, etc." (Atienza, 2016, p. 110).

[176] Atienza, 2016, p. 110-111.

(iii) La *concepción pragmática* "contempla la argumentación como un tipo de actividad lingüística, como una serie de actos de lenguaje o un acto de lenguaje complejo: lo que se privilegia, por tanto, no es la dimensión sintáctica o semántica del lenguaje, sino la pragmática."[177] A este tipo de concepción pragmática se la caracteriza como una actividad social, lo que significa que parte del presupuesto de existencia de dos o más agentes razonadores (interacción). Dentro de ella se pueden distinguir a su vez dos enfoques diferenciados. Por un lado, el retórico (que persigue la persuasión de un auditorio por parte de quien realiza la actividad –Perelman–) y por el otro el dialéctico (dos participantes que argumentan: proponente y oponente –Toulmin–).

Cada una de esas concepciones está conectada con algún valor básico de los sistemas jurídicos. Simplificándolos, se podría trazar el siguiente esquema:

—la concepción formal: con la certeza, racionalidad (en sentido lógico).

—la concepción material: con la verdad y justicia.

—la concepción pragmática: con la aceptabilidad y el consenso.

En consecuencia, la visión argumentativa que aquí interesa es la que propone integrar adecuadamente las tres concepciones en una sola teoría, que las asuma como dimensiones. Esto es, un espacio donde todas interactúen dependiendo su gravitación del contexto.[178]

c) Contexto de descubrimiento y contexto de justificación

La teoría estándar de la argumentación jurídica se desarrolló a partir de la distinción clara entre el contexto de descubrimiento y el contexto de justificación de las decisiones judiciales, circunscribiendo el estudio de la argumentación jurídica sólo

---

[177] "Lo que desencadena la argumentación son problemas relativos a lograr la persuasión de un auditorio, o a interactuar con otro u otros para llegar a algún acuerdo respecto a cualquier problema teórico o práctico. Lo que importa aquí es la argumentación vista como una actividad, como una interacción; en el transcurso de esa actividad se producen, naturalmente, argumentos, pero las premisas y conclusiones de los mismos no son ya enunciados sin interpretar o enunciados interpretados como verdaderos o correctos, sino enunciados aceptados, puesto que sin ciertos puntos de acuerdo no sería posible llevar a cabo esa actividad." (Atienza, 2016, p. 111).

[178] Se puede ver en extenso: Alexy, 2014, p. 213 y sig. Para Atienza, por ejemplo, "la argumentación de los abogados parece ser de naturaleza esencialmente dialéctica (cuando se contempla desde la perspectiva de la lucha que tiene lugar entre partes que defienden intereses contrapuestos) y retórica (si se ve como los discursos dirigidos a persuadir al juez o al jurado en relación con determinadas tesis). La concepción formal se presta bien para dar cuenta del trabajo de algunos teóricos del Derecho que se centran exclusivamente en la argumentación como resultado (en el texto de una sentencia), con propósitos simplemente descriptivos o reconstructivos (de los argumentos utilizados). Ya la concepción material constituye el núcleo de la justificación que llevan a cabo los jueces: la obligación de motivar no se satisface simplemente mostrando que la decisión (o el correspondiente enunciado de deber) es la consecuencia lógica de ciertas premisas, ni tampoco por razón de que sea aceptable para cierto auditorio, sino que exige (de manera esencial) que se trate de buenas razones, según los criterios de racionalidad característicos de una teoría de las fuentes, de la validez, de la interpretación, etcétera." (Atienza, 2016, p. 114).

al contexto de justificación.[179] Para Atienza, la diferencia entre explicar (contexto de descubrimiento) y justificar (contexto de justificación) una decisión, no guarda coincidencia con los discursos descriptivos y prescriptivos (tal como se exponen en el positivismo normativista). Éstos se dan en ambos contextos. Así, en el de contexto de descubrimiento se puede describir cómo los jueces toman las decisiones y también se puede prescribir cómo deberían haberlo hecho. Lo dicho es aplicable también al contexto de justificación.

Robert Alexy enseña que la justificación contiene dos aspectos: el interno y el externo. El primero se vincula con la demostración de que la conclusión es una consecuencia lógica de las premisas. La justificación formal de una decisión se satisface respetando el principio de universalidad, en al menos una norma. Este esquema presenta complejidad cuando se trata de casos difíciles. El segundo, el aspecto externo de la justificación, se relaciona con la corrección de las premisas utilizadas en la fase interna. Las premisas que el autor reconoce son: (i) las reglas de derecho positivo, (ii) los enunciados empíricos y (iii) otras premisas que no son ninguna de las otras dos. A cada tipo de premisa le corresponde un método de justificación. Las reglas de derecho positivo se corresponden con la validez del ordenamiento jurídico, donde asume relevancia el proceso interpretativo; las premisas empíricas, con los métodos de las ciencias empíricas, con las máximas que contienen las presunciones racionales e incluso con las reglas de prueba de los procesos; mientras que las premisas que no son reglas de derecho positivo ni enunciados empíricos se aplica lo que Alexy denomina argumentación jurídica, es decir, la actividad que se vale de la fundamentación de las primeras dos clases de premisas.[180]

En este último sentido, esto es, en relación con la fundamentación de las premisas que no son reglas de derecho positivo ni enunciados empíricos, Alexy establece una serie de reglas de justificación externa.

> […] las reglas de justificación externas pueden clasificarse grosso modo en seis grupos: reglas y formas (1) de interpretación, (2) de la argumentación

[179] "[…] una cosa son las razones que *explican* la decisión, y otra las que la *justifican*. La palabra «motivar» puede utilizarse en los dos sentidos, pero cuando se dice que los jueces tienen la obligación de *motivar* sus decisiones, lo que quiere decirse es que deben justificarlas. Cada uno de esos dos aspectos de las decisiones constituiría el objeto de estudio de disciplinas distintas: del contexto de descubrimiento tendrían que ocuparse diversas ciencias sociales (psicología, sociología, etc.); mientras que la teoría del Derecho (y, por tanto, la teoría de la argumentación jurídica) se situaría exclusivamente en el contexto de justificación." (Atienza, 2016, p. 114-115).

[180] Alexy, 2014, p. 213-223.

> dogmática, (3) del uso de los precedentes, (4) de la argumentación práctica general y (5) de la argumentación empírica, así como (6) las llamadas formas especiales de argumentos jurídicos. Si uno quisiera designar estos grupos con una sola palabra, podría elegir las palabras: (1) ley, (2) dogmática, (3) precedente, (4) razón, (5) *empirie* y (6) formas especiales de argumentos jurídicos.[181]

Ahora bien, en la actualidad, la distinción entre los contextos de descubrimiento y de justificación ha perdido la intensidad con que fuera analizada desde la visión estándar de la argumentación, en especial en el área del derecho. Ello es así en tanto resulta posible que una razón explicativa (propia del contexto de descubrimiento) tenga a su vez fuerza justificativa. Lo importante, entonces, desde la concepción (dimensión) pragmática, es que el intérprete jurídico (cualquier operador jurídico, no solo el juez) tenga "buenas razones" que son las que, en definitiva, justificarán la decisión. No obstante, y a pesar de que esta diferencia se vincula a un recurso propio de una visión estándar de la argumentación, he preferido mantener la distinción entre los contextos de descubrimiento y de justificación, porque parece ser la que mejor describe el funcionamiento de la actividad transdisciplinaria propuesta. La que vincula el derecho y la literatura (el reto ficcional).

A su vez, la expresión "buenas razones" antes referida entre comillas anticipa una comparación con las "malas razones" y con las "falacias". En la labor argumental, a la calidad de las razones le corresponden idénticas condiciones de justificación. Por lo tanto, es legítimo pensar en dos categorías de argumentos: los "buenos argumentos" y los "malos argumentos". Y en lugar intermedio se ubican las "falacias", esto es, aquellos argumentos que tienen la apariencia de ser buenos, pero que en realidad no lo son. "El estudio de las falacias resulta especialmente importante por la capacidad de engaño que envuelven, al tener esa apariencia de buenos argumentos; Aristóteles, en *Refutaciones sofísticas,* decía que eran como los metales que parecían preciosos sin serlo."[182] De modo que, si quien emprende una actividad argumentativa ha tenido la intención de engañar utilizando un argumento falaz, se vale de un *sofisma*. En cambio, si el mal argumento es consecuencia de la buena fe del argumentador, la falacia se llama *paralogismo*.

---

[181] Alexy, 2014, p. 223.

[182] Atienza, 2016, p. 116. Las falacias más usuales, según refiere Aristóteles, se denominan *ignoratio elenchi, petitio principii, ad baculum, ad personam, etc.*

Al igual que las perspectivas argumentativas, las falacias se pueden clasificar en formales (lógicas), materiales y pragmáticas. Lo dicho no significa que la distinción sea tajante; por caso, nótese que una falacia inductiva puede contener una dimensión material más o menos preponderante. Detectar cuándo existe una falacia no es cuestión sencilla, debido a que, en abstracto, no puede predicarse de un argumento que sea falaz o no lo sea. Dependerá del contexto en el que se usa. De modo genérico, se debe estar alerta a: (i) la ambigüedad de los términos utilizados; (ii) el empleo de criterios de composición (por ejemplo, lo que vale de una parte vale para el todo) o de división (sentido inverso al antes indicado); (iii) la *ignoratio elenchi* (ignorancia de la causa), en virtud de la cual el argumentador trata de demostrar una hipótesis ajena al problema que le dio origen; (iv) la petición de principio, esto es, afirmar aquello que se pretende demostrar, "usar la propia conclusión como premisa"[183]; (v) la afirmación del consecuente o negación del antecedente; (vi) la falsa causa (o correlación), por ejemplo, atribuir a dos fenómenos seguidos relación causal solo por esa razón de proximidad;[184] (vii) la cuestión plural, donde cualquier respuesta que se dé será falaz ("¿ya dejó de golpear a su esposa?"); (viii) los argumentos *ad hominem y ad personam* (ataque descalificador hacia las personas); (ix) argumentos *ad verecundiam* (argumento de autoridad); (x) argumentos *ad ignoratiam* (apelación a la ignorancia) o *ad misericordiam* (apelación a la pena),[185] entre las más frecuentes.

En materia bioética, se presentan otras falacias específicas. Por ejemplo, no distinguir la moral social de la crítica (o justificada), considerar a la ética solo como un conjunto de opiniones sin validez jurídica, identificar el derecho con la moral, identificar la ética con la técnica.[186] Entre los argumentos en contra de la GS,[187] se advierten algunas de ellas. Por ejemplo, cuando se sostiene que la GS afecta el interés

---

[183] Weston, 2011, p. 113. Un ejemplo típico de petición de principio, que trae esta misma obra sería el siguiente: "Dios existe porque lo dice la Biblia, que sé que es cierta porque, ¡al fin y al cabo, la escribió Dios!"

[184] Conforme Weston, la causa falsa es un "término genérico para cualquier conclusión cuestionable sobre causa y efecto." (Weston, 2011, p. 116).

[185] En Weston, 2011, p. 112, se dan dos ejemplos que aclaran estos argumentos falaces.
El ejemplo de argumento *ad ignoratiam*, esto es, cuando se sostiene que algo es verdadero solo porque no se probó que es falso, sería el utilizado por el senador McCarthy: "No tengo mucha información sobre esto, excepto el comunicado general de la agencia de que no hay nada en los archivos que desmienta sus conexiones comunistas."
Por su parte, un ejemplo de argumento *ad misericordiam*, es decir, cuando se apela a la lástima para conseguir un trato especial, sería el siguiente: "Ya sé que he suspendido todos los exámenes, pero si no paso este curso, tendré que volver a tomarlo en verano. ¡Tiene que aprobarme!"

[186] Atienza, 2016, p. 409-410.

[187] Ver *infra* en Capítulo II, punto 5.

superior del niño se esboza un argumento *ad ignoratiam*, pues, al no conocerse que los niños o niñas nacidos por GS sufran algún daño por esa sola circunstancia y, en consecuencia, que ello afecte su interés superior, se traslada la carga de la prueba a quien sostiene la tesis contraria. O la censura del AGS con fundamento en que afecta la moral; las opiniones morales que un grupo humano tenga sobre la GS, no los autoriza a equipararla sin más con el derecho. En suma, puede decirse que una pista para detectarlas, en definitiva, parece estar dada por el choque contra el sentido común.[188]

Lo expuesto hasta ahora integra la parte general de la teoría de la argumentación jurídica elegida. En los apartados siguientes, profundizaré sobre las tres actividades centrales de la labor argumentativa, que conforman su parte especial: El análisis de los argumentos, su evaluación y las pautas de una buena argumentación.

d) Análisis de los argumentos

El análisis de los argumentos comprende tanto su representación, como el examen de sus elementos o partes, a partir de los cuales se realizará el análisis propiamente dicho de cada una de ellas, en especial las que pueden tener mayor importancia argumental.

En relación con la representación, no se trata solo de exponer la forma o estructura del diagrama argumental, sino las razones que se aducen y los elementos pragmáticos de las mismas. En consecuencia, no se utiliza la representación lógica formal, pues ésta no daría cuenta del flujo de la argumentación, sino más bien del resultado. Tampoco cabría una representación basada solo en razones (elementos materiales de la argumentación), en tanto no sería comprensible al dejar fuera los elementos estructurales y los pragmáticos. "De manera que la mejor alternativa parece que tendría que ser la de un modelo que asumiera más bien la perspectiva pragmática de la argumentación, pues, […] esa perspectiva no es reductivista, esto es, permite dar cuenta también de los elementos formales y materiales de la argumentación."[189]

Atienza propone un método de representación que considera un desarrollo del de Toulmin, complementado con el *chart method* de Wigmore (este último se aplica en materia de hechos). Es importante tener presente que, tal como lo reconoce el autor, el modelo no da cuenta de todos los elementos que cabría encontrar en el proceso

[188] Atienza, 2006, p. 158-161. En esta obra *La Guerra de las Falacias* se elabora la regla general y un decálogo al que se remite.
[189] Atienza, 2016, p. 424-425.

argumentativo, aunque sí de muchos de ellos.[190] No obstante, debe advertirse que los modelos con diagramas pueden tener utilidad práctica en argumentos simples, pero no en los de mayor complejidad.[191]

Aun así, esta representación no es un análisis propiamente dicho, sino un mero instrumento o recurso del cual no se debe abusar. Antes bien lo contrario.[192] El modelo de representación recoge, en esencia, una de las partes del discurso tradicional de la retórica: la *argumentatio*. Pero un adecuado análisis exige valorar otros componentes de la argumentación, tales como: (i) la narración o los hechos del caso; (ii) el o los problemas jurídicos y las cuestiones derivadas (por ejemplo, la interpretación de una ley, si el hecho alegado está probado); (iii) las razones en que se basan estas respuestas; (iv) las respuestas a tales cuestiones (la interpretación determinada, el hecho probado);

---

[190] "En el mismo se refleja tanto el aspecto inferencial, el paso de unos argumentos a otros, como los tipos de enunciados (la naturaleza de las premisas y su contenido proposicional) y los diversos actos de lenguaje que se llevan a cabo en cada uno de esos pasos. Por lo demás, también permite captar la diferencia entre las argumentaciones, las líneas argumentativas y los argumentos. Una *argumentación* es el conjunto de pasos, actos de lenguaje y enunciados que median entre el planteamiento de una pregunta inicial –el problema que da lugar a la argumentación– y la respuesta a la misma –la solución– Un *argumento* es una razón a favor o en contra de una determinada tesis; las argumentaciones no constan exclusivamente de argumentos. Y una *línea argumentativa* es un conjunto de argumentos orientados en un mismo sentido: a defender una tesis o a atacarla." (Atienza, 2016, p. 425).

[191] Una forma sintética de expresar el diagrama sería la siguiente:

(1) Punto de partida: el "flujo de información" que va desde el planteamiento del problema hasta su solución. El flujo se representa por líneas (los pasos que no son argumentativos, inferenciales) o por flechas (indican que se trata de un argumento a favor o en contra de determinada tesis). Es válido para un argumento simple.

(2) Cuando surgen varias razones, independientes entre sí o ligadas entre sí (conjuntiva o disyuntivamente), se estará ante un argumento complejo. Puede darse un ataque a la tesis o a la inferencia (al paso de un enunciado a otro). A los distintos tipos de inferencia (deductiva o no deductiva) puede atribuírsele un peso variable.

(3) El contenido proposicional (elemento material) puede expresar razones o no (por ejemplo, una pregunta).

(4) El esquema, además del contenido proposicional, puede contener diversos tipos de enunciados, como premisas y conclusiones.

(5) Los enunciados pueden pertenecer al sistema jurídico o no.

(6) Los enunciados que pertenecen al sistema jurídico pueden ser teóricos (definiciones) o prácticos (normas o enunciados valorativos). Las normas pueden ser reglas o principios.

(7) Los enunciados que no pertenecen al sistema son los interpretativos, teóricos (dogmática o teoría del Derecho), jurisprudenciales, empíricos, valorativos, etc.

(8) Además del acto de plantear un problema y sugerir su solución, tienen importancia las preguntas, las que pueden ser cerradas, orientadas o bien abiertas (las respuestas posibles no están determinadas de antemano).

(9) El modelo no da cuenta de todos los aspectos retóricos o dialécticos.

Si bien el sistema está pensado principalmente para la justificación judicial, puede ser extensivo a otras prácticas argumentativas. Se aclara que esta síntesis fue realizada conforme la explicación de las premisas que hace el propio autor. Para mayor abundamiento, como así también para visualizar el diagrama con líneas y flechas, ver en: Atienza, 2016, p. 425-429.

[192] Atienza, 2016, p. 429.

(v) las razones de estas últimas respuestas (*rationes decidendi* y los *obiter dicta)*; (vi) La solución del problema (cierre de la pregunta inicial); y (vii) La decisión.[193]

En suma, se trata de brindar a la comunidad jurídica o al destinatario particular una expansión narrativa antes que gráfica, la que puede dar cuenta mejor de un análisis argumental complejo.

e) Evaluación de los argumentos

A los fines de una correcta "evaluación" argumentativa se ha de verificar el cumplimiento de ciertos requisitos o presupuestos.

(i) Universalidad:

El requisito de universalidad significa que el criterio normativo utilizado para decidir la cuestión traída a análisis debe ser aplicable a cualquier otro caso igual (de la misma propiedad o conjunto de propiedades). Se trata de una condición que opera tanto en los problemas normativos como en los fácticos (y trasciende al requisito formal –silogístico–). Tal como lo explica MacCormick, la universalidad admite excepciones, pero, en este caso, dicha "excepción es válida sólo si a su vez tiene el mismo carácter universal".[194] Este criterio indica que la razón decisoria no puede ser *ad hoc*.[195]

Se enseña que la universalidad no tiene que ver con el grado de generalidad de una norma. Una norma, aun cuando sea aplicable a pocos casos, puede (debe) ser aplicada de manera universal.[196] Neil MacCormick sostiene que justificar una acción requiere la demostración de que es correcta, lo que significa que, desde cualquier

---

[193] Atienza, 2016, p. 429-431.

[194] MacCormick, 2009, p. 141.

[195] "[…] la universalidad implica algo más que ese requisito puramente lógico, cuando se entiende que esa noción [universalidad] es la que está detrás de lo que se ha llamado la "regla formal de justicia" (tratar igual a los seres pertenecientes a la misma categoría [Perelman 1964]); del imperativo categórico kantiano (cuya primera formulación dice que se debe obrar de tal manera que uno pueda universalizar la máxima de su conducta); o de una de las reglas fundamentales del discurso racional (Alexy la formula así: «todo hablante que aplique un predicado *F* a un objeto *a*, debe estar dispuesto a aplicar *F* también a cualquier otro objeto igual a en todos los aspectos relevantes» [Alexy 1989: 283]). En relación con problemas normativos, lo que quiere decir entonces la universalidad (en un sentido pleno, que no es puramente formal) es que el criterio utilizado para construir la premisa normativa, la *ratio decidendi,* no puede ser *ad hoc…"* (Atienza, 2016, 554-555).

[196] "Importa también aclarar que *universalidad* no es lo mismo que *generalidad*. O sea, la universalidad no tiene que ver con el grado de generalidad de la norma. Una norma muy específica (aplicable a muy pocos casos) puede (debe) ser también aplicada de manera universal y, por ello, decidir según criterios de equidad significa ir en contra de la generalidad de una norma (introducir una excepción para evitar una mala consecuencia), pero no de su universalidad… El requisito de universalidad se aplica también a problemas de tipo fáctico. En la justificación externa de la premisa fáctica tiene que figurar también un enunciado de tipo universal, aunque el mismo sea de carácter probabilístico. Por ejemplo, la premisa podrá ser un enunciado que establezca que si se dan X, Y, Z (los hechos del presente considerados verdaderos: los hechos probatorios), entonces es probable haya ocurrido otro hecho del pasado P (el hecho que se trata de probar)." (Atienza, 2016, p. 555).

enfoque objetivo del asunto, la acción debería realizarse. Y tal justificación no es posible sin el presupuesto de la universalización.[197]

(ii) Coherencia:

Al igual de lo que sucede con la universalidad, también cabe hablar de coherencia normativa y fáctica. Una norma (o conjunto de normas) es coherente si es posible subsumirla en los principios y valores del ordenamiento, interpretados de la manera más acorde en relación con determinada filosofía moral y política. Debe tenerse presente que los principios y valores pueden variar según las ramas del derecho, de un ordenamiento a otro, aunque entre los sistemas jurídicos insertos en los Estados de derecho constitucionales exista una base común. De ahí que la coherencia normativa sea un criterio básicamente contextual.

A su turno, la coherencia narrativa es la que permite tener por probado un hecho concreto, una hipótesis fáctica, por ser la que mejor encaja con los hechos probatorios, las leyes científicas, relaciones de causalidad o máximas de experiencia. Esta "noción de coherencia es la que subyace al esquema de la abducción: recuérdese el razonamiento de Sherlock Holmes «adivinando» (porque esa sería la hipótesis más coherente) que el ladrón del caballo no podía haber sido un forastero…"[198]

El artículo 2 del CCyC se adscribe al criterio contextual, que hace a la coherencia normativa, cuando consagra la posibilidad de elegir cualquier recurso interpretativo siempre que se lo haga "de modo coherente con todo el ordenamiento". La relación "derecho *en* la literatura", por su parte, se ajusta a la coherencia narrativa al utilizar un criterio metodológico (abducción) que permite elaborar una hipótesis fáctica, sobre la base de un caso *como si*.

---

[197] MacCormick, 2009, p. 148-149.

[198] "En fin, la coherencia es lo que justifica también las dos formas de argumentar más características del Derecho… cuando estamos en una situación en la que no se trata únicamente de deducir, o sea, cuando en las premisas no contamos con toda la información necesaria y suficiente para arribar a la conclusión. Si la información de partida es insuficiente (existe una laguna), entonces argumentar significa agregar nueva información, y así es como se puede entender la analogía (en un sentido amplio, que incluye los argumentos *a pari, a fortiori y a contrario:* en este último caso se rechaza que pueda usarse la analogía, lo que supone también agregar información); y si es contradictoria, entonces se trata de suprimir un pedazo de información, para lo que sirve el argumento *ad absurdum*. En el argumento *ad absurdum* se elimina un fragmento de información (por ejemplo, una determinada interpretación normativa) para evitar la incoherencia; en la analogía, lo que se hace es agregar información, innovar (creando una nueva norma o ampliando el sentido de una ya existente), pero preservando las señas de identidad del sistema, la coherencia." (Atienza, 2016, p. 556-557).

(iii) Adecuación a las consecuencias:

A diferencia de la coherencia que mira al pasado, el criterio consecuencial mira hacia el futuro. Por consiguiente, mientras los argumentos de coherencia son los más importantes en el razonamiento judicial, los de las consecuencias lo son en el razonamiento legislativo o en el de los abogados que trazan sus estrategias de acción o defensa. En estos últimos, la coherencia más bien marca un límite.

No obstante, en materia de niñez, género o bioética, el criterio consecuencial cumple un rol destacado en el razonamiento judicial. En este sentido, la Corte Federal sostiene desde antiguo que los jueces no pueden desentenderse de sus decisiones,[199] o que "los jueces deben pesar las consecuencias futuras de sus decisiones, sobre todo cuando los destinatarios son los niños".[200] Otros tribunales se expresaron de la misma manera en supuestos de violencia contra la mujer de cualquier tipo (dentro de la cual está incluida la institucional y la económica), los que deben salir a la luz, investigarse y sancionarse debidamente para evitar su repetición y lograr el cambio paradigmático al que aspira la sociedad.[201]

Las razones consecuencialistas son una subespecie (junto a las razones de corrección) de las razones sustantivas. Según el sistema jurídico del que se trate, o de la concepción del derecho que se adopte, su papel será más o menos relevante. La fuerza justificativa de una *razón de fin* está dada en que, si se adopta una decisión concreta, ésta tendrá efectos –satisfacción– sobre algún objetivo social valioso (por ejemplo, la salud pública, la seguridad, entre otros). La *razón de corrección*, por su lado, se justifica por su apoyo en una norma socio-moral aplicada a acciones pasadas o al estado de cosas provocados por dichas acciones pasadas (es el caso de la acción positiva destinada a dotar de protección especial a quién está en una situación de desventaja estructural). De manera que, al decidir la utilización de un criterio consecuencialista, no solo se debe mirar los posibles efectos del resultado de la decisión, "sino otros estados de cosas que se conectan con los anteriores por lazos de causalidad. Y de ahí la necesidad de usar ese criterio, y la necesidad de ponerle límites."[202]

---

[199] cfr. CSJN, causa "Saguir y Dip", 1980.
[200] CSJN, causa "M. D. H. c/M. B. M. F.", 2008.
[201] Molina de Juan, 2017.
[202] "Dificultar, porque se trata de predecir efectos, estados de cosas, del futuro, y ésa, normalmente, es una actividad compleja (mucho más que constatar que algo ha tenido lugar en el pasado) y las instituciones judiciales no suelen contar además con los recursos adecuados para ello (no están diseñadas para cumplir esa función). La necesidad de ponerle límites deriva de lo anterior, y también

(iv) Moral social

La utilización de la moral social como justificativa de las decisiones (en especial de las judiciales) tiene su complejidad cuando el derecho positivo no la ha previsto. En principio, cabe decir que una decisión con base en la moral social –o que la incluya de alguna manera– suele ser más persuasiva. Además, suele incorporar el criterio mayoritario, que está vinculado con la idea de democracia.[203] No obstante, existen razones para pensar que no siempre sea así, al menos no en los siguientes casos: (1) cuando no se conozca cuál es la opinión mayoritaria sobre una determinada cuestión; (2) cuando no exista una opinión mayoritaria; (3) aun cuando existiese una opinión mayoritaria, la misma podría estar basada en un prejuicio, ser contraria al ordenamiento jurídico vigente (por ejemplo, xenofobia, contrarias a principios del garantismo penal propios de los estados constitucionales de derecho); (4) cuando quien apela a la democracia u opinión mayoritaria es un relativista moral, es decir, si no existiesen criterios morales objetivos tampoco lo sería la opinión de la mayoría; y (5) cuando la moral racionalmente justificada no coincida con la moral social.[204]

(v) Moral justificada. Objetivismo moral

A pesar de que del punto anterior parece sugerir la necesidad de encontrar criterios de moral justificada, para algunos positivistas (metodológicos) tal posibilidad es inaceptable. Ello en tanto defienden una separación conceptual total entre derecho y moral y afirman que la identificación del derecho no depende del uso de criterios morales. Para otros, sí sería posible en la medida en que la regla de reconocimiento remita a conceptos morales que permitan identificar el derecho; por ejemplo, en las

---

de que los efectos remotos (aunque ligados causalmente) con un estado de cosas no podrían considerarse ya como consecuencias en sentido estricto de la decisión; dónde situar ese límite es, obviamente, una cuestión que puede resultar controvertida. La teoría económica del derecho se enrola en esta postura consecuencialista. La idea de que esa teoría es aplicable porque, en principio, nadie empeoraría su situación y habría quien la mejore, debe utilizarse con mucha prudencia, pues, lo más probable, es que sí se acarree perjuicio para alguna de las partes. Adquieren importancia entonces, frente a esta razón finalista, las razones de corrección." (Atienza, 2016, p. 558-559).

[203] "[…] parece indudable que los criterios de moralidad social tienen que tener su peso en la argumentación (y en la evaluación de la argumentación) judicial. El juez no puede ser indiferente a (o contradecir) las convenciones sociales, como podría serlo, pongamos por caso, un individuo que argumenta a propósito de alguna cuestión con connotaciones morales… Optar (dentro siempre de ciertos límites) a favor de la moral social facilita, entre otras cosas, que su decisión sea persuasiva y eso, como se ha visto, es un elemento importante de la motivación de sus decisiones. Además, los criterios socialmente mayoritarios parecen estar vinculados a la idea de democracia." (Atienza, 2016, p. 559).

[204] Atienza, 2016, p. 560.

constituciones la referencias a los principios de libertad, igualdad o dignidad humana.[205]

Es interesante señalar aquí la diferencia entre moral social o positiva y moral crítica o ideal que establece Nino. A la vez, cómo aquella se asienta sobre la moral ideal. Los juicios que se refieren a la moral positiva describen hechos (como los juicios que dan cuenta de un orden jurídico) y, como tales, no expresan razones operativas para justificar una acción o decisión. La moral positiva solo concierne al razonamiento práctico del hombre prudente, quien está principalmente preocupado por las reacciones sociales que pueden provocar sus actos. El hombre moral –cuyo razonamiento práctico está dirigido a justificar sus actos y decisiones– se preocupa solo por los dictados de una moral ideal. Paradójicamente, la moral positiva se genera solo a través de los actos y actitudes del hombre moral y no del hombre prudente. Una moral social se mantiene solo en la medida en que haya cierta convergencia en los juicios morales críticos que la gente está dispuesta a formular.[206]

Las teorías éticas –de ética normativa– proporcionan el criterio de existencia de un necesario "objetivismo moral". De allí se puede obtener un método para descubrir la normatividad correcta. En este sentido, siguiendo a Atienza, considero que la postura más adecuada es la del llamado constructivismo o procedimentalismo moral, en las versiones de Habermas o Nino. En ellas, los principios de una moral justificada serían aquellos a los que llegaría por consenso de los agentes que discuten respetando ciertas reglas más o menos idealizadas. Los criterios para evaluar los razonamientos judiciales remiten, por lo tanto, a la argumentación racional.[207]

---

[205] "[…] el recurso a la moral solo sería admisible si la regla de reconocimiento del sistema remite de alguna manera (para identificar el Derecho) a conceptos morales como, de hecho, ocurre en el caso de todas las constituciones contemporáneas: «libertad», «igualdad», «dignidad humana», etc. Y el problema que se plantea entonces es el de cómo han de interpretarse estos conceptos: si ha de hacerse manteniéndose dentro del Derecho o si cabe acudir a criterios «externos» y, en este último caso, si han de ser los de la moralidad social u otros. En realidad, este planteamiento supone que se puede distinguir siempre con nitidez entre el Derecho y la moral (entre criterios internos y externos) y eso no parece ser así. En algunos aspectos, las fronteras entre el Derecho y la moral son sencillamente fluidas o imposibles de trazar… Aunque se acepte, como criterio para identificar el Derecho, el de la regla de reconocimiento, las razones por las que un jurista (un juez) acepta esa regla no pueden ser más que morales (basadas en una moral justificada), y eso tiene consecuencias en relación con su razonamiento justificativo; incluso en los casos fáciles, tanto la premisa normativa como la fáctica descansan en último término en la aceptación por parte del juez de seguir los criterios del ordenamiento jurídico (de obedecer el Derecho), o sea, la premisa última es de naturaleza moral. Y cuando se trata de interpretar los conceptos valorativos, morales, de la Constitución (como los anteriormente señalados), parece evidente que no cabe otra cosa que recurrir a alguna filosofía moral y política…" (Atienza, 2016, p. 561).

[206] Nino, 2017a, 93.

[207] Atienza, 2016, p. 561-562. Las referencias a Jürgen Habermas remiten a su obra *Verdad y justificación* (Habermas, 2002a), y las de Carlos Nino a *El constructivismo ético* (Nino, 1989), *Ética y derechos humanos* (Nino, 2017a) *y La validez del derecho* (Nino, 2017b).

Es importante aclarar que defender una posición objetivista de la moral no es lo mismo que defender el absolutismo moral; el objetivismo moral se basa en que los juicios morales contienen una pretensión de corrección, y por lo tanto están abiertos a la discusión racional, y pueden modificarse; en suma, no son absolutos. Esta pretensión de corrección de los juicios morales no debe ser identificada con la pretensión de verdad de los juicios científicos. Si bien la objetividad moral guarda cierta analogía, no equivale a la científica. Sostener cierto objetivismo moral no requiere de la existencia de criterios de verificación como los que se aplican a las teorías científicas. Es decir, "que haya criterios objetivos para determinar que una proposición moral es o no correcta no supone pensar necesariamente que existen «hechos morales»: objetivismo moral no equivale a realismo moral."[208]

Alexy sostiene que la falta de una pretensión de corrección no priva a la decisión judicial de su validez, "pero la hace ser defectuosa en un sentido relevante no solo moralmente".[209] Lo que implica, en suma, que se la debe considerar –a la pretensión de corrección– como "constitutiva de la praxis de la fundamentación y decisión jurídicas…"[210] Este autor reconoce dos aspectos de la pretensión de corrección; el primero se vincula con que la decisión correcta debe partir de un derecho válido (la fundamentación racional, asimismo, debe basarse o tener en cuenta la ley, el precedente y la dogmática), mientras que el segundo indica que, además, debe ser racional o justo.[211]

(vi) Razonabilidad

La razonabilidad de una decisión responde el interrogante de cómo evaluar dos resoluciones opuestas sobre un mismo caso. Es lógico pensar que la discrepancia está dada en que no se comparten los mismos valores, excluyéndose por lo tanto la mala fe, en cualquiera de sus posibles representaciones.

La elección de la decisión más razonable recaerá sobre aquella que logre, conforme el contexto y las circunstancias del caso, dar cuenta en la mayor medida posible de los requisitos vistos hasta el momento, ponderando su peso relativo. Se

[208] Atienza, 2016, p. 562.
[209] Alexy, 2014, p. 209.
[210] Alexy, 2014, p. 210.
[211] Alexy, 2014, p. 314-316.

vincula a la idea de eficiencia (en sentido general) o al principio de proporcionalidad, lo que implica la aceptabilidad de la decisión.[212]

f) Forma de argumentar

Las operaciones de análisis y evaluación antes vistas están subordinadas, en definitiva, a esta última: cómo argumentar.[213] El conjunto es lo que permite conceptualizar a la argumentación jurídica como un procedimiento de adopción de decisiones, en favor de cuya solución se aportan razones justificadas.

El examen de la actividad destinada a encontrar la solución para un problema jurídico determinado exige discriminar según quién tiene el deber de argumentar. Por un lado, los jueces, cuando deben aceptar o rechazar determinada prueba, dictar o no un auto de procesamiento, considerar válido o no un contrato, expedirse acerca de la constitucionalidad de una ley. Por otro, los abogados, cuando deben traducir correctamente los hechos al derecho, anticipar cuál será la decisión, persuadir al juzgador, al cliente o al adversario para alcanzar una solución no contenciosa del conflicto (en una mediación o conciliación). También deben argumentar los legisladores, cuando deben decidir si regular (o no) tal o cual materia, y de qué modo.[214] Por último, la actividad se impone al teórico, cuando investiga las posibles soluciones a un problema jurídico determinado y justifica sus conclusiones.

A pesar de la diversidad de supuestos en los que juega la argumentación jurídica, se pueden extraer algunos rasgos comunes. En general, se aplica para resolver problemas: (i) prácticos; (ii) bien o mal estructurados según esté o no correctamente definido el estadio inicial y la meta a alcanzar; (iii) dados en un medio institucional determinado; (iv) afectan valores morales (el carácter valioso del objetivo); y (v) donde el lenguaje siempre tiene una importancia fundamental.[215]

La tradición retórica estableció las siguientes etapas argumentativas: *inventio, dispositio, elocutio, memoria y actio o representatio;* y dentro de la *dispositio* se distinguían a su vez: *exordium, narratio, divisio, argumentatio y peroratio.* La

---

[212] "Esta noción de razonabilidad viene a ser, en realidad, la misma idea de eficiencia, entendida en un sentido completamente general: como adecuado balance entre los costes y los beneficios a la hora de tomar una decisión. Que coincide con lo que Alexy entiende por principio de proporcionalidad… Ahora bien, además de esa idea de equilibrio, de balance entre exigencias contrapuestas, la noción de razonabilidad (en sentido específico) implica un ingrediente más: el de aceptabilidad. Una decisión razonable sería la que, teniendo en cuenta todos los elementos de la situación (el juicio razonable es siempre un juicio holístico), logra una articulación óptima entre las exigencias contrapuestas y que resulta más aceptable." (Atienza, 2016, p. 563-564).

[213] Atienza, 2016, p. 644.

[214] Atienza, 2016, p. 644.

[215] Atienza, 2016, p. 644-646.

prevalencia de la retórica por sobre la dialéctica está dada en que, en aquella, es posible la planificación, sea que se sigan los procedimientos tradicionales o cualquier otro análogo.[216]

En la actualidad, se podrían establecer cuatro fases bien diferenciadas, sin que por ello deba interpretarse falta de interacción entre ellas.

(i) Identificación y análisis del problema:

En términos retóricos, se trata de la determinación del estado de la causa (*inventio)*. Se anticipó que varía según se trate de la argumentación de un abogado, de un legislador, de un juez o de un teórico. Para el caso de un juez de Alzada, el problema será admitir o no el recurso, o parte de éste. Para ello cuenta con un "material argumentativo previo", producido por las partes y por el juez de primera instancia. Lo mismo sucede con un abogado que contesta los argumentos en que se funda una demanda o un recurso. De manera que lo que hay que hacer en primer lugar es *analizar* y *evaluar* tales argumentaciones.

En el caso que nos ocupa, el problema reside en la realización de una práctica (TRHA) que produce efectos a nivel derechos humanos de todos los involucrados en el AGS, sin que exista una regulación legal y con opiniones enfrentadas respecto de su admisibilidad y fundamentación ética.

(ii) Propuesta de solución:

Durante la ejecución de la primera etapa, quien debe argumentar se fue formando una idea sobre la solución correcta del caso a resolver. Ahora debe formularla en términos precisos. Así, el juez buscará la decisión correcta del caso; el abogado privilegiará la solución que más conviene a su cliente; el teórico, identificará las alternativas y expresará cuál es la mejor justificada.

La propuesta de resolución en un caso complejo, jurídico y moralmente, como lo es la GS, requiere de insumos teóricos novedosos. De allí que en esta investigación se haya recurrido al auxilio de la intersección derecho y literatura, con el fin de que

[216] "[…] parece claro que en la tradición retórica, la argumentación se ve en términos de resolución de un problema (cómo persuadir a un auditorio a partir de cierta situación inicial) y un subproblema (cómo componer un discurso que logre esa finalidad) […] esta división de partes del discurso es la que sirvió de inspiración a Van Eemeren y Grootendorst para distinguir cuatro fases en su concepción pragma-dialéctica de la argumentación: confrontación, apertura, argumentación y cierre. Es, cabría decir, enteramente natural que, para contestar a la pregunta de cómo argumentar, lo que nos resulte de más utilidad sea la concepción o perspectiva de la argumentación que se centra precisamente en la actividad de argumentar; y, en particular, la visión retórica, en la que se trata de producir un discurso que se puede, hasta cierto punto, planificar, lo que no ocurre con el discurso dialéctico." (Atienza, 2016, p. 646-647).

ésta pueda aportar elementos para obtener la mejor justificación posible de la hipótesis planteada.

(iii) Comprobación y revisión:

En esta fase se repasa la validez de los argumentos obtenidos en la etapa anterior. Para ello, el agente debe contrastar los argumentos propios con todos los contraargumentos que se le opongan y chequear su posible refutación.

Las partes finales de esta investigación se ocupan de esta etapa.

(iv) Redacción de un texto o elaboración de un discurso:

La fase final, se materializa en la redacción de un texto escrito o en la preparación de un discurso oral.

Como se anticipó, la actividad retórica distinguió dos partes bien diferenciadas: la *dispositio* y la *elocutio* (expresión del discurso).

La *dispositio* es la organización del discurso en partes: *exordium, narratio, divisio, argumentatio y peroratio*.[217]

La expresión del discurso significa, una vez que se sabe lo que se quiere decir y el orden que debe seguirse, decidir cómo hacerlo. Se debe privilegiar el uso hábil del lenguaje en miras al objetivo que se persigue y conocer las técnicas del "escribir bien", el uso de un estilo llano, eficaz que evite la ambigüedad, la organización en párrafos, el respeto por la coherencia gramatical y verbal, entre otras previsiones.

Merecen destacarse las tres reglas de la retórica: claridad, precisión y concisión. Y recordar que el auditorio al que está destinado el discurso jurídico no busca la estética sino comprender el texto de manera rápida. Ya que éste se orienta a la adopción de alguna acción.[218]

---

[217] "La función fundamental del *exordium es* identificar el problema sobre el que hay que argumentar… En la narración se exponen los hechos de la causa, los referentes a las cuestiones a tratar; debe ser breve, clara… y verosímil. Luego procede la *divisio,* en donde se efectúa la división de los puntos a tratar y se distinguen aquellos en los que hay acuerdo de los controvertidos. A ello le sigue la *argumentatio,* en donde se exponen los propios argumentos y se refutan los contrarios; para ello vuelve a ser de gran importancia la doctrina de los estados de la causa, pues cada tipo de problema jurídico tiene sus peculiaridades argumentativas; un consejo repetido es el de comenzar con algún argumento fuerte, agrupar los argumentos débiles para que de esa manera ganen fuerza, y no ignorar los argumentos en contra, sino refutarlos. Finalmente, la *peroratio* es la ocasión para recapitular los argumentos ya avanzados y apelar a la emoción del auditorio."
"Pues bien, aunque el esquema esté pensado para ser usado por los defensores y los acusadores en una causa, resulta de utilidad también para el juez, tanto si su sistema le permite seguir un estilo libre en la motivación de sus decisiones, como si debe seguir una estructura predeterminada. Y lo es porque, a fin de cuentas, se trata de un esquema que soluciona de manera efectiva el problema de cómo ordenar un discurso de carácter argumentativo." (Atienza, 2016, p. 649-650).

[218] Atienza, 2016, p. 650-651.

Para finalizar con esta reconstrucción de lo que significa argumentar, y de cómo hacerlo (que en parte tiene un sentido descriptivo y en otra prescriptivo), cabe resaltar que argumentar bien exige no solo técnica, sino también ética.[219] Asimismo, que las reglas del buen argumentar deben tener en cuenta el contexto (donde se desarrolla la argumentación) y reparar en el conjunto de la argumentación, "pues lo que persuade no suele ser un único elemento, sino una combinación de factores."[220] De allí que la buena argumentación no solo imponga prescindir de las falacias, sino integrar otros elementos (como el "derecho *en* la literatura"), que permitan contextualizar el problema examinado.

5. LA CONTRIBUCION DEL *RETO FICCIONAL*

En este punto pretendo demostrar la existencia de un triple diálogo racional entre derecho, literatura y argumentación jurídica. Se trata de visión hermenéutica-argumentativa del derecho, inserta en una concepción postpositivista del derecho.

Hemos visto que la relación "derecho *en* la literatura" es la que otorga perspectiva al intérprete jurídico, promueve su mirada empática, y desarrolla su imaginación literaria, creando puentes interpretativos entre las disciplinas a través del lenguaje. De esta forma, permite la detección o identificación de uno o varios detalles diferenciadores (gracias a la función del recurso llamado extrañamiento), lo cual favorece, a través de un razonamiento de tipo abductivo, la elaboración de hipótesis de trabajo (aporte metodológico). Más adelante he tratado de demostrar cómo la

---

[219] "Quintiliano definía al orador, siguiendo a Marco Catón, como un "vir bonus dicendi peritus" (*Institutiones Oratoriae* XII, 1,1), esto es, como un hombre bueno experto en hablar bien. Según él, no se puede ser un buen orador, no se puede argumentar bien, si no se poseen determinadas virtudes: modestia, moderación, valentía, sentido de la justicia… Repárese en que con ello no se está diciendo que el buen orador debe además ser un hombre bueno, honrado; lo que se nos está diciendo es que, si un orador no fuese honrado, si careciera de las anteriores virtudes, se vería mermada su capacidad para obtener el éxito, pues no gozaría de credibilidad y, como en su momento vimos, la persuasión no se logra únicamente por medios racionales (mediante pruebas "lógicas"), sino también emocionales; apelando al *ethos* (o sea, al talante, a la credibilidad que pueda merecer el orador) y al *pathos* (a las emociones de los destinatarios). Y eso se aplicaría también a la argumentación erística, en el sentido de que quien pretende vencer en una contienda tiene, al menos, que dar la apariencia de que es alguien de fiar, de que «juega limpio»."
"Aplicado a la argumentación jurídica, a la argumentación judicial, lo anterior significa que argumenta mal, por ejemplo, el juez que se muestra inmoderado, que se refiere en tono despreciativo a los argumentos presentados por los abogados o por otros jueces y, especialmente, el que da razones para sospechar que no actúa de manera independiente e imparcial y vulnera, por ello, las reglas éticas de su profesión. Las reglas deontológicas, en suma, son también, en algún sentido, reglas argumentativas". (Atienza, 2016, p. 652).

[220] Atienza, 2016, p. 653. "La interrelación entre elementos racionales, emocionales y éticos, necesaria para que tenga lugar la persuasión, está también presente en las tres tareas que se solían adjudica al orador: enseñar, deleitar y conmover." (Atienza, 2016, p. 652).

premisa originaria se somete al control de la herramienta jurídica concreta (la argumentación jurídica), en la fase de validación o justificación.

Este marco teórico, que persigue realizar el mejor análisis crítico posible, está destinado a brindar elementos que permitan delinear un contenido específico y concreto a la dignidad humana de la gestante en la GS. En razón del sujeto normativo destinatario de la investigación (la persona gestante), y su propiedad o característica diferenciadora (capacidad de gestar), la propuesta se complementa con una dimensión argumental sustentada en la perspectiva de género.[221]

El reto ficcional predispone al lector letrado a una lectura interpretativa crítica, a través del desarrollo de la imaginación literaria y de tener frente a sí una adecuada perspectiva situacional, libre de condicionamiento moral. De este modo no se vería tentado a resolver el problema jurídico en forma automática, de acuerdo con premisas formalistas preestablecidas, con sus principios de vida, con sus proyecciones o ideología. Tampoco podrá girar la cabeza hacia otro lado, pues la narrativa literaria tiene la particularidad de poner ante sí aun lo que el intérprete no quiera ver. Entonces, es esa misma situación, lejana y ajena, la que sienta las bases comunicacionales entre el hecho narrado (construcción literaria) y el derecho (construcción jurídica).

Ésta es una de las mayores virtudes de la relación derecho y literatura en la intersección elegida. La literatura no limita el análisis racional, por el contrario, lo enriquece, y tiene la potencialidad de brindar un nuevo (y mejor) punto de vista jurídico al permitir situarse, despojado de preconceptos, en el lugar del otro. Esta posición empática aparece como un beneficio adicional en la tarea interpretativa.

Por citar un ejemplo, con tan solo un recurso literario (el no identificar e intercalar los diálogos en la propia narración), Mazzucco, a través de su narrador, aporta intensidad dramática a la ficción. De esta manera, al lector le resulta difícil mantener su propio punto de vista preconcebido (en el caso, en favor o en contra de la GS), que cede al de los protagonistas. Claro está, se trata de un lector que ha aceptado previamente el acuerdo tácito con la ficción; el reto ficcional.

Después de su huida, Eva debe sortear varios inconvenientes antes de llegar al pueblo montañés donde reside Giose.

> ¿Quién eres?, responde al final una cavernosa voz masculina. Así, brutalmente, más bien hostil. ¡Papá!, exclama Eva. Estoy en la tienda de alimentación, en

[221] Ver *infra* en Capítulo IV.

> Visso, por favor, ven a buscarme, que me estoy muriendo de frío. ¿Papá?, reaccionan estupefactos el de la gasolinera y el tendero, instintivamente, como la rana de Galvani. Según los rumores, el músico… No hay reacción. La voz del otro lado no emite ningún sonido. Ella especifica, absurdamente, como si tuviera otros hijos y pudiera confundirse: ¡soy Eva, papá![222]

El ejercicio empático requiere imaginar "cómo se siente el prójimo ante una situación de injusticia, desigualdad o inequidad."[223] López de la Vieja reconoce dos formas de colocarse en el lugar de otro, la reflexiva y la no reflexiva. "El modelo cognitivo de desarrollo se inclina por la primera modalidad, al haberse centrado sobre todo en el juicio moral."[224] En un nivel moral, asumir una actitud reflexiva implica ir más allá del respeto recíproco (ceñirse a la regla de oro[225]). Exige ganar perspectiva respecto de la propia situación vital y asumir la preocupación por los intereses de todos los agentes; se trata de un punto de vista inclusivo del otro que se caracteriza por su universalidad.[226]

En la tarea interpretativa del derecho, entonces, la *suspension of disbelief* que supone la lectura de un texto literario –su dación de sentido, la detección de la mejor obra posible al ojo del lector– predispone a un análisis jurídico más reflexivo y completo. Así, la dimensión "derecho *en* la literatura" contribuye al entendimiento de algunas cuestiones jurídicas fundamentales, que la obra literaria exhibe al poner enfrente, sin ninguna restricción y sin posibilidad de eludirlo, un conflicto humano verdadero.

Perspectiva, imaginación literaria y *empatía* son entonces componentes estructurales de la novedosa herramienta interpretativa que se propone.

El apoyo de la literatura tiene un afán transdisciplinario de valor interpretativo porque, cuando trata temas de derecho desde la filosofía del derecho, en particular aquellos que tocan derechos humanos, lo hace desde una perspectiva despojada de preconceptos letrados. Desde ese lugar, la literatura coadyuva a la comprensión del conflicto en toda su dimensión humana. Y es esta dimensión humana el punto de partida en la que se sustenta el análisis crítico que exige pronunciarse por la aceptación o no del AGS.

---

[222] Mazzucco, 2016, p. 44.
[223] Baum, 2016, p. 45.
[224] López de la Vieja, 2013, p. 40.
[225] *"Do unto others as you would have them do unto you"*
[226] López de la Vieja, 2013, p. 41-42.

Resulta interesante examinar hasta qué punto la contribución creadora de la literatura puede aportar puntos de vista olvidados o escondidos bajo el manto de la ideología o del formalismo, muy arraigados en el operador jurídico occidental. Y, mientras que el olvido, la ideología o el formalismo provocan inacción (o algo peor, respuestas en serie pretendidamente neutrales), la literatura, en tanto y en cuanto visibiliza e incomoda (la angustia por la separación de Eva y Giosse) hace lo opuesto; obliga a pensar en la mejor acción posible.

En suma, la intersección planteada estimula un actuar renovado del pensamiento racional que busca la solución más justa, a un problema jurídico determinado.[227]

Como anticipé, esta dinámica interpretativa se introduce en la tercera etapa de cualquier análisis crítico bajo la órbita de la filosofía del derecho (la interpretación y argumentación jurídicas, la comprensión como razón justificativa de la decisión). De esta manera quedan a salvo las dos primeras (el estudio del ordenamiento jurídico y de la dogmática jurídica y jurisprudencia), cuyo abordaje corresponde hacerse de la manera habitual (en el sentido de "tradicional"). A esta cuestión me dedicaré en el Capítulo II de este trabajo.

6. EL LENGUAJE COMO DENOMINADOR COMUN

Se anticipó que la perspectiva *narrativista* está presente en las dos versiones más habituales de las relaciones transdisciplinarias: "derecho *como* literatura" y "derecho *en* la literatura". También, que la perspectiva narrativista se puede encarar de manera autónoma. Por ello, teniendo en miras el objetivo principal de esta tesis, parece adecuado incluirla en la relación elegida (derecho *en* la literatura), resaltando la utilidad del lenguaje como componente imprescindible en el camino de doble dirección que presenta la intersección. Así, el lenguaje es visto como herramienta necesaria para la interpretación jurídica y a la vez como componente estructural de cualquier construcción de contenido conceptual, con efectos jurídicos. Dicho de otra manera, el lenguaje es necesario para comprender el sentido del fenómeno jurídico y para sostener la construcción alcanzada gracias a dicho sentido interpretado. Este es, entonces, el contexto en el cual se introduce el estudio del fenómeno narrativo; se

[227] "Desde luego no se estudia el Derecho técnico, aquel que encontramos en los diarios oficiales, en los tratados y en las doctrinas (aunque cabe decir que en ciertas páginas de Balzac se puede aprender mucho más acerca de la bancarrota que en antologías completas de jurisprudencia). No, el Derecho que busco en la literatura es el que asume las cuestiones más fundamentales a propósito de la justicia, el Derecho y del poder." (Ost, 2006, p. 334-335).

pretende así elucidar cómo influye la inserción narrativista (el lenguaje y la literatura en tanto recurso jurídico) en la relación "derecho *en* la literatura".

En su ensayo *Literatura y lenguaje*, Michel Foucault visualiza la relación literatura-obra-lenguaje como vértices de un triángulo, donde cada uno de ellos tiene algún tipo de correspondencia con los demás. Por el interior de la figura pasa la relación del lenguaje con la obra y de la obra con el lenguaje. Al lenguaje lo imagina como "murmullo de todo lo que se pronuncia".[228] Parece válido establecer una analogía con nuestra disciplina. Esto es, pensar el fenómeno jurídico como un triángulo cuyos vértices sean el propio derecho, la obra –la ley– y el lenguaje. El punto de conexión entre ambos triángulos es el vértice común. Si ambas disciplinas comparten el lenguaje como su materia prima, también lo harán con el producto. Es decir, el constructo narrativo entendido como una ficción creadora de realidades, que es menester interpretar (a través del lenguaje). En concordancia, "La perspectiva crítica argentina fue desde un principio «Derecho y Literatura» en tanto entendió al fenómeno jurídico como un fenómeno lingüístico-discursivo y se valió de las herramientas teóricas foucaultianas para desentrañar su funcionamiento y su proceso de formación."[229]

Jorge Roggero parte de la premisa que el derecho es literatura, en tanto posee una dimensión poética. El lenguaje del derecho es un lenguaje por excelencia creador de realidad. Lo que hace la teoría narrativista es mostrar de qué modo la verdad de un proceso se construye con un relato (el juez *dice* una verdad, dicta un *vere-dicto*), al igual que lo hace la ficción literaria. Es la construcción de un modelo de verdad por correspondencia a saberes y poderes, que tiene carácter social.[230]

En tanto derecho y literatura comparten la misma práctica poética, es válido hablar de derecho *con* literatura, que Calvo González denomina intersección institucional. "Ella no es otra que la efectiva capacidad de instituir lo social, de hacer pasar de la naturaleza a la cultura, de tipificar actos y procesos de sentido compartido, esto es, de institucionalizar *imaginarios sociales*."[231]

En consecuencia, del estudio que parte de la interrelación entre ambas disciplinas, derecho y literatura, el lenguaje y lo narrado constituyen aportes

[228] Foucault, 2015a, p. 74.
[229] Roggero, 2018, p. 52.
[230] Roggero, 2017 (tesis segunda).
[231] Calvo González, 2015, p. 187.

imprescindibles que, además, se conectan en forma directa con la visión argumentativa del derecho que defiendo. Ello así porque el lenguaje y lo narrado otorgan razones argumentales. En especial, si se atiende a sus componentes dialécticos y retóricos. Es que el "derecho es literatura en tanto tiene una dimensión retórica. El talante persuasivo del discurso jurídico se advierte en el hecho de que éste no se limita a prescribir bajo coerción, sino que, principalmente, busca persuadir sosteniendo un discurso pretendidamente «racional»".[232]

Así expresada, la interrelación derecho-literatura-argumentación jurídica conforma un conjunto interpretativo novedoso y enriquecido que encuentra, en los Estados de derecho constitucionales, un adecuado ámbito de realización.

Jorge Douglas Price explica que la relación del derecho y la literatura con la argumentación jurídica no es novedosa, y reconoce antecedentes de trabajos universitarios en nuestro país, que tienen como punto de partida las enseñanzas de Enrique Marí.[233] Y es precisamente Marí quien apunta que jueces y juristas deben prestar una atención especial en la elección de las palabras u otros recursos (metáforas, comparaciones) que emplean en sus narraciones. Más aún, nadie pondrá en duda "que una profunda versación literaria aplicada a sus respectivas labores los alejará de su condición de «hombres del papel sellado», permitiéndoles tomar la delantera en un momento en que la teoría de la argumentación y la retórica ocupan un lugar significativo en la teoría y la crítica jurídicas."[234]

7. A MODO DE CIERRE

Aunque su empleo no sea habitual, y entre los juristas argentinos antes bien escaso, la herramienta relacional derecho y literatura (a la que se adiciona luego la

---

[232] "Sin embargo, este carácter "racional" es ciertamente discutible. El Derecho sostiene la "racionalidad" de su discurso recurriendo a la "irracionalidad". Como bien señala Enrique Marí, el discurso jurídico debe valerse de ficciones para generar "lazos libidinales" que puedan vincular a los subordinados con el poder. La retórica, las ficciones, los ritos, la ilusión, la "irracionalidad", no sólo acompañan el discurso jurídico desde sus comienzos y hasta el día de hoy, sino que son fundamentales, pues lo sostienen, le dan eficacia. Como bien destaca Peter Goodrich, la Literatura es "el estudio de la ilusión". Ciertamente, los estudios "Derecho y Literatura" pueden ayudar al estudiante de Derecho a familiarizarse con la ilusión, con la dimensión simbólica y retórica que acompaña al discurso jurídico." (Roggero, 2017 —tesis número tres—).

[233] "[…] en la Universidad Nacional de Mar del Plata, Leonardo Pérez Hegi, en el marco de los Seminarios de Argumentación a su cargo, se vale de la literatura para trabajar sobre ella. Han utilizado textos de Borges, Conan Doyle, Denevi, Walsh, Hesíodo (Trabajos y días), así como poesía y textos del realismo mágico para indagar en el tema de verdad e intersubjetividad, ello a partir de marcos teóricos desarrollados sobre las intercomunicaciones entre derecho y literatura, teniendo como punto de partida las enseñanzas de Enrique Marí." (Douglas Price, 2017).

[234] Marí, 2015, p. 204.

argumentación jurídica) contribuye al conocimiento e interpretación del derecho. Se entiende que el *reto ficcional*, con su necesaria aceptación de la suspensión de la incredulidad, proporciona una visión superadora para la interpretación de los grandes temas iusfilosóficos (por ejemplo, justicia, poder, libertad, igualdad, dignidad, autonomía, familias, entre otros).

Esta forma de abordaje del fenómeno jurídico busca "analizar el derecho en el espejo de la literatura."[235]

En el caso de esta propuesta, el derecho en el espejo de la literatura se integra a la reflexión crítica; la interrelación contribuye con el aporte de elementos que se detectan en la obra literaria que cuenta la historia de Eva y Giosse (libre de preconceptos letrados) y con la elaboración de propuestas teóricas que direccionan el camino hacia el destino final: la construcción de un contenido específico para la dignidad humana de la gestante en la GS. La utilización de la herramienta no implica resignar –debe insistirse en esto– el estudio del ordenamiento ni de la dogmática jurídica y jurisprudencia.

De la misma manera que en la actualidad es inconcebible abordar ningún conflicto del derecho de las familias sin recurrir a la transdisciplina (ya nadie discute la contribución de la sociología, la psiquiatría, la antropología, la historia o la filosofía), debe aceptarse también como razonable la hipótesis que informa que nuevas disciplinas (científicas o no), tengan *algo más* que aportar a la resolución de conflictos iusfilosóficos del área. Y con ello, a la interpretación y aplicación, a casos concretos, de los principios contenidos en nuestro sistema constitucional-convencional.

En el supuesto de la dignidad humana, en tanto valor universal sobre el cual se construye todo el edificio de los derechos humanos, la visión que propongo justifica resistir el embate que en ocasiones sufre esta perspectiva de análisis, vinculado al sesgo de la no cientificidad. Reproche que, en rigor, esconde otro mayor, y es aquel direccionado contra cualquier posibilidad de inter o transdisciplinariedad.

La obra núcleo elegida, *Eres como eres*, y las otras que se suman a lo largo del recorrido de este trabajo (*Una investigación filosófica*, *Un mundo feliz*, *El congreso de literatura*, *Ensayo sobre la ceguera*, *El cuento de la criada*, *Hablar solos*) coadyuvan a delimitar el perímetro. De este modo, se procura encontrar aquel contenido específico del concepto difuso de dignidad humana, y con él aportar una posible respuesta

[235] Talavera, 2006, p. 60.

justificada a un problema frecuente, que deriva de la falta de regulación legal de la GS en la Argentina.

Estas novelas contemporáneas se presentan como una buena herramienta para estimular la reflexión crítica respecto de las consecuencias de esta práctica bioética, de la posible afectación de derechos humanos y de otras consecuencias disvaliosas que generan, o pueden generar, tanto la prohibición de la GS como, en lo que aquí interesa por tratarse del derecho argentino, la omisión legislativa.

CAPITULO II. LA FILIACION Y LOS DERECHOS HUMANOS EN LA GESTACION POR SUSTITUCION

La decisión de la Gran Sala del Tribunal Europeo de derechos Humanos (TEDH) en el caso "Paradiso II"[236] introdujo un elemento de conflicto en la jurisprudencia europea, que genera la necesidad de repensar de este lado del océano Atlántico, en concreto en nuestro país, si la GS supera en forma satisfactoria (mediante razones fundadas) una prueba de constitucionalidad-convencionalidad. En tal caso, si ello es posible más allá de la justificación habitual que contienen los fallos dictados hasta el momento, me refiero a la cláusula de cierre del artículo 19 de la Constitución Nacional.

De ser así, y en efecto la GS supera dicho test de constitucionalidad-convencionalidad, pretendo reforzar aquella justificación judicial habitual –que responde al principio que "todo lo que no está prohibido está permitido"– con otras razones. Desde luego, esta justificación persigue otorgar robustez a la recepción teórica de esta TRHA y, por lo tanto, funcionar como una suerte de escudo argumentativo contra cualquier pretensión legislativa de prohibirla, con base en una decisión política contingente.

En este sentido, las reflexiones que siguen están destinadas a precisar el impacto que provoca la omisión legislativa de la GS en nuestro país, tanto en los derechos humanos de las personas que intervienen en la práctica, como en los de las niñas y niños nacidos por su utilización.

La primera aproximación a este soporte estrictamente legal del marco teórico tiene como objeto de estudio la voluntad procreacional y la GS en la legislación nacional.

Luego se evalúa, desde un punto de vista del derecho comparado, las consecuencias jurídicas que provoca a nivel de los derechos humanos la prohibición de la GS (caso italiano, país requerido en el precedente del TEDH, y donde se producen los efectos del caso literario elegido), y se las confronta con las que genera la omisión legislativa (caso argentino).

El punto de análisis se concentra primero en los padres de intención, y en el niño o niña nacidos de la práctica. En estos supuestos, y a los efectos de este estudio, carece de relevancia discriminar entre las distintas clases de GS (altruista o lucrativa; *ex ante* o *ex post)*.

---

[236] TEDH, causa "Paradiso y Campanelli", 2017.

En un desarrollo posterior se analiza el sistema constitucional-convencional argentino, con especial detenimiento en la doctrina que emana de la Corte IDH. Al igual de lo que sucede con los estudios de género,[237] los precedentes de la Corte IDH otorgan herramientas hermenéuticas que operan en forma directa sobre el razonamiento práctico. Más allá del valor autoritativo derivado de su condición de máximo intérprete regional, sus resoluciones reconocen el contenido pluralista, democrático y humanista que se defiende.

Todo lo dicho se realiza, tal como se anticipó en el Capítulo I, en colaboración con la relación transdisciplinaria "derecho *en* la literatura". De este modo, la novela *Eres como eres* concede un punto de partida apropiado para la comprensión del complejo fenómeno jurídico estudiado, y para la elaboración de una hipótesis destinada al cumplimiento del objetivo propuesto.

Por último, en un ejercicio de argumentación jurídica, luego de delimitar el concepto de caso difícil (en razón de los derechos fundamentales en tensión), he de ponderar las proposiciones de quienes se oponen a la figura ensayando algunos contraargumentos. De la dignidad humana de la gestante, nudo gordiano de la cuestión, me ocuparé en profundidad en el Capítulo III.

1. EMPLAZAMIENTO FILIAL

La rama del derecho que se ocupa del emplazamiento filial se denomina en la actualidad "derecho de las familias" (también "derecho familiar"), que reemplaza a la expresión tradicional "derecho de familia". La fórmula introducida por la doctrina argentina moderna[238] refleja el cambio normativo, sociológico, cultural y valorativo que se produjo en esta área de conocimiento jurídico, desde las últimas décadas del siglo pasado.

El uso del vocablo "familias" anticipa el estudio de las reglas y principios que regulan las distintas formas de realización del plan personal de vida afectiva. Y remite a una visión plural, propia de un Estado de derecho constitucional asentado en el derecho de los derechos humanos, respetuoso de las libertades personales de los integrantes que componen cada uno de estos grupos humanos.

---

[237] Ver *infra* Capítulo IV.

[238] En el mes de agosto de 2018 se celebró en la ciudad de Mendoza un congreso internacional que ya incorpora la nueva denominación: el *Congreso Internacional de Derecho de las familias, niñez y adolescencia*. https://congresoderechofamiliasmendoza.com/ (última consulta 19-01-2019).

En efecto, ya no cabe pensar que existe un solo tipo de familia, aquella sustentada en el matrimonio heterosexual, de base patriarcal. Es por eso que su protección jurídica se extiende a los diferentes modos que tienen las personas humanas de vincularse familiarmente (parejas de dos personas del mismo sexo –hombres o mujeres–, familias ensambladas, familias monoparentales, uniones convivenciales, relaciones pluriparentales, basadas en la socioafectividad).

Como ya se anticipó en el Capítulo I, el caso que acompaña el estudio crítico del ordenamiento jurídico y de la opinión doctrinaria y jurisprudencial en este apartado, se refiere a una pareja formada por dos hombres italianos que residen en su país. Esta familia conformada por Christian (profesor universitario) y Giose –Giuseppe– (músico), incluye en su proyecto de vida privada y familiar la paternidad.[239] Se sabe que, en supuestos de este tipo, las TRHA son centrales en la configuración de los planes de vida, en atención a la imposibilidad de acceder a la paternidad por naturaleza.

El derecho de las familias, entonces, es el área al que atañe el estudio de la forma en que se produce el emplazamiento filial y, en consecuencia, la determinación del vínculo jurídico que une a una persona con quienes resultan ser sus progenitores o padres.

a) La voluntad procreacional

Los protagonistas de la historia de Mazzucco decidieron ser padres en Budapest, durante un viaje que tenía como objetivo olvidar un fracaso laboral del músico (Giose).

Al igual de lo que les sucede a muchas otras parejas no literarias, en la cultura occidental la voluntad de ser padres y madres está generalmente presente. A veces se mantiene latente, hasta que un hecho funciona como disparador. A partir de ese momento, el deseo se traduce en una manifestación expresa que conlleva a su concreción.

Es lo que ocurrió en el caso de la ficción. Fue durante la contemplación de un cuadro de Francisco de Herrera el Viejo (1590-1656).

> El cuadro tenía como título *San José con el Niño Jesús*. Pero el hombre allí representado, que vestía una blusa azul índigo, envuelto en un suave manto amarillo, no tenía nada que hiciera pensar en San José. Ni tampoco el niño –retratado con naturalidad– tenía nada de divino, y de no haber tenido entre sus pequeñas manos una corona de espinas, Giose nunca habría adivinado que se

[239] Mazzucco, 2016.

> trataba de Jesús. Es más, inicialmente incluso lo tomó por una niña, porque llevaba una blusita rosada. Ninguno de los dos tenía aureola alguna. Para él sólo se trataba de un padre, aún joven, que no llegaría a los cuarenta, con el pelo largo y la barba oscura, junto a su hijo, con el pelo rizado y rubio. No se parecían. No tenían la misma sangre. Estaban sentados sobre una piedra en el límite del bosque, entre los árboles. El padre sujetaba a su hijo del brazo, con dulzura. El amor que sentía por el niño emanaba una especie de luz, un halo dorado que los ilumina a los dos. Ese sentimiento era visible. Visible como la firma del pintor. Y la fecha, que pintaba sobre la piedra resaltaba en la tela: 1645.[240]

Llama la atención la metáfora utilizada por la autora, la remisión a la divinidad, para marcar el punto decisional de una paternidad no biológica. Y cómo le inserta otros registros narrativos, tales como el amor del padre hacia "su" hijo, a pesar de que no llevan la misma sangre y no se parecen en sus rasgos físicos. A la vez, es admirable el recurso de apelar a la imaginación del lector, cuando le otorga la misma visibilidad a la idealidad e inmaterialidad del sentimiento del padre para con su hijo, que a la firma del pintor. Para no dejar dudas que el derecho no solo regula elementos tangibles. Otro tanto sucede con el juego ambivalente del lenguaje, al aludir "lo tomó por una niña".

La narración coloca al lector jurídico en una situación de aceptación y comprensión del elemento volitivo, como forma de acceder a la paternidad. El tropo literario[241] opera como un recurso interpretativo, en el caso, de la voluntad de tener un hijo.

La imagen que proyectaba la tela nada tenía de divinidad, pero sí de una paternidad querida. "Y fue por Herrera el Viejo por lo que Christian y Giose llevaron más tarde a Eva a España, en cuanto fue lo bastante mayor para retener recuerdos de ese viaje."[242]

Es interesante en este momento imaginar la relación del caso de esta familia con muchas otras de la sociedad contemporánea, como así también el traslado de la voluntad de ser padres a lenguaje jurídico.

---

[240] Mazzucco, 2016, p. 120.
[241] Conforme la segunda acepción de la RAE se entiende por tropo: "2. m. Ret. Empleo de una palabra en sentido distinto del que propiamente le corresponde, pero que tiene con este alguna conexión, correspondencia o semejanza. La metáfora, la metonimia y la sinécdoque son tipos de tropos." (ver: www.rae.es, última consulta: 01-04-2019).
[242] Mazzucco, 2016, p. 121.

El CCyC argentino, vigente desde el 1 de agosto de 2015, importó un avance de significación cualitativa en diferentes instituciones del derecho de las familias. Por ejemplo, en materia de filiación introdujo la noción de voluntad procreacional, asociada a la procreación por TRHA. Ello implica, en concreto, una ampliación de las fuentes filiales. Conforme el artículo 558, primera parte, la filiación puede tener lugar por naturaleza (la derivada del acto sexual), por TRHA o por adopción.[243]

Esta incorporación legislativa es un progreso trascendente, pues, tal como informa la doctrina, "en general",[244] a excepción del Código Civil de Quebec,[245] las leyes civiles no solían distinguir más que dos fuentes de filiación: por naturaleza y por adopción. De manera que este paso adelante, la regulación de la voluntad procreacional por parte del CCyC argentino, acompaña a la evolución científica.

El artículo 562 del CCyC expresa:

> *Voluntad procreacional.* Los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos de los artículos 560 y 561, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametos.

Se trata de una regulación normativa de avanzada que opera en beneficio de los derechos reproductivos y del proyecto de vida familiar de aquellas parejas que están impedidas de acceder a la procreación por naturaleza y que desistieron –por la razón que sea– de la adopción.

El caso[246] de ficción proporciona un ejemplo paradigmático de la importancia de la incorporación de esta nueva noción, con base en lo volitivo, en tanto se trata de una familia conformada por una pareja de varones.

---

[243] Artículo 558 del CCyC: "*Fuentes de la filiación. Igualdad de efectos*. La filiación puede tener lugar por naturaleza, mediante técnicas de reproducción humana asistida, o por adopción.
La filiación por adopción plena, por naturaleza o por técnicas de reproducción humana asistida, matrimonial y extramatrimonial, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código.
Ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación."

[244] Herrera y Lamm, 2014, p. 422.

[245] *Titre Deuxième. [...] Chapitre Premier.1: de la Filiation des enfants nés d'une procréation assistée.* Article 538: *"Le projet parental avec assistance à la procréation existe dès lors qu'une personne seule ou des conjoints ont décidé, afin d'avoir un enfant, de recourir aux forces génétiques d'une personne qui n'est pas partie au projet parental."*
Article 538.2: *"L'apport de forces génétiques au projet parental d'autrui ne peut fonder aucun lien de filiation entre l'auteur de l'apport et l'enfant qui en est issu."*

[246] El artículo 1 del CCyC se refiere a "Los casos que este Código rigen…" Es decir, el Código opta por la regulación de los "casos" entendidos como supuestos de hechos de la norma, de conflictos,

El progresivo desarrollo de las TRHA en el campo científico evidencia hasta qué punto este elemento volitivo incide en la filiación, lo que contribuye a la pérdida de centralidad de la verdad biológica. Trae consigo una desmitificación de lo biológico y con ello una desbiologización de la paternidad; se trata, en definitiva, de una puesta en valor de la parentalidad voluntaria, que reconoce que los hechos jurídicos también pueden componerse de elementos volitivos o socio-afectivos,[247] con independencia de los biológicos y genéticos.[248] En este contexto de análisis cabe destacar que, además del elemento biológico y del elemento voluntario, debe reconocerse y a su vez diferenciarse el elemento genético.

La importancia jurídica de la incorporación de esta fuente filial radica en el reconocimiento del hecho sociológico que separa el acto sexual de la reproducción. De modo que, en la actualidad, cuando se habla de paternidad o maternidad hay que tener presente la diferenciación entre: paternidad o maternidad voluntaria; paternidad o maternidad biológica; y paternidad o maternidad genética.[249] Y esto último es, precisamente, lo que adquiere relevancia en el caso específico de la GS, pues no siempre es posible que el material genético sea de los padres de intención.[250]

Lo dicho conduce a un análisis de la verdad filial en tres planos: el de la verdad genética, donde lo relevante es el aporte de material genético; el de la verdad biológica, que se vincula a la procreación por medios naturales; y el de la verdad voluntaria o consentida, que destaca el "querer" ser padres o madres.[251] Con respecto a las TRHA,

---

controversias o problemas, que deben ser resueltos, y no como meras declaraciones abstractas. (Lorenzetti, 2014, p. 27).

[247] La "socioafectividad" es una expresión frecuentemente utilizada en Brasil (ver Dias, 2010).

[248] La doctrina lo expresa de la siguiente manera: "Esta desmitificación acerca de lo biológico como requisito único y central en la determinación de la filiación responde a la consolidación de la reproducción humana asistida como una fuente propia del derecho filial, con caracteres y reglas especiales, en la que el elemento volitivo ocupa un lugar privilegiado. Tan así es que se habla de una "desbiologización de la paternidad", focalizándose en la "parentalidad voluntaria" como un hecho jurídico compuesto de elementos volitivos, sociales y afectivos, y no exclusivamente de características genéticas." (Herrera y Lamm, 2014, p. 501-502).

[249] Herrera y Lamm, 2014, p. 502.

[250] Esta expresión "padres de intención" se utiliza en reemplazo de "comitentes", por las razones que se aclaran en el apartado siguiente al tratar específicamente la figura Gestación por Sustitución (GS).

[251] "*Verdad genética:* según ésta, el elemento determinante en la paternidad/maternidad es el genético. Es un puro reduccionismo genetista. Para esta verdad, lo relevante es haber aportado el material genético.

Verdad biológica: se basa en el vínculo entre el nacido y quienes lo procrearon, que va más allá del aporte genético. La verdad biológica importa un plus respecto de la verdad genética, dado que irroga un vínculo con el nacido. En la procreación por medios naturales, el vínculo biológico respecto de la mujer implica haber aportado la gestación, mientras que respecto del hombre el vínculo biológico se establece con aquel que fecundó a la mujer a través del coito.

esta última aclaración es importante porque significa que, aunque se aporten gametos propios con el propósito de no renunciar a la carga genética, el emplazamiento filial siempre estará dado por la voluntad procreacional (verdad voluntaria), y no por el aporte genético.

De modo que el elemento diferenciador entre la filiación por naturaleza y aquella cuya fuente es la voluntad procreacional, se encuentra en que la primera se funda en el elemento biológico, se tenga o no la voluntad de ser padre o madre, mientras que en la segunda recae exclusivamente en lo volitivo (con independencia del dato genético y/o biológico).

Si bien es cierto que el fenómeno volitivo también tiene incidencia en la adopción, la diferencia central con la voluntad procreacional de las TRHA radica en la circunstancia que, en aquella, el padre "social o voluntario" sustituye al biológico. Es decir, se parte de un vínculo –biológico– previo o anterior. No sucede lo mismo con la voluntad expresada en las TRHA.

A su vez, mientras en la filiación por TRHA el niño o niña nace y existe como consecuencia de esa voluntad, ello no ocurre en la adopción; en este supuesto, la voluntad no actúa como causa fuente del origen y existencia de la persona.

Por último, se señala otra diferencia importante entre la filiación por TRHA y la adopción, que surge del texto legal: se trata del derecho a conocer. En este sentido, a las personas nacidas por las TRHA, el CCyC argentino le reconoce el derecho a la información. A su vez, regula cuál debe ser su contenido. En concreto, lo relativo a datos médicos del donante, a los que la persona puede acceder cuando sea "relevante para la salud" y la identidad del donante, solo por razones fundadas y valoradas por el juez (artículos 563 y 564 del CCyC[252]). Debe quedar claro, expresa la doctrina especializada, que el derecho a la información (a conocer) no se confunde con la

---

Verdad voluntaria o consentida: la filiación queda determinada por el elemento volitivo, es decir, el requisito determinante de la filiación es la voluntad de ser padres." (Herrera y Lamm, 2014, p. 503. Se puede ver también Kemelmajer de Carlucci et al, 2012, p. 20).

[252] *"Artículo 563*. Derecho a la información de las personas nacidas por técnicas de reproducción asistida. *La información relativa a que la persona ha nacido por el uso de técnicas de reproducción humana asistida con gametos de un tercero debe constar en el correspondiente legajo base para la inscripción del nacimiento."*

"Artículo 564. Contenido de la información. *A petición de las personas nacidas a través de las técnicas de reproducción humana asistida, puede:*

a) obtenerse del centro de salud interviniente información relativa a datos médicos del donante, cuando es relevante para la salud;

b) revelarse la identidad del donante, por razones debidamente fundadas, evaluadas por la autoridad judicial por el procedimiento más breve que prevea la ley local."

posibilidad o derecho a establecer vínculos jurídicos. "Una cosa es tener el derecho a saber la propia historia biológica (adopción) o meramente genética (TRHA) y otra, muy distinta, la pretensión de tener vínculos jurídicos fundados en ella, y concretarlos mediante una acción de filiación que persigue un pronunciamiento judicial para emplazar a la persona en cierto estado de familia."[253]

En cambio, en la adopción, se trata de un derecho más amplio, el de "conocer los orígenes", comprensivo de la historia vital de la persona adoptada (artículo 596 del CCyC[254]).

Dentro del universo de las TRHA, la GS se erige como una de las más complejas y resistidas desde el punto de vista iusfilosófico, lo que en sí mismo justifica cualquier actividad destinada a profundizar sobre sus implicancias jurídicas.

b) La Gestación por Sustitución (GS)

El estudio de esta forma de acceder a la paternidad/maternidad ha evolucionado en las últimas décadas y es probable que lo siga haciendo. En efecto, en las primeras definiciones se incluían como requisitos que los padres de intención no pudiesen engendrar, que estén casados y que el matrimonio sea heterosexual. Desde una visión humanista, democrática y plural, propia de un Estado de derecho constitucional-convencional, no es razonable ninguna dogmática que mantenga tales exigencias.

En la actualidad, de acuerdo con Eleonora Lamm, la GS se define como "una forma de reproducción asistida, por medio de la cual una persona, denominada gestante, acuerda con otra persona, o con una pareja, denominadas comitente, gestar un embrión con el fin de que la persona nacida tenga vínculos jurídicos de filiación

---

[253] Kemelmajer y Molina de Juan, 2017.

[254] "*Artículo 596.* Derecho a conocer los orígenes. *El adoptado con edad y grado de madurez suficiente tiene derecho a conocer los datos relativos a su origen y puede acceder, cuando lo requiera, al expediente judicial y administrativo en el que se tramitó su adopción y a otra información que conste en registros judiciales o administrativos.*
Si la persona es menor de edad, el juez puede disponer la intervención del equipo técnico del tribunal, del organismo de protección o del registro de adoptantes para que presten colaboración. La familia adoptante puede solicitar asesoramiento en los mismos organismos.
El expediente judicial y administrativo debe contener la mayor cantidad de datos posibles de la identidad del niño y de su familia de origen referidos a ese origen, incluidos los relativos a enfermedades transmisibles.
Los adoptantes deben comprometerse expresamente a hacer conocer sus orígenes al adoptado, quedando constancia de esa declaración en el expediente.
Además del derecho a acceder a los expedientes, el adoptado adolescente está facultado para iniciar una acción autónoma a los fines de conocer sus orígenes. En este caso, debe contar con asistencia letrada."

con la parte comitente."[255] Se la conoce también con el nombre de maternidad subrogada[256] o con la mención periodística alquiler de vientres[257], entre otros.[258]

La GS puede incluir o no una contraprestación dineraria a favor de la gestante. En este sentido, se clasifica en lucrativa o altruista. Cabe aclarar que existe consenso en que la práctica no pierde su carácter altruista, si los padres de intención asumen los gastos de salud de la gestante y los legales.

Para Farnós Amorós es una TRHA, a la cual se somete una "mujer a cambio de una cantidad económica o con fines altruistas, para llevar a cabo la gestación a favor de un individuo o pareja comitente, a quienes se compromete a entregar el bebé o bebés que puedan nacer."[259]

Esta autora explica que, de manera tradicional, se realiza en parejas heterosexuales en las que la mujer carece de útero por causas congénitas o cuando le fue extirpado por razones médicas. Lo mismo sucede en casos donde los órganos reproductivos femeninos no son funcionales, por la concurrencia de alguna causa de esterilidad o infertilidad, que impide la concepción o la culminación del proceso de gestación. Otra razón recae en los supuestos donde el embarazo está contraindicado por razones médicas. En nuestro tiempo, la transformación de las configuraciones familiares amplía el universo de beneficiarios de estas técnicas, "cada vez son más las parejas de dos hombres y los hombres solos que recurren a la GS. Asimismo, algunas mujeres recurren a la GS con finalidades estéticas o porque, dada su edad, no es aconsejable que gesten un hijo."[260]

Cabe realizar en este momento una aclaración conceptual. Conforme se ha visto, existiría consenso doctrinario respecto de la denominación de la persona o parejas que deciden acceder a esta práctica, a los que identifica como comitentes. Sin embargo, he preferido prescindir de ella y utilizar la expresión padres[261] de intención, porque el

---

[255] Lamm, 2013, p. 24.
[256] Tal es el nombre con que se conoce a la figura en España, o al menos ese es su uso frecuente, a pesar de que la ley 14/2006 (Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida) haya adoptado la denominación Gestación por sustitución (art. 10).
[257] La Nación Online, 2017.
[258] Por ejemplo, entre los anglosajones: *surrogate mother* o *surrogacy;* en Francia: *mère de substitution, mère porteuse, prêt d' uterus*... Para mayor abundamiento respecto de las distintas denominaciones que se le da a la figura en los distintos países, ver Lamm, 2013, p. 25.
[259] Farnós Amorós, 2017a, p. 195.
[260] Farnós Amorós, 2017a, p. 195-196.
[261] "Padres" en el sentido amplio que comprende tanto la paternidad como la maternidad, conforme a la novena acepción de la RAE: *"9. m. pl. padre y madre de una persona o un animal."* Acceso público disponible en: www.rae.es. Ultima consulta: 10-01-2019.

vocablo comitente puede transmitir un sesgo mercantilista, un carácter patrimonial que no está presente en todos los casos de GS. En realidad, a la noción comitente se la utiliza preferentemente en el área comercial del derecho y con un criterio específico: cuando se encomienda o se encarga a alguien una prestación determinada de contenido patrimonial (un negocio). Y, como se ha visto *supra*, la GS puede responder a un fin altruista, sin contenido patrimonial. De manera que no parece razonable que un análisis crítico de la figura incluya, desde el inicio, un concepto lingüísticamente parcial. La mayor neutralidad ideológica posible de los términos y vocablos utilizados contribuyen a un mejor estudio de la figura, de por sí controvertida.

La recepción de la GS por parte de las legislaciones positivas no es pacífica; están las que la admiten en forma amplia (por ejemplo, Rusia, Ucrania, Georgia, algunos estados de Estados Unidos –California, Illinois– o de México –Sinaloa–), mientras que otras lo hacen en forma restringida, esto es, cuando la gestante persigue un fin altruista o sin ánimo de lucro (casos del Reino Unido, Holanda, Australia, Brasil, Nueva Zelanda, Sudáfrica, Tabasco –México–). Otros sistemas directamente las prohíben (entre otros más, Italia, Alemania, Austria, Francia, España, Suiza, Suecia, Dinamarca, Finlandia, Islandia).[262] A su vez existen ordenamientos jurídicos que no regulan el instituto. Entre estos últimos se encuentra la Argentina.

En el caso que aporta el reto ficcional, los padres de intención se deciden por Armenia.

> De manera que se vieron obligados a explorar las posibilidades en Europa. Las leyes son ambiguas, restrictivas e incluso hostiles. En algunos países del Este contratar vientres de alquiler era legal y lo podían hacer también extranjeros, aunque sólo parejas casadas. En otros era más o menos una práctica tolerada; ilegal, pero desarrollada en el mercado negro. Encontraron agencias dispuestas a burlar la ley. Pero Giose y Christian no querían tener un hijo como si

---

Si bien la acepción incluye las nociones de padre y madre, dado que no se desconoce la existencia y desarrollo del lenguaje inclusivo, en ocasiones, si la corrección gramatical lo permite, se utilizarán ambos conceptos en forma conjunta.

[262] En el ámbito europeo, Marisa Herrera agrega a la clasificación un ítem que identifica los países conforme exista la posibilidad para los futuros padres de obtener "el reconocimiento legal o la determinación de la paternidad con un niño nacido de una gestación por sustitución que se practica en el extranjero…, ya sea por la transcripción directa de la sentencia extranjera o por la transcripción del certificado de nacimiento extranjero en los registros de estado civil o incluso también mediante la figura la adopción." Dichos países son: Albania, España, Estonia, Georgia, Grecia, Hungría, Irlanda, Países Bajos, República Checa, Reino Unido, Rusia, Eslovenia y Ucrania. En el caso de Italia, agrega la autora, lo es en la relación padre e hijo cuando el padre aportó material genético (ver Herrera, 2019, p. 681, cita a pie de página n°71).

cometieran un delito. Querían encontrar un país donde no los considerasen dos delincuentes y dos clandestinos. Así que eligieron Armenia.[263]

Se trata de un caso de reproducción transfronteriza (nacionales italianos y GS realizada en Armenia), concepto sobre el que se vuelve en el punto siguiente.

2. LOS CONFLICTOS JURIDICOS FUNDAMENTALES DERIVADOS DE LA PROHIBICION Y DE LA OMISION LEGISLATIVA

La historia que narra la novela de Mazzucco está ambientada en Italia, ya entrado el siglo XXI. En ese país, la GS está prohibida por la ley 40/2004. Sin embargo, de igual modo que en otros tantos casos, el deseo de ser padres de es tan fuerte, que las personas hacen caso omiso a la interdicción y se lanzan a esta práctica en el extranjero.

La ficción refleja la realidad de aquellos países que prohíben o silencian la práctica; sus residentes la realizan igual fuera de las fronteras estatales. A este fenómeno se lo conoce con el nombre de reproducción transfronteriza[264] al cual, con sesgo peyorativo, se lo denomina "turismo reproductivo".[265] Un término más contundente aún es el "*cross border reproductive care*".[266]

a) Una legislación prohibitiva como punto de partida

La prohibición del ordenamiento jurídico italiano no solo comprende el AGS y sus consecuentes efectos jurídicos civiles, sino que, además, fija penas de prisión y multa a quienes la realicen.[267] Esta ley, no obstante haber sido criticada por la Iglesia católica con el argumento de apertura de las prácticas médicas gestacionales, "es conocida a nivel europeo por la gran cantidad de prohibiciones y restricciones en el acceso, cuestión que impulsó a muchas parejas a dirigirse a centros extranjeros."[268] En

---

[263] Mazzucco, 2016, p. 183.

[264] Farnós Amorós, 2017a, p. 200. La autora informa que, en la actualidad, "se estima que ya más de la mitad de los «clientes» de las agencias de GS localizadas en Estados Unidos son extranjeros" (ídem). La fuente de esa afirmación la cita en la nota 14 que textualmente expresa: "Ver los datos aportados por la agencia Growing Generations, con sede en Los Ángeles (California), publicados en *«Coming to U.S. for Baby, and Womb to Carry It»,* NYTimes.com, del 5 de julio de 2014."

[265] Corn, 2015, p. 23.

[266] Corn, 2015, p. 26. El autor refiere que se trata de la expresión utilizada por la *European Society of Human Reproduction and Embryology* (www.eshre.eu).

[267] El artículo 12.6 de la ley 40/2004 expresa: *"Chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità è punito con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro."* (Art. 12, inc. 6 de la ley italiana 40/2004, disponible en: http://www.camera.it/parlam/leggi/040401.htm, última consulta en: 31-12-2018).

[268] Corn, 2015, p. 20.

efecto, una lectura de las "Reglas sobre la procreación médicamente asistida" (esa es la denominación de la ley) así lo demuestra.

El artículo 1.1 establece su finalidad, que consiste en la posibilidad de "facilitar la solución" de los problemas derivados de la esterilidad o infertilidad, siempre y cuando, se agrega a continuación en el artículo 1.2, no existan otros métodos terapéuticos efectivos que contrarresten dicha esterilidad o infertilidad.

Por su parte, el artículo 4.1 estipula que el uso de las TRHA estará permitido solo cuando sea imposible remover los "impedimentos" de la procreación (natural), debiendo constar tal circunstancia en un certificado médico que, además, indique la causa de infertilidad. El inciso 3 del mismo artículo 4 prohíbe expresamente el uso de las técnicas de procreación heterólogas. Ello significa que la mujer solo podrá ser fecundada con gametos del esposo. De ello se deriva que la ley italiana prioriza las verdades biológica y genética, por sobre la voluntaria. La violación a la prohibición de la práctica heteróloga acarrea las consecuencias previstas en la misma ley, tales como la imposibilidad de ejercer la acción de desconocimiento de la paternidad y la acción de impugnación de la paternidad, reguladas en el Código Civil.[269]

El artículo 5 exige que quienes decidan acceder a las TRHA sean parejas de diferente sexo, casadas o en cohabitación,[270] en edad fértil y ambas con vida (prohibición de la fecundación *post mortem*). La cuestión referida a las parejas infértiles casadas o en convivencia tiene una complejidad añadida en Italia, en razón del estatus diferente que se les otorga según sea del mismo o diferente sexo.[271] Sobre

---

[269] "*Qualora si ricorra a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo in violazione del divieto di cui all'articolo 4, comma 3, il coniuge o il convivente il cui consenso è ricavabile da atti concludenti non può esercitare l'azione di disconoscimento della paternità nei casi previsti dall'articolo 235, primo comma, numeri 1) e 2), del codice civile, né l'impugnazione di cui all'articolo 263 dello stesso codice.*" (Art. 9.1 de la ley italiana 40/2004. Disponible en: http://www.camera.it/parlam/leggi/040401.htm).

[270] Virginia Zambrano explica que la ley 76/2016, con base en el "principio del doble binario", instituye por un lado las uniones civiles para parejas del mismo sexo (*same sex*) y, por el otro, las parejas de hecho entre homosexuales y heterosexuales (Zambrano, 2018, p. 46).

[271] "El tratamiento dado a la adopción por parte de las parejas del mismo sexo grafica esta cuestión. La denominada Ley 76/2016 (la llamada ley «Cirinnà»), que ha introducido en Italia la figura de las uniones civiles entre parejas homosexuales con iguales derechos (excepto los de la adopción y acceso a las técnicas de reproducción asistida) y deberes que los de las personas casadas, no ha modificado el art. 44 de la Ley 184/83; y, sin embargo, las normas existentes esconden problemas interpretativos susceptibles de ser resueltos de maneras distintas. En particular, la atención se centra sobre el art. 44, b), relativo a la adopción del hijo del cónyuge, locución que presenta problemas al no referirse a tipos de vínculo distintos al matrimonial, razón por la cual las parejas no casadas buscan apoyo en el art. 44, d), relativo a la adopción en los casos en los que no es posible el acogimiento preadoptivo. Como ya se ha visto, parte de nuestra jurisprudencia ha defendido una interpretación del art. 44, d) que no permite su aplicación cuando no exista un estado de abandono y cuando la pareja no esté casada, cosa que acontece en las homosexuales. Hay que recordar que en Italia, incluso después de la Ley «Cirinnà», las

este particular, es importante destacar que al aprobarse la ley de uniones civiles de personas del mismo sexo (ley "Cirinnà", n°76/2016), se excluyó del proyecto original la llamada *stepchild adoption*, esto es, la posibilidad de que un integrante de una unión civil adopte el hijo del otro, precisamente porque ello podía facilitar el recurso a la "gestación subrogada", prohibida por la ley 40/2004.[272]

La doctrina italiana señala que la actividad de los tribunales ha intentado reducir la distancia existente entre importantes derechos fundamentales (a la salud y el libre desarrollo de la personalidad en ámbito familiar) y las decisiones del legislador. En los hechos ello produce "un progresivo aumento de las técnicas admitidas y una muy limitada ampliación de las categorías de personas que pueden tener acceso a éstas."[273] En este sentido, por ejemplo, en el año 2009, la jurisprudencia flexibilizó la cuestión vinculada a la crioconservación de embriones y la cantidad que se podían producir, originariamente limitado a tres (art. 14 ley 40/2004).[274] Por su parte, en el año 2014, la prohibición de la fecundación heteróloga para las parejas heterosexuales, declaradas infértiles o estériles de forma absoluta e irreversible, fue considerada ilegítima por la Corte Constitucional.[275]

No obstante, la cuestión vinculada a la GS no corrió igual suerte. En un fallo promovido a instancias de la Corte de Apelación de Milán, con referencia a una consulta sobre la constitucionalidad del artículo 263 del Código Civil (impugnación del reconocimiento por defecto de verdad),[276] la Corte Constitucional en forma terminante ratificó la posición contraria a la GS conforme el ordenamiento italiano, considerando que la práctica ofende de "manera intolerable" la dignidad de la mujer y mina las "relaciones humanas".[277]

---

parejas homosexuales no pueden contraer matrimonio, sino sólo unirse civilmente." (Landini, 2018, p. 49).

[272] Zambrano, 2018, p. 53 (y nota n°24).

[273] Corn, 2015, p. 20.

[274] Corte Constitucional Italia, sentencia 151/2009.

[275] Corte Constitucional Italia, sentencia 162/2014.

[276] Corte Constitucional Italia, sentencia 272/2017. Artículo 263 del código civil italiano: *"Impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità. Il riconoscimento può essere impugnato per difetto di veridicità dall'autore del riconoscimento, da colui che è stato riconosciuto e da chiunque vi abbia interesse. L'impugnazione è ammessa anche dopo la legittimazione (280 e seguenti). L'azione è imprescrittibile."*

[277] Corte Constitucional Italia, sentencia 272/2017, tercer párrafo del punto 4.2.: *"Non si vede conseguentemente perché, davanti all'azione di cui all'art. 263 cod. civ., fatta salva quella proposta dallo stesso figlio, il giudice non debba valutare: se l'interesse a far valere la verità di chi la solleva prevalga su quello del minore; se tale azione sia davvero idonea a realizzarlo (come è nel caso dell'art. 264 cod. civ.); se l'interesse alla verità abbia anche natura pubblica (ad esempio perché relativa a pratiche vietate dalla legge, quale è la maternità surrogata, che offende in modo intollerabile la dignità*

Por lo tanto, de la legislación y de la valoración que hace la Corte Constitucional italiana, se desprende que la GS realizada tanto en el propio país como en el extranjero deviene ilícita y clandestina y, en el mejor de los casos, lo único que se logra es un vínculo filial incompleto.

Esto es lo que sucede en el caso ficcional traído a estudio. Eva, la niña nacida por GS en Armenia, carece de vínculo jurídico con uno de sus padres (Giose), a pesar de existir una socio-afectividad que se fue consolidando a través del tiempo. Se recuerda que Eva solo pudo ser inscripta como hija de uno solo de los miembros de la pareja (de Christian).

La muerte traumática de Christian en un accidente vial –el único emplazado jurídicamente como padre– deja expuesta la consecuencia más lamentable de la ausencia de vínculo filial entre la niña y su otro "padre"; me refiero a la separación de ambos. La decisión judicial actúa de esta manera como productora de la ruptura del vínculo socio-afectivo.

En lo que sigue, se transcriben dos párrafos en los que la obra literaria muestra la discordancia entre lo que Eva percibe para sí de la relación con su "padre" Giose, y la realidad jurídica.

> Hasta que una mañana de junio, cuando faltaban siete días para que los colegios cerraran, Giose no se presentó. Eva salió del portón y no vio allí su moto, ni el coche delante de los contenedores, ni el bombín gris o la mancha chillona de su ropa. Era un acontecimiento tan insólito que pensó que le había pasado algo. Lo pensó sin sentir ningún disgusto. Su padre era cargante, aprensivo, distraído y, al mismo tiempo asfixiante, de manera que algunas veces había deseado que desapareciera. Pero solo durante un rato. Porque lo quería. Tal vez más que a nadie. Aunque a la estúpida pregunta que a menudo le soltaban, ¿a quién de los dos quieres más?, sabiamente se negaba a responder.
>
> [...]
>
> Eva se colocó la mochila entre las piernas y se sentó, paciente, en las escaleras. Hasta que la conserje llegó para cerrar el portón y le preguntó si tenía algún problema. Mi padre se ha olvidado de mí, dijo Eva. Pero sin preocuparse, sonriendo. ¿Qué padre?, preguntó la conserje. La situación familiar de Eva Gagliardi todavía le hacía gracia. Para ella, y para el colegio, representaba una novedad absoluta. Aceptada en un principio con incomodidad y preocupación,

---

della donna e mina nel profondo le relazioni umane) ed imponga di tutelare l'interesse del minore nei limiti consentiti da tale verità."

> más tarde absorbida y digerida, hasta el punto de que a esas alturas nadie –ni colegiales, ni maestras, ni miembros de la junta directiva, ni padres, ni siquiera el docente de religión– le prestaban atención. De no haber sido por aquel desgraciadísimo Día de la Madre, nadie habría vuelto a acordarse del tema. Mi padre Giose –especificó Eva–, mi padre Christian hoy se ha marchado de Roma por trabajo. La conserje entró al edificio y llamó a la maestra.[278]

La razón por la que Giose no la retira del colegio es porque había ocurrido el accidente vial. A partir de ahí, al conflicto lógico y esperable que genera la muerte trágica de un padre, se agrega otro jurídico: la imposibilidad de la niña de preservar vida familiar, con aquella persona a quien la une un profundo lazo social y afectivo.

Si bien Christian había instituido a Giose como tutor testamentario de Eva (en el mismo testamento también lo designaba usufructuario de su casa de Roma), el tribunal, sin oír a la niña por ser menor de dieciséis años,[279] decidió en contra de la voluntad testamentaria (no la admitió como válida). Michele, el hermano de Christian, y su esposa, residentes en Milán, asumen la tutela de Eva. Para favorecer la separación, los abuelos (los padres de Christian) deciden llevarla primero a la casa de verano de Trequanda.

> […] Eva, ya está bien de pataletas, dijo la abuela cuando finalmente la sacó de su escondrijo, entre los trozos de leña, abrazada al perro. ¿No tienes ganas de venir a Trequanda? Están también ahí Valeri y Luca, tu habitación te espera. Quiero quedarme con papá Giose, dijo Eva. Giose tiene cosas importantes que hacer, no puede estar pendiente de ti ahora, dijo la abuela. Eva hundió la nariz en la espalda repelada de Ezechiele. No quiero ir, replicó. […] María Cruz se permitió lo que nunca se había permitido. Expresó una opinión e intentó decirle a la abuela que tal vez debiera escucharla. La niña estaba empezando a superar el terrible trauma de la pérdida de su padre, y separarla también de… del señor Giose precisamente ahora sería como echarle sal a la herida. Sí, claro, zanjó Margherita, buscando un pañuelo para secar la nariz de Eva, de la que caían los mocos, es sólo hasta que empiece el colegio. Ve a despedirte, que nos vamos ya, el camino es largo y nos esperan para la cena. Júrame que irás a recogerme, le dijo Eva a su padre, que permanecía como petrificado en el sofá, con el asa de la maleta rosa de Eva entre las manos. Te lo juro, le dijo Giose. Eva le creyó.[280]

---

[278] Mazzucco, 2016, p. 48 y p. 50.
[279] Cuestión que abriría otra línea de investigación respecto del derecho a ser oído (art. 12 CDN).
[280] Mazzucco, 2016, p. 73.

La intersección entre derecho y literatura muestra hasta qué punto, al ignorar la calidad del vínculo afectivo estrecho entre Giose y Eva, el sistema jurídico italiano vulnera derechos fundamentales de todos los involucrados (a la vida privada y familiar de Giose y de Eva, a la identidad de Eva y, con ella, a la protección de su interés superior).[281]

Este enunciado encuentra justificación en el análisis crítico del sistema prohibitivo comparado, que se encara a continuación desde dos perspectivas: la de la niña o niño y la de los padres de intención.

(i) Desde el punto de vista de las personas nacidas por GS

Los precedentes del TEDH: "Mennesson" y "Labassee"; "Foulon" y "Bouvet"; y "Laborie", todos contra Francia,[282] brindan argumentos suficientes para examinar los derechos de las personas nacidas por estas prácticas que resultan vulnerados.

Los dos primeros casos, "Mennesson" y "Labassee", resuelven situaciones similares (niños gestados y nacidos en Estados Unidos), en la misma fecha, y de igual manera. El TEDH entendió que si bien la decisión de la justicia francesa no violaba el artículo 8 del Convenio Europeo de derechos Humanos[283] –derecho a la vida privada y familiar– respecto de los pretensos padres, sí lo hacía respecto de los niños, por afectación del derecho de identidad, comprendido en el concepto de intimidad.

La doctrina concuerda que existe "una relación directa entre la vida privada de los niños nacidos de gestación por sustitución y la determinación legal de su filiación."[284] Al excluir de la relación jurídica de filiación a los niños nacidos por GS, Francia excedió el margen de apreciación de los Estados. En consecuencia, avalar lo resuelto por los tribunales franceses hubiese sido contrario al interés superior del niño.[285]

---

[281] Sistema jurídico que tampoco permite la adopción del hijo de la pareja como solución alternativa, tal como se anticipó, en tanto se trata de una pareja de personas del mismo sexo, no casada.

[282] TEDH, causas "Mennesson" y "Labassee", 2014; causas "Foulon" y "Bouvet", 2016; y causa "Laborie", 2017.

[283] Convenio Europeo de Derechos Humanos, artículo 8: *"Derecho al respeto a la vida privada y familiar. 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.*
2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás."

[284] Kemelmajer de Carlucci: *Et al,* 2017.

[285] Convención sobre los Derechos del Niño. *"Artículo 3.1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades*

En relación con el caso "Mennesson" es importante mencionar las derivaciones actuales del fallo del TEDH. Un año después de su dictado, la Corte de Casación francesa modificó su jurisprudencia admitiendo que la GS, por sí sola, no justificaba el rechazo de la inscripción en el Registro francés de niños nacidos por dicha práctica, siempre que tuviesen un padre francés. Empero, sólo el padre biológico fue reconocido como tal. Respecto de la madre, se mantenía el principio que lo será solamente quien diera a luz, aun cuando los óvulos provengan de la madre de intención. Ello sin perjuicio, expresa más adelante, que pueda adoptarlo. "En consecuencia, la esposa del padre, madre de intención, ahora tiene la oportunidad de adoptar al niño si se cumplen las condiciones legales y si la adopción es en el interés del niño, lo que crea un vínculo de filiación con respecto a ella. Según Francia, la adopción del hijo del cónyuge se ve facilitada por su legislación."[286] En este contexto, la Corte de Casación francesa debe resolver (desde octubre de 2018) un pedido de reconsideración interpuesto por los esposos Mennesson, en representación de sus hijas mellizas, a fin de que se autorice la inscripción de la partida estadounidense en el Registro Civil francés. Pero, previo a pronunciarse, la Corte de Casación decidió consultar al TEDH. Ello motivó que éste, en fecha 10 de abril de 2019, haya dictado su primera Opinión Consultiva. En ella, el tribunal de Estrasburgo expresa que, dado que Francia otorga una alternativa legal, en el caso la adopción por parte de la madre de intención de las niñas (mellizas) nacidas en el extranjero, con partida de nacimiento extranjera, no afecta el derecho a la vida privada de ellas, encontrándose tal solución dentro del margen de apreciación del estado francés.[287]

Dos años después de las sentencias dictadas en los casos "Mennesson" y "Labassee", en los fallos "Foulon" y "Bouvet", supuestos en que la GS se llevó a cabo

---

administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño."

[286] Scotti, 2019, p. 6.

[287] "*En réponse à la demande d'avis consultatif soumise par la Cour de cassation française, la Cour rend, à l'unanimité, l'avis suivant:*
Pour le cas d'un enfant né à l'étranger par gestation pour autrui (GPA) et issu des gamètes du père d'intention et d'une tierce donneuse et alors que le lien de filiation entre l'enfant et le père d'intention a été reconnu en droit interne,
1. le droit au respect de la vie privée de l'enfant, au sens de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, requiert que le droit interne offre une possibilité de reconnaissance d'un lien de filiation entre l'enfant et la mère d'intention, désignée dans l'acte de naissance légalement établi à l'étranger comme étant la « mère légale ».
2. le droit au respect de la vie privée de l'enfant ne requiert pas que cette reconnaissance se fasse par la transcription sur les registres de l'état civil de l'acte de naissance légalement établi à l'étranger ; elle peut se faire par une autre voie, telle l'adoption de l'enfant par la mère d'intention." (TEDH, Communiqué de presse 139, 2019).

en la India, el TEDH reiteró su doctrina; consideró que no había razón para apartarse de los precedentes. Finalmente, en "Laborie" (19 de enero de 2017), examinó la situación de un niño nacido por GS en Ucrania, y confirmó los precedentes.

De manera entonces que, conforme la jurisprudencia del TEDH, se puede concluir "que todo niño, cualquiera sea la forma en la que fue concebido, gestado o nacido tiene derecho a que se reconozca su filiación y su identidad, conforme el marco de los derechos Humanos."[288]

Cabe preguntarse entonces si la sentencia dictada en el caso "Paradiso II" (por la Gran Sala)[289] modifica estas conclusiones. Un examen cuidadoso del tema exige distinguir las circunstancias fácticas y jurídicas, que difieren sustancialmente de los precedentes. En "Paradiso II" se dijo que no existió "vida familiar" porque: (1) ningún miembro de la pareja había aportado material genético para la GS;[290] (2) el tiempo de convivencia con el niño fue muy escaso (ocho meses); y (3) existió una situación irregular en el trámite de inscripción vinculada al certificado de nacimiento.

(ii) Desde el punto de vista de los padres de intención

Los padres de intención tienen derecho al respeto a la vida privada y familiar (art. 8 CEDH). Sentada esta premisa, conviene hacer algunas precisiones, justamente en atención a los precedentes del TEDH.

Se coincide con Farnós Amorós[291] cuando expresa que la consideración del concepto "vida familiar", en tanto se trata de una cuestión de hecho, debe ser valorada en el caso concreto. Es importante considerar la convivencia, el tipo de relación, su duración o los intereses comunes. En suma, el conjunto de relaciones personales cercanas, en el contexto de aceptación de una noción plural de familia, de las diversas formas familiares.[292]

---

[288] Kemelmajer de Carlucci: *Et al*, 2017.
[289] TEDH, causa "Paradiso y Campanelli", 2017.
[290] Este argumento que otorga prevalencia al elemento genético por sobre la voluntad procreacional es cuestionable, pues omite considerar el concepto jurídico "voluntad procreacional" que en la Argentina tiene recepción legal expresa.
[291] Farnós Amorós, 2017b.
[292] "Considero interesante detenerme en el análisis que lleva a cabo la Sala en este punto, por su posible impacto en relación con futuros casos: en primer lugar, en coherencia con la jurisprudencia del TEDH, la Gran Sala considera que la existencia o inexistencia de vida familiar es una cuestión de hecho que depende de la acreditación de un vínculo personal cercano. De acuerdo con esta jurisprudencia, los puntos clave de la existencia de "vida familiar" son, tomados en conjunto, la convivencia, la naturaleza y duración de la relación, y el grado de compromiso y de intereses comunes entre las partes. En consecuencia, el concepto "vida familiar" no solo cubre los vínculos entre las parejas casadas y sus hijos, sino también los existentes entre convivientes de hecho y sus hijos biológicos u otros menores a su cargo, con independencia del estatus legal de los padres (Kroon y otros c. Holanda, asunto 18535/91, 27.10.1994). El TEDH también ha dejado claro que constituye vida familiar la relación entre una madre

En el precedente "Paradiso II",[293] el TEDH consideró que no existió vida familiar *de facto* debido a las situaciones puntuales ya aludidas (inexistencia de un vínculo biológico y genético, comportamiento irregular en lo atinente a la documentación de nacimiento y el escaso tiempo de convivencia –a criterio del tribunal–[294]). En vista de ello, sin contrariar la doctrina de lo resuelto por la Gran Sala del TEDH, es válido interpretar que quedan a resguardo las situaciones de hecho diferentes, que deberán ser consideradas en cada relación familiar en concreto. Este sería el *caso*, por ejemplo, si el tiempo de convivencia entre los padres de intención y el niño o niña fuese mayor, si alguno de aquellos hubiese aportado material genético, o si no existiera adulteración en la documentación relativa al nacimiento.

Volviendo al caso ficcional, ninguno de los supuestos de hecho que condicionan la decisión del TEDH en Paradiso II se verifican. Giose y Eva llevaban ocho años de vida compartida cuando muere Christian (quien había sido instituido jurídicamente como padre). Durante ese tiempo, las vicisitudes de la relación socioafectiva de los protagonistas permiten inferir que la naturaleza y grado de compromiso entre ambos era íntima y familiar. La novela de Mazzucco lo narra de la siguiente manera:

> Una mañana de junio, Giose no fue recoger a Eva a la salida del colegio. La había acompañado todos los días, durante seis años: tres de guardería y jardín de infancia y otros tres de primaria. Algo así como mil cien veces, en horarios que parecían francamente criminales. La acompañaba y la recogía, aunque fuera con treinta y nueve de fiebre, los ojos legañosos y el catarro alquitranando sus pulmones. […] a las siete sonaba el despertador aún flotaba en el mundo de los sueños, y antes que levantarse habría preferido un puñetazo en toda la nariz. Pero se sacrificaba de buena gana, por amor a la niña. Arrojaba a un lado las sábanas, se ponía en pie de un salto, con el pelo de punta y la marca de la almohada en la cara, e iba corriendo a despertarla, con una granizada de besos, las cosquillas en la planta de los pies o canturreando una canción. Su repertorio era ilimitado. […] Giose también hacía los deberes con ella. Pero no de forma

y su hijo en el momento del nacimiento (Gül c. Suiza, asunto 23218/94, 19.2.1996), la relación entre una familia de acogida y un menor mientras éste estaba bajo su cuidado (Moretti y Benedetti c. Italia, asunto 16318/07, 27.4.2010), y la relación entre el hombre que durante un tiempo crio a un menor como a su hijo, bajo la creencia de que era tal, por mucho que después su paternidad fuera impugnada (Nazarenko c. Rusia, asunto 39438/13, 16.10.2015). En consecuencia, la confirmación de que entre determinadas personas existe vida familiar en el sentido del Convenio es, ante todo, una cuestión de hecho que depende de la existencia real y efectiva de relaciones personales cercanas, más allá y por encima de la genética o de la mera convivencia." (Farnós Amorós, 2017b).

[293] TEDH, causa "Paradiso y Campanelli", 2017.

[294] Kemelmajer de Carlucci: *Et al*, 2017.

> descuidada, apática, mirando el reloj: se lo tomaba muy en serio. Voy a estudiar contigo, decía, por fin voy a adquirir una cultura de verdad [...] Eva estaba tan acostumbrada a hacer los deberes con él que se quedó sorprendida cuando descubrió que el padre de su mejor amiga no sabía siquiera qué aspecto tenía un libro de texto."[295]

Los roles de padre y de hija desempeñados más el factor tiempo devienen determinantes al momento de decidirse, en el caso ficcional, en favor de la existencia de vida familiar. Asimismo, tanto en la gestación de Eva como en los intentos anteriores que fracasaron, los miembros de la pareja italiana aportaron material genético propio.

(iii) Valoración:

De manera entonces que, sin contrariar la última jurisprudencia del TEDH (se comparta o no la decisión), se puede concluir que, además de una afectación al derecho a la identidad del niño o niña, existe una concreta violación al derecho humano a la vida privada y familiar de Giose (y también de Eva –art. 8 del CEDH–).

En consecuencia, sin perjuicio del rumbo que el TEDH parece haber tomado en "Paradiso II", el precedente debe ser interpretado con cautela, para el caso concreto, conservando las premisas sentadas por la jurisprudencia anterior. Interpretar lo contrario en abstracto, importaría extender sin razón justificada los alcances del fallo, con riesgo de afectar el derecho a la identidad del niño o niña nacido por GS. Y es probable que también, como sucede en el caso ficcional, el derecho humano a la vida privada y familiar de los padres de intención (art. 8 del CEDH).[296]

Tal como se verá más adelante, la cuestión parece estar más clara aún en el sistema convencional americano, en razón a los fundamentos interpretativos dados por la Corte IDH en la causa "Artavia".[297]

b) La situación jurídica en la Argentina

A diferencia de lo que sucede en Italia, en nuestro país la GS no está prohibida, aunque tampoco se encuentra regulada. Ello también se traduce, en los hechos, en conflictos jurídicos con consecuencias disvaliosas, pues la realidad muestra que la

---

[295] Mazzucco, 2016, p. 45-49.
[296] En efecto, la Opinión Consultiva dictada sobre el caso "Mennesson" tiene valor neutro, pues se recuerda que la legislación italiana no permite la adopción del hijo de la pareja no casada y del mismo sexo, como sucede en el caso ficcional.
[297] Corte IDH, causa "Artavia Murillo", 2012.

práctica se realiza de cualquier manera,[298] tanto en el país como en la modalidad transfronteriza.

El anteproyecto originario de Código Civil y Comercial argentino incluía la filiación por GS altruista. El artículo 562 de la versión proyectada exigía los siguientes requisitos de admisibilidad, que se sujetaban al control judicial previo.

(i) El consentimiento previo, informado y libre de todas las partes intervinientes;

(ii) El respeto por el interés superior del niño;

(iii) El aporte del material genético de al menos uno de los padres de intención, y que uno o ambos tengan imposibilidad de concebir o de llevar un embarazo a término;

(iv) La plena capacidad y salud física y psíquica de la gestante, quien no podía aportar material genético propio, no debía ser retribuida, no podía someterse a un proceso de GS más de dos veces, y debía haber dado a luz al menos un hijo propio.

No obstante, la previsión legal fue excluida durante el trámite parlamentario, de modo que el Código Civil y Comercial vigente nada dice al respecto. Luego de la sanción se presentaron proyectos de ley para regular la figura, pero ninguno de ellos prosperó y han perdido estado parlamentario. Interesa destacar dos de ellos, el Proyecto de Ley n°5759-D-2016, de la Diputada Analía Rach Quiroga, y el Proyecto de Ley n°2574-S-2015, de la Senadora Laura Montero, cuyos requisitos de procedibilidad eran similares a los previstos por el proyecto de Código Civil y Comercial.[299]

---

[298] En rigor, se trata de una práctica en aumento (Herrera, 2019, p. 680).

[299] 1. Proyecto de Ley n°5759-D-2016, de la Diputada Rach Quiroga, Analía y otros.
"*Artículo 6. Requisitos referidos a la gestante*. La pretensa gestante debe reunir los siguientes requisitos:
a) Tener plena capacidad civil.
b) Acreditar aptitud física y psíquica conforme los protocolos que establezca la Autoridad de Aplicación de la ley 26.862.
c) No aportar sus gametos.
d) No haberse sometido a un procedimiento de gestación por sustitución más de dos (2) veces.
e) Haber dado a luz y tener un (1) hijo propio.
f) Tener cinco (5) años de residencia ininterrumpida en el país. Este plazo no se exige a las personas de nacionalidad argentina o naturalizadas en el país.
g) Contar con el debido asesoramiento y evaluación psicosocial previa.
Artículo 7. Requisitos del o los comitentes. Puede ser comitente una persona sola o una pareja, casada o no, que cumpla con los siguientes requisitos:
a) Tener plena capacidad civil.
b) El/la comitente o al menos uno de los/as comitentes debe aportar sus gametos, salvo razones médicas que justifiquen la imposibilidad de aportarlos.
c) Tener imposibilidad de gestar y/o llevar a término un embarazo por razones de salud, sexo, género, identidad de género u orientación sexual.
d) Tener un plazo mínimo de cinco (5) años de residencia ininterrumpida en el país. Este plazo no se exige a las personas de nacionalidad argentina o naturalizadas en el país.

Tampoco se ocupa de la GS en forma expresa la Ley 26.862, de "Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida", ley que incorpora las TRHA al sistema nacional de salud. Ello debido a que ni el texto legal ni el decreto reglamentario (956/2913) se refieren a ella en forma directa y específica.

Sin embargo, podría coincidirse en algún punto con respetada doctrina,[300] en el sentido que la GS se encuentra incluida en forma implícita en lo concerniente a su cobertura médica por el sistema nacional de salud. Es decir, se trata de una regulación parcial implícita, de un aspecto vinculado con el derecho a la salud. En efecto, una solución interpretativa contraria del texto legal resultaría francamente discriminatoria, dado que el conjunto de prácticas médicas que requiere la GS, sí se encuentran cubiertas por dicha ley (donación de ovocitos, FIV, transferencia embrionaria). La única diferencia reside en la persona a la cual se realiza la transferencia embrionaria, a fin de llevar adelante el embarazo.

Pero, esta interpretación en favor de la cobertura médica, con base en la igualdad, no implica que deba considerarse a la GS como admitida por la legislación positiva. Por caso, nótese que si bien la Ley 26.862 sigue el criterio de la Organización Mundial de la Salud (OMS) en la materia, nada dice del "útero subrogado", lo que sí hace el Glosario de dicha organización, al definir las técnicas de reproducción asistida.

> Técnicas de Reproducción Asistida (TRA): todos los tratamientos o procedimientos que incluyen la manipulación tanto de ovocitos como de

---

e) Contar con el debido asesoramiento y evaluación psicosocial previa.
f) Contratar un seguro de vida, a su costo y a favor de la gestante que cubra las contingencias que puedan derivarse de la gestación por sustitución.
Artículo 8. Autorización judicial. Patrocinio. Toda gestación por sustitución debe ser autorizada judicialmente de conformidad con las disposiciones previstas en la presente ley y en las normativas complementarias que se dicten a estos fines.
La gestante y el o los comitentes deben intervenir con su respectiva asistencia letrada."

2. Proyecto de Ley, Expediente n°2574-S2015., de la Senadora Laura Montero.
"Artículo 4°. Requisitos referidos a la gestante.
La persona que actúa como gestante en un acuerdo de gestación por sustitución no debe aportar sus gametos y debe reunir, de mínima, los siguientes requisitos: a) Tener buena salud física y psíquica; b) No haberse sometido a un proceso de gestación por sustitución más de DOS (2) veces; d) Haber dado a luz, al menos, UN (1) hijo propio.
Artículo 5°. Requisitos referidos a la parte comitente.
Puede ser comitente una persona sola, o una pareja, casada o no, que cumpla, de mínima, con los siguientes requisitos: a) Al menos uno de los comitentes debe aportar sus gametos, salvo razones fundadas que justifiquen la imposibilidad de aportarlos. b) La persona o las personas comitentes deben tener imposibilidad de concebir, o de llevar un embarazo a término sin riesgo para su salud, o para la salud del niño por nacer. c) La persona o una de las personas comitentes deben tener 3 años de residencia ininterrumpida en el país."

[300] Gil Domínguez, 2013.

> espermatozoides o embriones humanos para el establecimiento de un embarazo. Esto incluye, pero no está limitado sólo a, la fecundación in vitro y la transferencia de embriones, la transferencia intratubárica de gametos, la transferencia intratubárica de zigotos, la transferencia intratubárica de embriones, la criopreservación de ovocitos y embriones, la donación de ovocitos y embriones, y el útero subrogado. TRA no incluye inseminación asistida (inseminación artificial) usando espermatozoides ni de la pareja ni de un donante.[301]

De modo que esta ley, según entiendo, no aporta razones justificadas que permitan sostener una interpretación extensiva, con pretensión normativa general, más allá de la cobertura médica propiamente dicha.[302] En consecuencia, desde el punto de vista argumental, no parece correcta la razón fundada en una interpretación extensiva normativa, pues ello significaría otorgar regulación legal positiva a una figura que carece de un correlato prescriptivo. Como consecuencia de ello, es necesario el dictado de una ley civil que regule de manera integral todos los efectos de la GS (no solo los vinculados a la filiación, sino también los requisitos de procedencia, limitaciones, incompatibilidades, etcétera). Pues, como bien señalaron los redactores del Proyecto de Código Civil y Comercial, la regulación con pautas claras, previamente fijadas, "que brinden seguridad jurídica tanto a los usuarios de estas técnicas como, principalmente, a los niños nacidos de ellas" es la mejor alternativa.[303] Ni la abstención ni la prohibición evitarán que se produzcan conflictos jurídicos de una práctica en aumento. De allí que la doctrina insista en citar esta ley, a pesar de que no resuelva expresamente la cuestión.

> ¿Por qué citar, entonces, esta ley, en la motivación de la decisión si no resuelve expresamente la cuestión? Porque se quiere reafirmar que el silencio legislativo está en proceso de paulatina reversión, que la realidad de las prácticas de TRHA amerita la acción positiva del legislador en pos de brindar soluciones concretas y claras, y que el agujero normativo que la jurisprudencia ha tenido que sortear, no siempre de manera coherente, debe ser atendido por el legislador.[304]

---

[301] Word Health Organization, 2010.
[302] El decreto 956/2013, reglamentario de la ley 26862, tampoco aporta argumentos normativos que avalen el criterio de la inclusión implícita.
[303] CCyC, proyecto y fundamentos, 2012, p. 570.
[304] Kemelmajer de Carlucci: *Et al*, 2013, p. 2.

En suma, es imprescindible tener claro jurídicamente la definición del vínculo filial de las personas que nacen por esta vía, para evitar que se produzcan consecuencias similares a las que provoca un sistema jurídico prohibitivo. Por ello es esperable su regulación positiva, para que *casos* como el de Eva y Giose no se repliquen en el país. En este sentido, tanto las normas excluidas del CCyC como las contenidas en los proyectos de ley aludidos, pueden considerarse antecedentes apropiados.

c) Del silencio normativo a la realidad

La exclusión de la GS del proyecto de Código Civil y Comercial ha generado y genera un problema concreto para aquellas parejas conformadas por hombres o para aquellas otras cuyos integrantes mujeres u hombres trans[305] no puedan llevar adelante un embarazo.

En efecto, según el artículo 562 del CCyC, los nacidos por aplicación de las TRHA son hijos "de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo." De manera que, al decidir instituir el primer vínculo filial con "quién dio a luz", en principio, el niño o niña quedaría emplazado como hijo o hija de la gestante.

A su vez, la última parte del artículo 558 del CCyC dispone: "Ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación." De ello surge que los padres del niño o niña nacido de una GS son, conforme la legislación vigente, la gestante y aquella otra persona que haya prestado su consentimiento.

Esta primera conclusión muestra de inmediato la inconveniencia de que no exista una regulación expresa o, mejor dicho, el desequilibrio o vacío (laguna) que provoca la exclusión de la GS del código de fondo. Y eso conduce a la exigencia de que sean los jueces quienes deban brindar soluciones acordes al sistema constitucional-convencional, pues tienen la obligación de fallar (art. 3 CCyC) sobre una situación que pone en juego derechos fundamentales de los involucrados, de la niña o niño nacidos por su intermedio, y que se realiza cada vez con mayor frecuencia.

En este sentido, no debe perder de vista que el derecho humano a la vida privada y familiar está consagrado en la Constitución Nacional y en los tratados de derechos

[305] El CCyC se refiere a "quien dio a luz" lo cual debe interpretarse de manera sistémica con la Ley 26743 de Identidad de Género, esto es, cualquier persona con capacidad de gestar, siendo que no exige la operación de reasignación sexual para el cambio registral de nombre y sexo.

humanos con jerarquía constitucional (art. 75-22 de la CN), mientras que los derechos reproductivos de las parejas fueron reconocidos de manera expresa por la Corte IDH en la causa "Artavia Murillo", ya citada.

En la actualidad, en el país se conocen numerosos fallos[306] que admitieron la filiación de la persona nacida por GS, con fuente en la voluntad procreacional. Los primeros, en GS *ex post,* es decir, cuando las parejas recurren a los tribunales luego de haber realizado la práctica. Las estrategias jurídicas son diversas; en algunos casos se solicita la impugnación de la filiación materna asignada a la gestante y el correspondiente emplazamiento de la madre de intención (lo que es posible siempre y cuando ésta haya aportado material genético), en otros, directamente se peticiona una medida autosatisfactiva o cautelar, a fin de que no se inscriba al niño o niña nacido

[306] Por razones de método, la enumeración se realiza con una fecha de "corte" al 31 de diciembre de 2018: 1) Juzgado de Familia de Gualeguay "B., M. A. v. F. C., C. R. – ordinario" del 19 de noviembre de 2013; 2) Juzgado Nacional en lo Civil N°86 "N. N. o DGMB s/inscripción de nacimiento" del 18 de junio de 2013; 3) Tribunal de Familia de Rosario N°7 "F. M. L. y otra s/Autorización judicial del 2 de diciembre de 2014; 4) Juzgado Nacional en lo Civil N° 102 "C., F. A. y otro c/R. S., M. L. s/Impugnación de maternidad" del 18 de mayo de 2015; 5) Juzgado Nacional en lo Civil N°83 "N. N. O. s/Inscripción de nacimiento" del 30 de junio de 2015; 6) Juzgado de Familia N°1 de Mendoza "O. A. V. p/Medida Autosatisfactiva" del 29 de julio de 2015; 7) Juzgado de Familia N°1 de Mendoza "C. M. E. y J. R. M. por inscripción de nacimiento" del 15 de diciembre de 2015; 8) Juzgado de Familia N°9 de San Carlos de Bariloche Expte. N° 10.178 14 del 29 de diciembre de 2015; 9) Juzgado de Familia N°7 de Lomas de Zamora "H. M. y otro/a s/Medidas precautorias" del 30 de diciembre de 2015; 10) Tribunal Colegiado de Familia N° 5 de Rosario "S. G. G. y otros s/Filiación" del "S. G. G. y otros s/Filiación"; 11) Juzgado Nacional en lo Civil N°7 del 23 de mayo de 2016; 12) Juzgado Nacional en lo Civil N°4 "S. T., A y otro s/Inscripción de nacimiento" del "S. T., A y otro s/Inscripción de nacimiento"; 13) Juzgado Unipersonal de Familia N°2 de Moreno "S. P., B. B. c/S. P., R. F. s/materia a categorizar" del 4 de julio de 2016; 14) Juzgado Nacional en lo Civil N°8 "B., B. M. y otro c/ G., Y. A. s/impugnación de filiación del 20 de septiembre de 2016; 15) Juzgado de Familia N°3 de Gral. San Martín "M., I. M. y otro s/autorización judicial" del 22 de agosto de 2016; 16) Juzgado de Familia N°12 de Lomas de Zamora "G. M., C y otro c/ W. B., A. V s/rectificación de partida" del 3 de octubre de 2016; 17) Juzgado de Familia N°7 de Lomas de Zamora "B. J. D. y Otros s/ materia a categorizar (277)" del 30 de noviembre de 2016; 18) Juzgado Civil de Primera Instancia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires N°81, "Santalla, Ignacio Nicolás y otro c/ Aguilar Cintia Laura s/ impugnación de filiación" del marzo de 2017; 19) Juzgado de Familia n°5, Viedma "reservado s/ autorización judicial del 7 de Julio de 2017; 20) Juzgado de Familia N°2 de Mendoza "M.M.C. y M.G.J. y R.F.N. por Medidas Autosatisfactivas" del 6 de setiembre de 2017; 21) Juzgado Nacional en lo Civil N°4 "S. T., V. s/inscripción de nacimiento" (sentencia no firme) del 20 de octubre de 2017; 22) Juzgado de Familia de 2ª Nominación Córdoba, "R., L. S. Y OTROS – SOLICITA HOMOLOGACION" (EXPTE. N.° 3447358) del 22 de noviembre de 2017; 23) Tribunal Colegiado de Familia N° 7 de ROSARIO "H., M.E. Y OTROS S/ VENIAS Y DISPENSAS" del 5 de diciembre de 2017; 24) Juzgado de Familia N°4 de Mendoza "G Y S, S B D y M W A p/ Medida autosatisfactiva" N° 3614-16 del 22 de diciembre de 2017; 25) 2° Juzgado de Familia, Mendoza, EXPTE. N°3360/16 "S. M. S.; T. C. J.; B. P. V. POR MEDIDAS AUTOSATISFACTIVAS", 15 feb. 2018; 26) 11° Juzgado de Familia, Maipú, Mendoza, EXPTE. N°2933/17/11F, A.G., O.C.E. Y A. M. D. P/ AUTORIZACION, 4 de abril de 2018; 27) Juzgado de 1ª Instancia en lo Civil, Comercial y de Familia de Villa María, Córdoba, "R., R. A. y Otros s/Autorizaciones", 26 jun. 2018; 28) Juzgado en lo Civil en Familia y Sucesiones I, Tucumán, autos "P. A. M. Y OTRO s/ AUTORIZACION JUDICIAL", 26 de sep. 2018; 29) Juzgado de Familia, Niñez y Adolescencia N°1 de la I Circunscripción Judicial de Neuquén, causa "C. T. E. y ot. s/medida autosatisfactiva, de fecha 27/11/2018; 30) Juzgado Civil de la 3° Nominación de Bell Ville, Córdoba, causa "D., R. de V. y ot. s/homologación, de fecha 06/12/2018.

como hijo de aquella. Esta forma de actuar implica un considerable riesgo, pues, durante un período más o menos prolongado de tiempo, no existe vínculo jurídico entre los padres de intención y el niño o niña que ya ha nacido. Se produce un período ventana creado *de facto,* con una situación jurídica que se mantiene indeterminada hasta que el juez dicte la sentencia.[307]

Los últimos casos sentenciados parecen inclinarse hacia la autorización previa (GS *ex ante*), mediante la cual las partes someten el AGS (acuerdo de gestación por sustitución) al control judicial, de manera similar a lo que sucedería si el texto proyectado estuviese vigente. En todos los supuestos que se conocen, la práctica fue autorizada. El argumento jurídico determinante es la cláusula de cierre que contiene el artículo 19 de la CN, esto es, si bien se trata de una práctica no legislada, tampoco está prohibida.

No obstante, la realidad parece indicar que la GS se realiza con mayor frecuencia de la que reflejan las estadísticas jurisprudenciales. Y, en ocasiones, la filiación termina resolviéndose por vía indirecta, mediante la utilización indebida de otras figuras, tales como el reconocimiento de paternidad asociado a la asignación del ejercicio unilateral de responsabilidad parental al reconociente, y la subsiguiente adopción de integración del otro miembro de la pareja. O, inclusive, por otros mecanismos que se aproximan peligrosamente a la sustitución de identidad. Todo lo cual refuerza el postulado de que la omisión legislativa no debe prolongarse.

3. EL DERECHO HUMANO A LA VIDA PRIVADA Y FAMILIAR, Y A LA PROCREACION DE LOS PADRES DE INTENCION

Antes de avanzar, corresponde dejar sentada una premisa desde la que parte esta investigación: la búsqueda de una respuesta satisfactoria, correcta, en un Estado de derecho constitucional-convencional como el argentino, implica que el punto de partida argumental sea el derecho de los derechos humanos. Este universo normativo es la guía hermenéutica y a la vez es el que otorga contenido al ideal de justicia.

En ese entendimiento, no se conoce escuela o posición teórica democrática y pluralista que se exprese contra la posibilidad de respetar el derecho a la identidad del niño o niña ya nacido, ni sobre el alcance de tal derecho. Por lo tanto, obtenido este

[307] Para ver *in extenso* se puede compulsar Lamm *et al*, 2016, p. 757 y sig.

consenso, la discusión respecto de la justificación racional de la GS puede apartarse de este foco de atención. Dicho de otra forma, una vez producido el nacimiento, no caben dudas que los tribunales deben acompañar el proceso de determinación y resolver en favor del emplazamiento filiatorio del niño con aquellos que tienen voluntad de ser padres.[308] Si bien se trata de un acto convalidatorio de una GS ya realizada –la GS *ex post* debe desalentarse–, se privilegia en estos casos el interés superior del niño o niña ya nacido. Ello así, aunque la Opinión Consultiva del 10 de abril del 2019 del TEDH (vinculado al caso "Mennesson") admita que la determinación de los medios por los cuales permitir el reconocimiento de la relación legal entre el niño y los futuros padres, está dentro del margen de apreciación de los Estados (incluyendo así a la adopción del hijo de la pareja).

De esta manera, en cualquier actividad ponderativa de derechos fundamentales en tensión se debe elegir aquel o aquellos que privilegien tal interés superior del niño o niña.

a) Posición de partida postpositivista: el *constitucionalismo Jurídico*

Cuestión diferente es la situación de los padres de intención; aquí el tema asume otros matices.

Previo a introducirme en su análisis crítico iusfilosófico, comenzaré por explicitar la posición teórica de la que parto, con la idea de facilitar la tarea del lector. Ello no siempre se hace, aunque la concepción del intérprete jurídico quede expuesta en la metodología y herramientas utilizadas, en el lugar que le otorga a lo normativo, a la moral, a los valores o al razonamiento práctico.

Este estudio se asienta en el Constitucionalismo jurídico,[309] inserto en una concepción postpositivista del derecho.

Dado que el derecho no es un fenómeno insular, la filosofía del derecho tiene que entenderse en interconexión con la filosofía moral y la filosofía política.[310] Esta posición no debe confundirse con el neoconstitucionalismo, pues bajo ese rótulo se enrolan quienes reducen el derecho solo a principios o valores, quitándole por tanto eficacia a las reglas. Si bien también forma parte de una concepción postpositivista, el

[308] Insisto que no obsta esta afirmación la decisión de la Gran Sala del TEDH en "Paradiso II", por las razones antes expuestas.
[309] "El constitucionalismo jurídico (el tipo de concepción en la que se puede incluir a autores como Dworkin, Alexy, Nino, MacCormick) es realmente una posición distinta a la del positivismo jurídico y a la del derecho natural. Y es precisamente esa vía la que debería transitar sobre todo la filosofía del derecho del mundo latino." (Atienza, 2014, p. 313-314).
[310] Atienza, 2014, p. 314.

neoconstitucionalismo es una visión del derecho que se considera incorrecta, por incompleta, en tanto prescinde de su elemento autoritativo y prevalente (el normativo). El constitucionalismo jurídico tampoco debe confundirse con el opuesto al neoconstitucionalismo, esto es, con el formalismo, de raíces profundas en nuestra cultura jurídica.

> La presencia del Estado constitucional como forma de organización política aceptada casi sin excepciones en el mundo latino parecería ofrecer una base sólida sobre la que edificar una filosofía del derecho para estos países. Pero para ello hay dos obstáculos que habría que superar y que, en buena medida, están en el centro de la discusión en los últimos tiempos. Uno es el formalismo en cuanto concepción, ideología, profundamente arraigada en nuestra cultura y que, simplificando, viene a consistir en reducir el derecho a reglas y en aislar el derecho de otros fenómenos sociales y culturales. El otro, el defecto opuesto, consiste en ignorar que el derecho es –aunque no sea sólo eso– un fenómeno autoritativo en el que las reglas tienen que jugar un papel preponderante; en reducir, por así decirlo, el derecho a principios, a valores; y en hacer, por tanto, que el derecho pierda uno de sus rasgos de identidad y pase a ser considerado como un capítulo más de la moral. Quizá no exista un término aceptado por todos para designar esta segunda concepción, pero yo creo que podría servir el de «neo-constitucionalismo», en el sentido que le atribuyeron quienes acuñaron el término y, en general, quienes se califican a sí mismos de «neo-constitucionalistas». Pues bien, se trata, así entendida, de una concepción del derecho que no es compatible con el constitucionalismo post positivista de autores como Dworkin, como Alexy o como Nino. La filosofía del derecho del mundo latino, en mi opinión, debería ser constitucionalista, pero no neo-constitucionalista.[311]

La posición teórica que suscribo piensa en una filosofía del derecho para el mundo latino, entendido éste en el sentido amplio del término, esto es, común para Latinoamérica, Iberoamérica e Italia.[312] Los lazos culturales que unen a estos países, entre los que se incluye el derecho, justifica este objetivo. Se presenta como uno de los círculos culturales jurídicos, inserto en el fenómeno del multiculturalismo. Se trata de una concepción que mira con atención a los destinatarios de sus estudios y a los problemas relevantes o de interés para la comunidad. Por ello, busca soluciones básicamente prácticas. Rescata del positivismo el uso de un método analítico, por

[311] Atienza, 2014, p. 308.
[312] De esta última, se rescatan los aportes de Norberto Bobbio y la introducción de sus ideas en España por parte de Elías Díaz.

ejemplo, el recogimiento de los enunciados descriptivo y prescriptivo o la diferencia entre explicar y justificar, aunque no los aplica de manera rígida (reconoce la existencia de puentes entre lo descriptivo y lo prescriptivo, y acepta que en ocasiones la explicación de una decisión pueda contribuir a su justificación). Asimismo, recepta cierto objetivismo moral y la unidad de la razón práctica, aunque se aparta del iusnaturalismo, en tanto no recurre al derecho natural, sino a alguna forma de constructivismo moral (por ejemplo, las visiones de Nino o Habermas). Por último, toma de la teoría crítica del derecho la necesidad de insertar el derecho en el medio social. Así, el Constitucionalismo Jurídico opera con las nociones de trabajo, poder, necesidad, conflicto, desigualdad social y carácter ideológico del derecho (al menos de algunos de sus conceptos). Por último, se trata de una teoría que defiende el postulado que el derecho es una herramienta de transformación social.[313]

En suma, esta posición teórica encuentra en el fenómeno jurídico del constitucionalismo un adecuado ámbito de expresión, para la resolución de problemas concretos de las personas humanas destinatarias de las normas.

b) Un breve repaso histórico sobre el constitucionalismo

Se considera al constitucionalismo un proceso[314] iniciado el 26 de agosto de 1789,[315] pero ajustado de forma sustancial en Europa luego de finalizada la Segunda Guerra Mundial. Su proyección efectiva a los países latinoamericanos se concreta, principalmente, en las dos últimas décadas del siglo XX. Por lo tanto, parece válido estudiar al momento histórico actual, espacialmente globalizado, aunque delimitado al mundo jurídico occidental, como un ciclo más de dicho devenir.

En América Latina, los procesos de constitucionalización comienzan con el advenimiento de los distintos gobiernos democráticos. Ello resulta de toda lógica, pues solo en tal contexto –en el de un gobierno que se subordine a los principios del derecho de los derechos humanos– puede pensarse, instalarse, y desarrollarse un Estado de derecho constitucional. En su amparo es donde se puede desarrollar una comunidad de diálogo democrática y pluralista.[316]

En el caso argentino se reconocen dos momentos históricos bien identificados. En primer término, el camino interpretativo que abrieron los fallos de la Corte Suprema

[313] El desarrollo en extenso de los postulados de esta teoría, se pueden ver en Atienza, 2014, p. 300-302.
[314] Jiménez Asensio, 2005, p. 14. En esa obra, el autor explica en detalle la evolución del constitucionalismo, identifica sus diferentes períodos, las características de cada uno de ellos, etc.
[315] Con la "Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano".
[316] Rodotá, 2014, p. 65 y sig.

de Justicia de la Nación (CSJN), a partir de su nueva conformación democrática.[317] En segundo lugar, la reforma constitucional del año 1994, que otorgó jerarquía constitucional a los tratados internacionales de derechos humanos detallados en el artículo 75, inciso 22, segundo párrafo, de la CN.[318] Esta segunda fase comprende la incorporación posterior de otros tres tratados de derechos humanos,[319] los cuales también adquirieron jerarquía constitucional, en virtud de que fueron receptados conforme las previsiones contenidas en el tercer párrafo del artículo75-22 CN.[320]

Como bien se ha dicho, la reforma constitucional del año 1994 ha permitido el "ingreso de un arsenal de derechos nuevos y de contenidos nuevos en derechos viejos".[321] Al ratificar el compromiso asumido por el país en materia de derechos humanos, desde el punto de vista jurídico, se consolidó la adopción de un nuevo estatus axiológico.

En consecuencia, el nuevo sistema resulta robustecido por la equiparación jerárquica de los tratados de derechos humanos, los que, junto al propio texto constitucional, se encuentran en permanente retroalimentación. Se asienta ahora sobre

---

[317] Me refiero a la tríada: "Sejean" (F. 308:2268), "Bazterrica" (F. 308:1392) y "Portillo" (F. 312:496). Para ampliar, ver Saba, 2014.

[318] El artículo 75 de la Constitución Nacional fija las atribuciones del Congreso. Su inciso 22, textualmente dispone:

"[...]

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

[...]"

[319] Además de los tratados enunciados en el párrafo segundo del Art. 75 inciso 22, transcripto en la cita anterior, por intermedio de las Leyes N°24.820 (B.O. 29/05/1997), N°25.778 (B.O. 03/09/2003) y N°27.044 (B.O. 22/12/2014), adquirieron jerarquía constitucional la "Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas", la "Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad" y la "Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad", respectivamente.

[320] El texto del tercer párrafo del art. 75 inc. 22 de la CN establece: "*Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.*"

[321] Bidart Campos, 1995a, p. 646.

un conjunto de principios y valores expresos o implícitos que componen el nuevo techo ideológico del derecho argentino.[322]

Así las cosas, el nuevo diseño institucional, confiere a los tratados de derechos humanos jerarquía constitucional, fuerza normativa que emana directamente desde la misma cúspide de las fuentes internas. De este modo, su contenido y los principios rectores que los inspiran y justifican, incluidos los que protegen la vida familiar, y a cada una de las personas que la integran, deben ser coordinados con los demás derechos que se enuncian en la parte dogmática de nuestra Ley Fundamental.[323]

De manera que éste es el marco normativo cuyas reglas y principios constituyen un límite infranqueable y, a la vez, el criterio rector en la interpretación, aplicación y creación legal.

c) El Estado de derecho constitucional-convencional

Parte de la doctrina se refiere a este sistema constitucional-convencional como bloque de constitucionalidad. En él se incluyen las normas de los tratados jerarquizados, las sentencias de la Corte IDH y las Opiniones Consultivas (OC).[324] Es decir, la noción de bloque debe entenderse como un conjunto normativo que contiene disposiciones, principios o valores materialmente constitucionales. Si bien éstos no forman parte del texto de la Constitución, es decir, permanecen fuera, comparten con ella idéntica supremacía.[325] El concepto bloque de constitucionalidad fue reconocido en Francia, a partir de una decisión adoptada por el Consejo Constitucional.[326] En la

[322] Bidart Campos, 1996, p. 115 y 188.
[323] Lloveras y Salomón, 2005.
[324] Gil Domínguez: *Et al,* 2006, I, p. 18-19; Bidart Campos, 2000, I.
[325] Gil Domínguez: *Et al*, 2006, I, p. 19.
[326] El bloque de constitucionalidad que crea el Art 75 Inc. 22 tiene cierta semejanza con el bloque de constitucionalidad de Francia, (Decisión n° 70 – 39 DC del 19-06-70) el que está integrado por la Constitución Francesa, el Preámbulo de la Constitución de 1946 y los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República y la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 (Moncayo, 2004, p. 91).
Por su parte, Bernal Pulido nos recuerda que el "concepto de bloque de constitucionalidad se desarrolló de manera primigenia en el derecho constitucional francés… El *Conseil Constitutionnel* ha interpretado este texto [preámbulo de la Constitución de la República Francesa del 4 de octubre de 1958] en el sentido de que los derechos subjetivos del texto de la Constitución se aúnan a los derechos establecidos en otros documentos para conformar el bloque de constitucionalidad. A este bloque pertenecen todos los derechos subjetivos de la Constitución, así como los que aparecen en los documentos a los que reenvía el preámbulo de la Constitución. La jurisprudencia del Conseil Constitutionnel ha ampliado el bloque de constitucionalidad. El bloque de constitucionalidad constituye el rasero con base en el cual se evalúa la constitucionalidad de las normas de rango legislativo." (Bernal Pulido, 2011, p. 100).

doctrina nacional, corresponde a Bidart Campos su introducción a partir del año 1995, idea seguida luego por diversos autores[327] y por los tribunales.[328]

Es posible que, en la actualidad, esta noción pueda ser revisada. Ello es así porque si bien *a priori* presenta una ventaja, no pasa desapercibida cierta desventaja. La primera está dada en la idea de peso específico que genera el concepto "bloque", que viene a reforzar su carácter exigible. La contracara radica en una suerte de sospecha de inamovilidad o impenetrabilidad que transmite (de nuevos derechos humanos o de nuevas interpretaciones más expansivas de los ya regulados), noción que se contrapone con el concepto dinámico y evolutivo del derecho, uno de cuyos componentes fundamentales, en la concepción que se defiende, es la práctica social.[329]

Por lo tanto, en reemplazo de bloque se considera más apropiado la utilización del concepto "sistema (universo jurídico integrado por reglas, principios y práctica social) constitucional-convencional".

También se menciona que este nuevo orden, que gira alrededor de los derechos humanos, es un "estado social y democrático de derecho". En esa denominación se advierte la influencia de la legislación española (artículo 1 de la Constitución Española),[330] no trasladable totalmente a nuestra realidad, por lo que podría pensarse su reemplazo por la fórmula Estado de derecho constitucional-convencional.

Las razones de tal elección son las siguientes:

---

[327] Ver en: Bidart Campos, 1995a, p. 271 y Bidart Campos, 1995b, p. 264.

[328] La Corte Suprema adhirió expresamente a este concepto en diversos pronunciamientos. Ha dicho por ejemplo que: "La reforma constitucional de 1994 dio jerarquía constitucional a diversos tratados y convenciones (Art. 75 Inc. 22 de la Constitución Nacional) que junto con la Constitución Nacional, configuran el bloque de la constitucionalidad argentina, a partir de entonces son muchas las normas de ese rango que nos rigen y en las que se reconoce el derecho a la igualdad ante la ley, se prohíbe la discriminación y se garantiza el acceso a la educación." (CSJN, causa "González Delgado", voto de Petracci, 2000, Fallos 323:2659).

[329] "Como sistema, el Derecho puede considerarse como un conjunto de enunciados de carácter normativo y no normativo que cumplen ciertos requisitos. Pero además el Derecho puede (ha de) verse como una práctica social compleja consistente en decidir casos, en justificar esas decisiones, en producir normas, etc. Dicho quizás de otra manera, el Derecho no es simplemente una realidad que está ya dada de antemano (y esperando, por así decirlo, al jurista teórico que la describa y sistematice), sino una actividad en la que se participa y que el jurista teórico ha de contribuir a desarrollar. Por algo tanto en la obra de Dworkin como en la de Alexy, esto es, los dos autores que han desarrollado las que podría considerarse como teorías no positivistas del Derecho de mayor impacto, se subraya esa necesidad de considerar el Derecho como una práctica social (en la terminología de Dworkin, como una práctica interpretativa, en la de Alexy, como una serie de procedimientos), y no simplemente como un conjunto de reglas y principios." (Atienza y Ruiz Manero, 2007, p. 25-26).

[330] Artículo 1.1 de la C.E.: "1. España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político."

(i) al mantener el postulado "estado de derecho", se respeta la fuerza normativa, y la sujeción de las personas y del propio Estado al derecho;

(ii) la referencia "estado social" es confusa, ya que puede interpretarse en el sentido de derechos sociales o de cierta prevalencia de éstos sobre los restantes (individuales). Por ello, al evitar enunciar posibles clases de derechos o referirse a ellos de manera indirecta, la noción propuesta resulta más amplia. Comprende así a la totalidad de los derechos humanos que gozan de la cobertura constitucional-convencional (civiles, políticos, económicos, sociales, culturales), cuya diferenciación precisa, por otra parte, no es tan simple de realizar, pues se sabe que un mismo hecho puede involucrar diferentes clases de derechos;

(iii) el imperio de los derechos humanos presume la vigencia de un sistema democrático de gobierno; y

(iv) al prescindir del término social se evita cualquier connotación descriptivista, propia de una postura positivista que, desde el punto de vista teórico, se considera superada.

Asimismo, y en razón de que la propia Constitución Nacional es la que otorga igual jerarquía a la fuente internacional, equiparándola o poniéndola en su mismo nivel, la mención "constitucional-convencional" expresa el arco de amparo ampliado en materia de derechos humanos. Por eso la morfología del ordenamiento jurídico actual se visualiza mejor como bóveda antes que como pirámide.[331]

En síntesis, se puede concluir que el proceso de constitucionalización del derecho argentino definió un nuevo Estado de derecho constitucional-convencional, construido sobre la doble fuente interna e internacional, lo que da forma y contenido al nuevo ordenamiento o sistema constitucional-convencional, a cuyo amparo se deben estudiar los derechos humanos de las personas involucradas en el AGS.

d) Derechos humanos de los padres de intención

Sentada la posición teórica y la perspectiva de análisis, corresponde ahora analizar los derechos de los padres de intención, esto es, el derecho humano a la vida privada y familiar y, en su marco, el derecho a la procreación. De manera que la pregunta a responder es la siguiente: ¿existe un derecho humano de las personas a ser padres o madres?

[331] Pérez Luño, 2007, p. 510.

Para Alexy, los derechos fundamentales[332] son principios y los principios son mandatos de optimización,[333] cuya fundamentabilidad descansa en que "[los derechos humanos] no son posibles sin una metafísica racional y universal."[334]

A diferencia de los restantes derechos, los derechos humanos presentan cinco notas típicas en tanto son: (i) universales, es decir, el titular es toda persona humana en cuanto tal; (ii) fundamentales, lo que significa que protegen intereses y necesidades primordiales de las personas; (iii) abstractos, carácter que se relaciona con el objeto (contenido) del derecho humano; (iv) morales, se vincula con la validez, un "derecho vale moralmente si puede ser fundamentado frente a cada uno que participe en una justificación racional", la validez está dada por su existencia y fundamentabilidad; y (v) prioritarios, lo cual se traduce en que los "derechos humanos en cuanto derechos morales no solo no podrían ser derogados por normas de derecho positivo, sino que además son la medida a la que debe ajustarse toda interpretación de lo positivado."[335] Esta última nota típica adquiere protagonismo en el estudio de los derechos humanos en pugna en la GS, cuando se lo analiza desde el punto de vista de los padres de intención.

En el sistema constitucional-convencional argentino, como se anticipó, están incluidos los tratados de derechos humanos, a los que la Constitución Argentina otorga jerarquía constitucional, en las condiciones de vigencia. Esta última expresión se refiere a la manera en que fueron aprobados y ratificados por la República Argentina; es decir, con las reservas que se hubiesen hecho (declaración unilateral del Estado al firmar, ratificar o aceptar un tratado),[336] como así también con el alcance interpretativo que debe darse a las cláusulas del tratado, conforme la jurisprudencia internacional.[337]

---

[332] Siguiendo la "Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea", en ese ámbito es frecuente el uso de la expresión "derechos fundamentales", refiriéndose por tales a aquellos derechos humanos que han sido receptados expresamente por los textos constitucionales. Así, por ejemplo, se cita el Título I de la Constitución Española.

[333] Alexy, 2001, p. 86 y ss.; ver también Bernal Pulido, 2007, p. 274.

[334] Alexy, 2007, p. 248.

[335] Alexy, 2007, p. 239.

[336] El artículo 2.1, ap. d) de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados estipula: "Se entiende por "reserva" una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado al firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o al adherirse a él, con objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado;"

[337] Gelli, 2005, p. 712-713. Agrega la autora: "De todos modos la aprobación de un tratado con reservas tiene límites generales establecidos por la mencionada Convención de Viena, en el art. 19. En ese sentido, el tratado en cuestión puede prohibir determinadas reservas en cuyo caso éstas no son admisibles; o señalar cuáles reservas están permitidas, entre las que no se encuentra la que se quiere formular; o si la reserva que se manifiesta resulta incompatible con el objeto y fin del tratado. Además, el art. 20 regula cuándo y en qué circunstancias pueden formularse objeciones a las reservas que

Cabe reiterar aquí, que el alcance interpretativo en la región lo fijan en última instancia las sentencias y opiniones consultivas de la Corte IDH (arts. 62 y 64 CADH).

(i) derecho a la vida privada y familiar

En este contexto, el derecho a la vida privada y familiar reconoce protección expresa; así está previsto en distintas convenciones internacionales y en la propia Constitución Nacional.

La fuente internacional surge del artículo 16, párrafo 3, de la Declaración Universal de Derechos Humanos que establece: "La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado". Fórmulas iguales contienen el artículo 23-1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el artículo 17-1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH).

El artículo 10, apartado 1, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, por su parte, estipula: "Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y educación de los hijos a su cargo". El preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) declara que la familia es el "grupo fundamental de la sociedad".

La Constitución Nacional, por su parte, reconoce estatus constitucional a la "protección integral de la familia" en el artículo 14 bis.

Lo dicho significa, sin margen de duda, que toda persona tiene derecho a fundar una familia, la que goza de protección estatal.

Ahora bien, los instrumentos internacionales y la Constitución Nacional otorgan protección a la "familia", pero no definen qué debe entenderse por ésta. Por lo tanto, la categoría lingüística indeterminada[338] exige fijar su objeto, su contenido, es decir, precisar cuál es la materia protegida por el concepto en registro constitucional-convencional.

---

manifieste un Estado al ratificar un tratado. Al respecto, la Opinión consultiva 2 (O.C. 2/82) de Corte Interamericana de Derechos Humanos –al expedirse por unanimidad en el sentido de que la Convención Americana entra en vigencia para un Estado que la ratifique o adhiera a ella con o sin reservas, en la fecha del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión– también sostuvo que la Convención Americana al referir en el art. 75 a la Convención de Viena, debe entenderse en el sentido de que los Estados firmantes de la primera tienen libertad de formular las reservas que consideren apropiadas, siempre y cuando éstas no sean incompatibles con el objeto y fin del tratado." (Gelli, 2005, p. 713).

[338] Gil Domínguez*: Et al*, 2006, p. 73.

En primer término, se descarta toda discriminación entre la familia matrimonial y la no matrimonial.[339] Las referencias normativas que sustentan esta premisa son las contenidas en la CADH (artículo 17, inciso 5); el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 10, tercer aparatado); la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer –CEDAW– (artículo 16, inciso d); la CDN (artículo 2). De ello se deduce, asimismo, que deben considerarse incluidas las familias ensambladas, las familias monoparentales, pluriparentales, con hijos, sin hijos. Es un dato sociológico, además, que nuevos tipos de familias podrán ir agregándose a la categoría indeterminada.[340]

En segundo término, no resulta admisible ninguna discriminación en razón a la orientación sexual de las personas que la integran. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención.

> Teniendo en cuenta las obligaciones generales de respeto y garantía establecidas en el artículo 1.1 de la Convención Americana, los criterios de interpretación fijados en el artículo 29 de dicha Convención, lo estipulado en la Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados, las Resoluciones de la Asamblea General de la OEA, los estándares establecidos por el Tribunal Europeo y los organismos de Naciones Unidas (supra párrs. 83 a 90), la Corte Interamericana deja establecido que la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención. Por ello está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual.[341]

Esta perspectiva pluralista no es exclusiva de la República Argentina o del ámbito americano. Los mismos estándares se encuentran en distintos precedentes del TEDH. En el caso pionero "Marckx c/Bélgica",[342] el Tribunal europeo deja en claro

---

[339] Gelli, 2005, p. 175. Se destaca asimismo que el CCyC, en el título III del Libro Segundo, regula específicamente a las Uniones Convivenciales.

[340] La riqueza y diversidad de la región se han visto reflejadas en los casos sometidos a la competencia contenciosa de la Corte, y ello ha dado cuenta de las diversas configuraciones familiares que pueden ser protegidas, incluyendo familias poligámicas (Corte IDH, causa "Aloeboetoe", 1993; y Corte IDH, OC 24/2017, párrs. 173 y sig.).

[341] Corte IDH, causa "Atala Riffo", 2012, pár. 91.

[342] TEDH, causa "Marckx c/Bélgica", 1979.

que la expresión vida familiar no está limitada a las relaciones fundadas en el matrimonio y que la noción de familia debe ser interpretada "conforme las concepciones prevalecientes en las sociedades democráticas, caracterizadas por el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura."[343] El criterio es ratificado luego en las causas "Keegan c/Irlanda"[344] y "Kroon c/Países Bajos".[345] Más adelante, en el caso "S.H. y ot. vs. Austria",[346] el Tribunal reitera que la noción de vida privada es un concepto amplio que abarca, entre otros, el derecho a "establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos" y el "derecho al desarrollo personal" o a la libre determinación.[347]

Con respecto al derecho a la vida familiar y las parejas del mismo sexo, en la causa "Horst Michael Schalk y Johan Franz Kopf vs. Austria"[348] se reconoce que las relaciones de estas parejas caen dentro de la noción de vida privada y deben considerarse forma de vida familiar.

Esta breve síntesis de los precedentes del Tribunal europeo muestra que cualquier forma de convivencia en la que se creen vínculos afectivos y materiales de dependencia mutua, sea cual sea su grado de formalización o incluso el sexo de sus componentes, puede ser considerada una vida familiar protegida por el Convenio, por alejada que resulte de los parámetros de la familia tradicional.[349]

En función de lo analizado, se comparte que el concepto de familia que el Estado debe proteger es aquel que reconoce "un vínculo afectivo perdurable que diseña un proyecto biográfico conjunto en los aspectos materiales y afectivos".[350]

(ii) Procreación como integrante del derecho a la vida privada

Con respecto a la posibilidad de procrear y proyectarse, la atención debe concentrarse en la doctrina que emana de la causa "Artavia Murillo". La Corte IDH reconoce que son derechos que integran la vida privada.[351]

---

[343] Kemelmajer de Carlucci, 2002, p. 233.
[344] TEDH, causa "Keegan c/Irlanda", 1994.
[345] TEDH, causa "Kroon c/Países Bajos", 1994.
[346] TEDH, causa "S. H. y otro vs. Austria (más intervención del gobierno alemán)", 2000.
[347] TEDH, causa "S. H. y otro vs. Austria (más intervención del gobierno alemán)", 2000. La Corte entendió que el derecho al respeto de las decisiones de tener o no tener un hijo y a hacer uso de las técnicas de procreación asistida integra la identidad de una persona y cae dentro de la esfera de protección del art. 8.
[348] TEDH, causa "Horst Michael Schalk y Johan Franz Kopf v. Austria", 2010. Cit. en: Kemelmajer de Carlucci, *Et al*, 2010, p. 263 y ss.
[349] Santolaya Machetti, 2004, p. 79.
[350] Gil Domínguez, *Et al*, 2006, p. 76.
[351] Corte IDH, causa "Artavia Murillo", párrs. 143 y ss.

La justificación que está a la base es la dignidad de la persona, que se vincula con la posibilidad de ejercer la autonomía personal, y con ella un proyecto de vida que incluya la paternidad y maternidad.

> El ámbito de protección del derecho a la vida privada ha sido interpretado en términos amplios por los tribunales internacionales de derechos humanos, al señalar que éste va más allá del derecho a la privacidad. La protección a la vida privada abarca una serie de factores relacionados con la dignidad del individuo, incluyendo, por ejemplo, la capacidad para desarrollar la propia personalidad y aspiraciones, determinar su propia identidad y definir sus propias relaciones personales. El concepto de vida privada engloba aspectos de la identidad física y social, incluyendo el derecho a la autonomía personal, desarrollo personal y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos y con el mundo exterior. La efectividad del ejercicio del derecho a la vida privada es decisiva para la posibilidad de ejercer la autonomía personal sobre el futuro curso de eventos relevantes para la calidad de vida de la persona. La vida privada incluye la forma en que el individuo se ve a sí mismo y cómo decide proyectarse hacia los demás, y es una condición indispensable para el libre desarrollo de la personalidad. Además, la Corte ha señalado que la maternidad forma parte esencial del libre desarrollo de la personalidad de las mujeres. Teniendo en cuenta todo lo anterior, la Corte considera que la decisión de ser o no madre o padre es parte del derecho a la vida privada e incluye, en el presente caso, la decisión de ser madre o padre en el sentido genético o biológico.[352]

Más adelante, la Corte IDH destaca que, a diferencia del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en el cual sólo se protege el derecho a la vida familiar bajo el

---

[352] Corte IDH, causa "Artavia Murillo", párr. 143. Al finalizar este parágrafo, la Corte IDH introduce la cita número 231 que, por su importancia, se copia en forma textual: "En similar sentido, cfr. T.E.D.H., Caso Evans Vs. Reino Unido, (No. 6339/05), Sentencia de 10 de abril de 2007, párrs. 71 y 72, donde el T.E.D.H. señaló que "'private life'" […] incorporates the right to respect for both the decisions to become and not to become a parent", y precisó respecto a la reglamentación de la práctica de FIV que "the right to respect for the decision to become a parent in the genetic sense, also falls within the scope of Article 8". En el Caso Dickson Vs. Reino Unido, (No. 44362/04), Sentencia de 4 de diciembre de 2007, párr. 66, la Corte expresó respecto a la técnica de la reproducción asistida que "Article 8 is applicable to the applicants' complaints in that the refusal of artificial insemination facilities concerned their private and family lives which notions incorporate the right to respect for their decision to become genetic parents". En el Caso S.H. y otros Vs. Austria, (No. 57813/00), Sentencia de 3 de noviembre de 2011, párr. 82, la Corte se refirió explícitamente al derecho de acceder a las técnicas de reproducción asistida, como la FIV, señalando que "the right of a couple to conceive a child and to make use of medically assisted procreation for that purpose is also protected by Article 8, as such a choice is an expression of private and family life". Ver también T.E.D.H., Caso P. y S. Vs. Polonia, (No. 57375/08), Sentencia de 30 de octubre de 2012, párr. 96, donde el TEDH señaló que *"While the Court has held that Article 8 cannot be interpreted as conferring a right to abortion, it has found that the prohibition of abortion when sought for reasons of health and/or well-being falls within the scope of the right to respect for one's private life and accordingly of Article 8"*.

artículo 8 de dicho Convenio, la CADH cuenta con dos artículos (11.2 y 17) que otorgan protección a la vida familiar de manera complementaria.[353]-[354]

A su vez, el Tribunal regional hace suya la conclusión del Comité de Derechos Humanos que señala: "la posibilidad de procrear es parte del derecho a fundar una familia."[355]

Más tarde, en la causa I.V. Vs. Bolivia, 2016, sobre la que volveré al abordar el complejo tema del consentimiento informado, la Corte IDH sostuvo:

> Además, el Tribunal ha precisado que la protección del derecho a la vida privada no se limita al derecho a la privacidad, pues abarca una serie de factores relacionados con la dignidad del individuo, incluyendo, por ejemplo, la capacidad para desarrollar la propia personalidad y aspiraciones, determinar su propia identidad y definir sus propias relaciones personales. El concepto de vida privada engloba aspectos de la identidad física y social, incluyendo el derecho a la autonomía personal, desarrollo personal y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos y con el mundo exterior. La efectividad del ejercicio del derecho a la vida privada es decisiva para la posibilidad de ejercer la autonomía personal sobre el futuro curso de eventos relevantes para la calidad de vida de la persona. La vida privada incluye la forma en que el individuo se ve a sí mismo y cómo decide proyectarse hacia los demás, y es una condición indispensable para el libre desarrollo de la personalidad. Además, la Corte ha señalado que las elecciones y decisiones en relación con la maternidad forman parte esencial del libre desarrollo de la personalidad de las mujeres. Por consiguiente, la decisión de ser o no ser madre o padre pertenece a la esfera de las decisiones autónomas de los individuos respecto a su vida privada y familiar.[356]

---

[353] Corte IDH, causa "Artavia Murillo", párr. 145.

[354] Artículo 11-2: *"Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.* Artículo 17: "*Protección a la Familia.*
1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.
2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención.
[...]"

[355] La cita de la Corte IDH expresa: *"Cfr. Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 19, Comentarios generales adoptados por el Comité de Derechos Humanos, Artículo 23 - La familia, 39º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7, 171 (1990), párr. 5 ("El derecho a fundar una familia implica, en principio, la posibilidad de procrear y de vivir juntos")."*

[356] Corte IDH, causa I.V. vs. Bolivia, 2016, pár. 152).

Esta interpretación de la Corte IDH de considerar a la procreación como integrante del derecho humano a la vida privada y familiar, que introduce una diferencia sustancial con el TEDH, tiene una incidencia práctica muy importante en la Región.

(iii) Progreso científico y libertad reproductiva

Luego de precisar en qué consiste el concepto amplio de salud reproductiva, la Corte IDH expresa la relación que existe entre la vida privada y la libertad reproductiva con el acceso al progreso científico.

> Finalmente, el derecho a la vida privada y la libertad reproductiva guarda relación con el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho. El derecho al goce de los beneficios del progreso científico ha sido reconocido internacionalmente y, en el ámbito interamericano, se encuentra contemplado en el artículo XIII de la Declaración Americana y en el artículo 14.1 b) del Protocolo de San Salvador. Cabe mencionar que la Asamblea General de Naciones Unidas, en su Declaración sobre este derecho, señaló la relación entre éste y la satisfacción de las necesidades materiales y espirituales de todos los sectores de la población. Por tanto, y conforme al artículo 29 b) de la Convención Americana, el alcance de los derechos a la vida privada, autonomía reproductiva y a fundar una familia, derivado de los artículos 11.2 y 17.2 de la Convención Americana, se extiende al derecho de toda persona a beneficiarse del progreso científico y de sus aplicaciones. Del derecho de acceso al más alto y efectivo progreso científico para el ejercicio de la autonomía reproductiva y la posibilidad de formar una familia se deriva el derecho a acceder a los mejores servicios de salud en técnicas de asistencia reproductiva, y, en consecuencia, la prohibición de restricciones desproporcionadas e innecesarias de iure o de facto para ejercer las decisiones reproductivas que correspondan en cada persona.[357]

En suma, la Corte IDH no deja margen de duda cuando fija el alcance de los derechos. El derecho a la vida privada y familiar está vinculado al de autonomía reproductiva y sus efectos se extienden a toda persona para beneficiarse con el progreso científico; con el "acceso a servicios de salud reproductiva, lo cual involucra el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho."[358]

[357] Corte IDH, causa "Artavia Murillo", párr. 150.
[358] Corte IDH, causa "Artavia Murillo", párr. 146 y ss.

(iv) derecho a la salud reproductiva

Por último, al tratar el derecho a la salud reproductiva, la Corte IDH adhirió al concepto receptado por la Conferencia de El Cairo de 1994. Esto es, a todo estado que implique bienestar en todas las áreas y aspectos de la persona (físico, psicológico, familiar, social), y no la mera ausencia de enfermedades.

> La Corte ha adoptado el concepto de salud reproductiva formulado por el Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo celebrado en El Cairo en 1994, como "un estado general de bienestar físico, mental y social, y no de mera ausencia de enfermedades o dolencias, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos". En consecuencia, "la salud reproductiva entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos y de procrear, y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia. Esta última condición lleva implícito el derecho del hombre y la mujer a obtener información y de planificación de la familia de su elección, así como a otros métodos para la regulación de la fecundidad que no estén legalmente prohibidos, y acceso a métodos seguros, eficaces, asequibles y aceptables, el derecho a recibir servicios adecuados de atención de la salud que permitan los embarazos y los partos sin riesgos y den a las parejas las máximas posibilidades de tener hijos sanos" […] De igual forma, la Corte ha considerado que, de acuerdo a la Organización Panamericana de la Salud (OPS), la salud sexual y reproductiva implica que "las personas puedan disfrutar de una vida sexual satisfactoria, segura y responsable, así como la capacidad para reproducirse y la libertad de decidir si se reproducen, cuando y con qué frecuencia" [Organización Panamericana de la Salud, Salud en las Américas 2007, Volumen I - Regional, Washington D.C, 2007, pág. 151].[359]

e) Algunas conclusiones preliminares

Desde el punto de vista de los padres de intención, una interpretación coherente con lo expuesto hasta ahora permite elaborar la siguiente conclusión preliminar: en el ordenamiento o sistema constitucional-convencional argentino, tanto las familias monoparentales como todas las otras conformadas por parejas, casadas o no, cualquiera sea su orientación sexual, cuyos miembros se encuentren impedidos de llevar adelante un embarazo, y desistan, por la razón que sea, del trámite de adopción, verían conculcados sus derechos humanos reconocidos en los instrumentos

[359] Corte IDH, causa "I.V. Vs. Bolivia", 2016, párr. 157, nota al pie 186.

internacionales, en la Constitución Nacional y en la jurisprudencia de la Corte IDH, si se les niega el acceso a esta forma de maternidad y paternidad mediante GS.[360]

La Constitución Nacional contiene un principio que refrenda la conclusión del párrafo anterior. En efecto, si bien es cierto que no existe una norma escrita que regule el instituto de GS (que lo admita), también lo es que no existe una norma escrita que lo prohíba (conf. art. 19 CN). Este es el criterio que sostiene argumentativamente parte de la doctrina[361] y la jurisprudencia.[362] Con todo, la respuesta afirmativa a la pregunta con la que se inicia el apartado d (¿existe un derecho humano de las personas a ser padres o madres?) se impone.

A pesar de la validez de este último razonamiento señalado, su problema reside en que se trata de un argumento contingente, pues está subordinado a que el Congreso Nacional no dicte una norma que prohíba en forma expresa la GS, al estilo del derecho italiano. En este sentido, no se debe perder de vista lo enseñado por Carlos Nino, respecto a la relación directa que existe entre derecho y política o, si se prefiere, de los vínculos entre el derecho con el poder político que se dan en una sociedad.[363]

Por lo tanto, y al menos mientras la Argentina no cuente con una norma positiva expresa que regule los AGS, convendría reforzar las decisiones judiciales con un plus argumentativo. Lo mismo puede decirse del operador que funde un pedido de autorización del AGS. Es que, no obstante que se trata de una norma de rango constitucional, al funcionar sobre una cuestión contingente tiene un peso ponderativo debilitado. Ciertamente, tan válido como afirmar que no existe una norma que prohíba x, es sostener la proposición que indica que no hay una norma que prohíba impedir x. Dicho de otra manera, la conducta en cuestión no está protegida (o dejaría de estarlo) ante la contingencia que se dicte una norma prohibitiva.[364] O, incluso, que por vía

[360] En la causa I.V. Vs. Bolivia, 2016, la Corte IDH sostuvo: "En esta línea, la Corte reitera que el artículo 11.2 de la Convención Americana está estrechamente relacionado con el derecho reconocido en el artículo 17 de la misma, el cual reconoce el papel central de la familia y la vida familiar en la existencia de una persona y en la sociedad en general. En particular, el artículo 17.2 de la Convención Americana protege el derecho a fundar una familia, el cual incluye como componente la posibilidad de procrear." (Corte IDH, causa I.V. vs. Bolivia, 2016, pár. 153).
[361] XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, conclusiones unánimes de la Com. 6, 2015.
[362] A modo de ejemplo, ver dos fallos dictados en Mendoza: Expte. del 2° Juzgado de Familia, n°3360/16 "S. M. S.; T. C. J.; B. P. V. p/Medidas Autosatisfactivas", de 15 feb. 2018 y Expte. del 11° Juzgado de Familia, Maipú, Mendoza, n°2933/17/11 "F A.G., O.C.E. Y A. M. D. P/ AUTORIZACION", de 4 abril 2018.
[363] Nino, 2014.
[364] Nino, 2017a, p. 26.

interpretativa (por ejemplo, de los artículos 17 y 1004 del CCyC[365]) se considere que en el caso *x* no respeta la dignidad humana de la gestante.[366]

En consecuencia, ninguna decisión judicial que se pronuncie sobre el AGS debería omitir en su valoración el contenido del derecho humano a la vida privada y familiar, tal como está receptado en el sistema constitucional-convencional. El que, claro está, debería ser conjugado con una fundamentación similar, desde los otros dos puntos de vista posibles: el del niño o niña nacidos de la práctica (interés superior del niño o niña, identidad) y el de la gestante.

Esta perspectiva de análisis se encuentra fortalecida por la legislación positiva. En concreto, el artículo 2 del CCyC fija como pauta interpretativa, entre otras, tener en consideración las disposiciones de los tratados sobre derechos humanos y los principios y valores jurídicos.[367] Resulta de utilidad recordar los fundamentos del anteproyecto de lo que resultó luego (con algunas modificaciones como la que aquí se ha cuestionado) el Código Civil y Comercial de la Nación. En ellos se da cuenta que, entre los aspectos valorativos, se destacan aquellos que informan: que se trata de un "Código con identidad cultural latinoamericana"; que estamos ante la "constitucionalización del derecho privado"; que se trata de un "Código de la igualdad"; y un "Código basado en un paradigma no discriminatorio". Por último, al amparo del diálogo de fuentes, se convoca "a la utilización no solo de reglas, sino también de principios y valores".[368]

En síntesis, por lo visto hasta ahora, tanto desde las perspectivas del niño o niña nacido de la práctica, como desde la de los padres de intención, los principios y derechos humanos involucrados en uno y otro supuestos (interés superior del niño o niña, derecho a la identidad, por un lado, y derecho a la vida privada familiar y sus

---

[365] Artículo 17 CCyC: "Derechos sobre el cuerpo humano. *Los derechos sobre el cuerpo humano o sus partes no tienen un valor comercial, sino afectivo, terapéutico, científico, humanitario o social y sólo pueden ser disponibles por su titular siempre que se respete alguno de esos valores y según lo dispongan las leyes especiales."*
Artículo 1004 CCyC: "Objetos prohibidos. *No pueden ser objeto de los contratos los hechos que son imposibles o están prohibidos por las leyes, son contrarios a la moral, al orden público, a la dignidad de la persona humana, o lesivos de los derechos ajenos; ni los bienes que por un motivo especial se prohíbe que lo sean. Cuando tengan por objeto derechos sobre el cuerpo humano se aplican los artículos 17 y 56."*

[366] Por otro lado, este tipo de argumentación permisiva con sustento solo en el artículo 19 CN no constituye ningún aporte significativo respecto de la valoración de la práctica en sí misma. Ni en forma general, ni desde el punto de vista específico de la gestante.

[367] ARTICULO 2° CCyC. *"Interpretación. La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento."*

[368] Fundamentos del proyecto de CCyC, 2012, p. 507-512.

derivados –a la paternidad/maternidad, al progreso científico, a la salud reproductiva–, por el otro) merecen ampararse mediante una legislación positiva permisiva.

Empero, la cuestión es mucho más difícil de resolver cuando se encara el análisis crítico desde el punto de vista de la gestante. Aparecen aquí algunas complejidades mayores que merecen un tipo de análisis más exhaustivo.

4. LA LUZ GIRA HACIA LA GESTANTE. EL CONSENTIMIENTO INFORMADO, PREVIO Y LIBRE COMO PUNTO DE PARTIDA. SU DOBLE FUNCION

En general, los ordenamientos jurídicos exigen la adopción de un recaudo imprescindible antes de realizar una TRHA: el consentimiento previo, libre e informado de todos los intervinientes en la práctica, que funciona como garantía de sus derechos a la información y de la asunción de las consecuencias que aquella implica.

En el caso de la GS, en particular, visto desde el punto de vista de la gestante, este requisito adquiere una relevancia superlativa, debido a la utilización del propio cuerpo de la mujer (o de la persona con capacidad de gestar) que toma la decisión de gestar para otros. Tal determinación implica asumir no solo riesgos físicos y psicológicos, sino también limitaciones de distintas índoles –consustanciales a la gestación– sobre su propia libertad y autonomía personal.

Al respecto, conviene dejar sentada aquí otra premisa: desde el punto de vista del derecho de los derechos humanos actual, la garantía del consentimiento previo e informado de la gestante debe ponderarse con perspectiva de género. Esta razón debe estar a la base de cualquier estudio crítico de la figura. Así expuesto, la exigencia del consentimiento informado debe contener una visión doble: como derecho a la información y como garantía de recepción de la perspectiva de género. De manera que lo que enseguida se expone debe complementarse con el estudio realizado en el Capítulo IV de este trabajo, que recoge la perspectiva de género en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de derechos Humanos".

a) El consentimiento informado, previo y libre, y la legislación argentina

El artículo 560 del CCyC exige que el centro de salud que intervenga en la TRHA recabe "el consentimiento previo, informado y libre de las personas que se someten al uso de las técnicas de reproducción humana asistida", que deberá renovarse

toda vez que se proceda a utilizar gametos o embriones. Por su parte, el artículo 561, referido a la forma y requisitos estipula: "La instrumentación de dicho consentimiento debe contener los requisitos previstos en las disposiciones especiales, para su posterior protocolización ante escribano público o certificación ante la autoridad sanitaria correspondiente a la jurisdicción. El consentimiento es libremente revocable mientras no se haya producido la concepción en la persona o la implantación del embrión."

Consentir es manifestar en forma expresa y exteriorizada la voluntad para someterse a determinadas prácticas que involucran, por lo general, restricciones a otros derechos. Así lo caracteriza la doctrina, al definirlo como el "concepto jurídico que hace referencia a la exteriorización de la voluntad de una o más personas para aceptar derechos y obligaciones."[369]

En las TRHA, el Código Civil y Comercial le dedica dos artículos específicos. Eso no debe sorprender, pues obedece a la importancia que le atribuye. En efecto, se vincula, ni más ni menos, con la puesta en palabras de la ley de cómo debe expresarse en concreto la autonomía personal, y con ella la garantía de respeto de la dignidad de la persona humana. Ello es lo que está en juego en cada decisión que involucre la realización de una práctica, que tiene incidencia directa en el proyecto de vida de las personas, y en el caso puntual de la gestante, sobre su propia personalidad, integridad y salud personal.[370]

El artículo 560 de CCyC exige que la voluntad se renueve en cada oportunidad que vayan a utilizarse gametos o embriones. Asimismo, que el consentimiento sea prestado en el centro de salud. Esto último significa que quedan fuera de la regulación las inseminaciones caseras. Respecto de éstas, rige la presunción de filiación contenía en el artículo 566 y la fuente filial en esos supuestos no será otra que la naturaleza.

Por su parte, el artículo 561 CCyC exige la protocolización[371] ante escribano público o certificación ante la autoridad sanitaria correspondiente[372] a la jurisdicción y prevé la facultad de revocación, mientras no se haya producido la concepción en la persona o la implantación del embrión.

---

[369] Herrera, 2015b, p. 493.
[370] De allí la relevancia de la Resolución n°616/17 que aprueba el "Texto de consentimiento informado", a ser prestado por toda persona que se someta a tratamientos con TRHA.
[371] Se aplican las normas que regulan la escritura pública (Libro Primero, Título IV, Capítulo 5, Sección 5ª, arts. 299 a 312, del CCyC).
[372] La finalidad es facilitar el acceso, ampliar posibilidades y disminuir los costos del escribano (Herrera y Lamm, 2014, p. 466).

El consentimiento debe ser: (i) previo, esto es, anterior al inicio del proceso de inseminación o implantación; (ii) informado, tanto en lo que respecta a los aspectos médicos –ley 26.529– como a los legales –consecuencias filiales–;[373] y (iii) libre, lo que significa sin vicios en la voluntad.[374]

Estos artículos se relacionan con lo previsto por la ley 26.529 (de derechos de los pacientes), su decreto reglamentario 1089/2012 y también por la ley 26.862 (reproducción médicamente asistida).[375]

El artículo 2 de la ley 26.529, al enumerar los derechos del paciente, estipula en el inciso e) el principio de la autonomía de la voluntad. Esto es, la facultad que tiene no solo de aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos o biológicos, sino también la de "revocar posteriormente su manifestación de la voluntad",[376] lo que resulta congruente con el principio de dignidad que la sustenta.

De forma más específica, está contenido en el capítulo III de la ley 26.529. El artículo 5 lo define en estos términos:

> Entiéndese por consentimiento informado, la declaración de voluntad suficiente efectuada por el paciente, o por sus representantes legales en su caso, emitida luego de recibir, por parte del profesional interviniente, información clara, precisa y adecuada con respecto a:
>
> a) Su estado de salud;
>
> b) El procedimiento propuesto, con especificación de los objetivos perseguidos;
>
> c) Los beneficios esperados del procedimiento;
>
> d) Los riesgos, molestias y efectos adversos previsibles;
>
> e) La especificación de los procedimientos alternativos y sus riesgos, beneficios y perjuicios en relación con el procedimiento propuesto;
>
> f) Las consecuencias previsibles de la no realización del procedimiento propuesto o de los alternativos especificados.

En los artículos siguientes, la ley regula la obligatoriedad (que recae sobre todas las esferas de actuación profesional, esto es, públicas o privadas), e impone contar con

---

[373] Herrera y Lamm, 2014, p. 466.

[374] Según la Corte IDH, "libre" significa "[…] sin amenazas ni coerción, inducción o alicientes impropios, manifestada con posterioridad a la obtención de información adecuada, completa, fidedigna, comprensible y accesible, siempre que esta información haya sido realmente comprendida, lo que permitirá el consentimiento pleno del individuo." (Corte IDH, causa I.V. Vs. Bolivia, 2016, párr. 166). Sobre el particular se amplía en el sub punto siguiente.

[375] Ley 26529 (B.O. 20 nov. 2009) y su Decreto Reglamentario 1089/2012 (05 jul. 2012); Ley 26862 (B.O. 26 jun. 2013).

[376] El artículo 2 de la ley 26529 enumera y explica en otros incisos, además, los siguientes derechos de los pacientes: asistencia (inc. a), trato digno y respetuoso (inc. b), intimidad (inc. c), confidencialidad (inc. d), información sanitaria (inc. f) e interconsulta médica (inc. g).

dicho consentimiento informado en forma previa (artículo 6). A continuación, establece que el consentimiento previo e informado debe ser escrito y estar firmado en los siguientes supuestos: "a) Internación; b) Intervención quirúrgica; c) Procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasivos; d) Procedimientos que implican riesgos según lo determine la reglamentación de la presente ley…" La misma exigencia le cabe a la "Revocación".

Por último, para el caso de que nuestro ordenamiento decidiera incorporar la figura de la GS, por ejemplo, tal como estaba proyectada en el artículo 562 del anteproyecto originario o en los proyectos de ley ya aludidos, es razonable sostener que los actuales artículos 560 y 561 del CCyC antes transcriptos serían plenamente aplicables.

Lo dicho concuerda con los lineamientos generales sentados por la Corte IDH en materia de consentimiento informado, sobre los cuales profundizaré a continuación.

b) El consentimiento informado, previo y libre, en la Corte IDH

La Corte IDH fija con precisión el alcance del consentimiento informado en un fallo del año 2016.[377] Parte de la posición concreta de exigirle a los Estados, sin que sea necesario discriminar entre los distintos derechos que cruzan en forma transversal el derecho a la salud, que deben arbitrar los medios necesarios para cumplir con la que denomina "obligación de transparencia activa". La autonomía personal y los derechos de salud sexual y reproductiva están a la base de la exigencia, en tanto se apoyan en la dignidad de la persona. Tal obligación de transparencia activa le trae aparejado a su personal de salud, el deber "de suministrar información que contribuya a que las personas estén en condiciones de tomar decisiones libres y responsables respecto de su propio cuerpo y salud sexual y reproductiva, los cuales se relacionan con aspectos íntimos de su personalidad y de la vida privada y familiar."[378]

En este sentido sostiene que el consentimiento informado del paciente es una condición *sine qua non* para la práctica médica, cuyo fundamento radica en el principio de autonomía.[379]

Desde la perspectiva de la ética médica, resulta de sumo interés remarcar la relación que la Corte IDH establece entre las propias convicciones de los médicos con

[377] Corte IDH, causa I.V. Vs. Bolivia, 2016.
[378] Corte IDH, causa I.V. Vs. Bolivia, 2016, párr. 158.
[379] Corte IDH, causa I.V. Vs. Bolivia, 2016, párr. 159. "[…] el consentimiento informado asegura el efecto útil de la norma que reconoce la autonomía como elemento indisoluble de la dignidad de la persona."

las del paciente, concluyendo que las de aquellos no deben interferir en la autonomía de éste.[380] El fallo realza la importancia del cambio de paradigma que implica reconocer que el consentimiento informado es una expresión de la autonomía de las personas.

En este sentido, el paciente participa en la toma de decisiones de manera libre, luego de recibir la información por parte del médico. Ello no significa que el médico deja de ser el experto profesional en la materia, pero, al informarle al paciente, será éste quien decida, en apego a los principios de autonomía y dignidad. La Corte IDH considera que, desde esta perspectiva, el paciente se encuentra "empoderado y colabora con el médico como el actor principal en cuanto a las decisiones a tomar respecto a su cuerpo y salud y no es más el sujeto pasivo en dicha relación."[381]

Y ese empoderamiento no solo importa un límite para la actuación médica, sino también para el Estado y los terceros (comunidad médica), quienes deben abstenerse de injerencias arbitrarias. A su vez, la regla del consentimiento informado implica el ejercicio pleno del derecho a la información que, en materia de salud en general y en salud sexual y reproductiva, en particular, adquiere una relevancia concreta y tangible.

Finalmente, para la Corte IDH, los elementos que conforman el consentimiento informado en los aspectos médicos en general, esto es, entendido en sentido amplio, comprenderá todos los actos médicos realizados para: "[…] prevención, diagnosis, tratamiento, rehabilitación e intervenciones quirúrgicas; las investigaciones científicas, y la participación de los pacientes como elementos de estudio en el marco de ejercicios médicos de aprendizaje con estudiantes." [382]

---

[380] "En este marco, cobra relevancia la especial relación entre el médico y el paciente. La Corte nota que esta relación está caracterizada por la asimetría en el ejercicio del poder que el médico asume en razón de su conocimiento profesional especializado y del control de la información que conserva. Esta relación de poder se encuentra gobernada por ciertos principios de la ética médica, principalmente los principios de autonomía del paciente, beneficencia, no maleficencia y justicia. Siendo el médico una persona que actúa también bajo sus propias convicciones y preferencias es plausible que algunas de sus actuaciones puedan entrar en contradicción con los planes de vida de los pacientes. Sobre el particular, la Corte nota que la Asociación Médica Mundial en su Declaración de Lisboa sobre los derechos del paciente en 1981, que es la primera que regula de manera más general la relación médico-paciente y en concreto, los derechos de este último, inicia señalando que "[a]unque el médico siempre debe actuar de acuerdo a su conciencia y en el mejor interés del paciente, se deben hacer los mismos esfuerzos a fin de garantizar la autonomía y justicia con el paciente […]". Es por ello que el principio de autonomía adquiere vital importancia en el ámbito de la salud, como una regla que instaura un balance adecuado entre la actuación médica benéfica y el poder decisorio que retiene el paciente como sujeto moral autónomo, a fin de no incurrir en acciones de corte paternalista en las que el paciente sea instrumentalizado para evitarle un daño en su salud." (Corte IDH, causa I.V. Vs. Bolivia, 2016, párr. 160).

[381] Corte IDH, causa I.V. Vs. Bolivia, 2016, párr. 161.

[382] Corte IDH, causa I.V. Vs. Bolivia, 2016, párr. 170, nota 200).

Lo expuesto refuerza los principios de la filosofía moral que sustentan el consentimiento informado (autonomía y dignidad), con incidencia directa en el ejercicio del derecho a la salud sexual y reproductiva y, por ende, en el AGS.

c) Reglas de interpretación: *corpus iuris*

En virtud de que el sistema interamericano no cuenta con una norma convencional en materia de bioética y derechos humanos para la región, con sustento en el artículo 29 de la CADH, la Corte IDH asume que el contenido y alcance del consentimiento informado es el otorgado por el *corpus iuris* internacional.[383]

> […] a efectos de interpretar el alcance y contenido de dicha regla en el marco de la Convención Americana y determinar los alcances de las obligaciones estatales en relación con los hechos del presente caso, el Tribunal recurrirá, de conformidad con las reglas generales de interpretación establecidas en el artículo 29 de la Convención Americana, así como en la Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados, al *corpus juris* internacional en la materia, como lo ha hecho en oportunidades anteriores. En materia de consentimiento, el *corpus juris* se sustenta en declaraciones internacionales, guías, opiniones de comités médicos expertos, directrices, criterios y otros pronunciamientos autorizados de órganos especializados en la temática como lo son la Organización Mundial de la Salud (en adelante "OMS"), la Federación Internacional de Ginecología y Obstetricia (en adelante "FIGO"), la Asociación Médica Mundial (en adelante también "AMM"), la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (en adelante "UNESCO"), los órganos de los tratados de las Naciones Unidas, el Consejo de Europa, el Tribunal Europeo de derechos Humanos, entre otros. Estos organismos han erigido normas jurídicas comunes que construyen una protección general alrededor del carácter previo, libre, pleno e informado del consentimiento.[384]

Al respecto, debe tenerse presente que el primer apartado del artículo 6 de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO, de 2005,

---

[383] La Corte IDH, en la causa I.V. Vs. Bolivia de 2016, párr. 168, nota 196, expresa: "La Corte nota que el sistema europeo y en el marco del Consejo de Europa, existen diversos documentos en los cuales se regula expresamente el consentimiento previo, libre, pleno e informado del paciente para la realización de cualquier acto médico. Cfr. Artículos 1 a 3 de la Declaración para la Promoción de los Derechos de los Pacientes en Europa, adoptada por la Oficina Regional de la OMS en Europa, en 1994; artículos 5 y 6 del Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina: Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina (en adelante "Convenio de Oviedo"), adoptado por el Consejo de Europa el 4 de abril de 1997, cuya entrada en vigor se dio el 1 de diciembre de 1999; su Informe Explicativo, y artículo 3 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, adoptada en 2000 y modificada en 2007."

[384] La Corte IDH, causa I.V. Vs. Bolivia, 2016, párr. 168.

dispone que toda intervención médica, sea preventiva, diagnóstica o terapéutica, solo podrá llevarse a cabo previo consentimiento libre e informado de la persona interesada "basado en la información adecuada", pudiendo ser revocado en todo momento.

(i) Carácter previo del consentimiento

Al igual de lo que sucede en el derecho interno argentino, para la Corte IDH el consentimiento siempre debe ser previo. De manera que no es legítimo recurrir a la vía de convalidación del acto médico, una vez que éste ya fue realizado.

En sustento de su decisión cita la Declaración de Helsinki relativa a la investigación médica de 1964[385] y la Declaración de Lisboa sobre los derechos del paciente de 1981,[386] ambas adoptadas por la Asociación Médica Mundial.

También se apoya en la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO de 2005.[387] Los instrumentos internacionales señalados "destacan que ninguna persona podrá ser sometida a un estudio, a cualquier examen, diagnóstico o terapia sin que haya aceptado someterse a la misma."[388] Esto ha sido ratificado, asimismo, por la FIGO,[389] la OMS[390] y el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer en su Recomendación General N°24.[391]

Las excepciones están dadas en aquellos casos en los que la persona no pueda otorgar el consentimiento informado en forma previa, que sea necesario un tratamiento

---

[385] Cfr. Declaración de Helsinki. Principios éticos para las investigaciones médicas en seres humanos, adoptada por la Asociación Médica Mundial en 1964, revisada en 2013, principios 25 a 32.
[386] Cfr. Declaración de Lisboa sobre los derechos del paciente, adoptada por la Asociación Médica Mundial en 1981, revisada en 2005 y reafirmada en 2015, principios 3, 7 y 10.
[387] Cfr. Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos, adoptada por la Conferencia General de la UNESCO el 19 de octubre de 2005, artículo 6. La UNESCO también ha regulado el principio del consentimiento previo, libre e informado en otras declaraciones, tal como la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos, adoptada el 11 de noviembre de 1997, cuyos artículos 5 y 9 mencionan el requisito del "consentimiento previo, libre e informado".
[388] Corte IDH, causa I.V. Vs. Bolivia, 2016, párr. 176.
[389] Cfr. FIGO, Recomendaciones sobre temas de ética en obstetricia y ginecología hechas por el Comité para el estudio de los aspectos éticos de la reproducción humana y salud de la mujer de la FIGO de noviembre 2003, octubre 2012 y octubre 2015, las que recogen las Directrices relativas a un consentimiento bien informado adoptadas en 1995 y reafirmadas y complementadas en 2007, págs. 166 a 167 (2003), págs. 316 a 318 (2012) y págs. 399 a 401 (2015), así como las Consideraciones éticas sobre la esterilización de 1989, 1990, 2000 y 2011, págs. 55 a 57 y 213 a 218 (2003), págs. 436 a 440 (2012) y págs. 537 a 541 (2015).
[390] Cfr. OMS, Esterilización femenina: guía para la prestación de servicios, 1993 (expediente de prueba, tomo XIII, anexo 3 a los alegatos finales del Estado, folios 5517 a 5518). En este documento se señala que la mujer debe tener suficiente tiempo para madurar su decisión sobre la esterilización antes de la intervención quirúrgica. Dicho período puede variar de acuerdo a las circunstancias de cada mujer.
[391] Cfr. ONU, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación General No. 24, La mujer y la salud, 1999, párrs. 20 a 22 (expediente de prueba, tomo VIII, anexo 39 al escrito de solicitudes, argumentos y pruebas, folio 2711).

médico o quirúrgico de urgencia o de emergencia, o ante un grave riesgo contra la vida o la salud del propio paciente.

Una excepción de similar contenido se aprecia en la legislación argentina,[392] en el ámbito europeo,[393] y en el global (Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental[394]).

La Corte IDH "considera que la urgencia o emergencia se refiere a la inminencia de un riesgo y, por ende, a una situación en que la intervención es necesaria ya que no puede ser pospuesta, excluyendo aquellos casos en los que se puede esperar para obtener el consentimiento."[395]

(ii) Carácter libre del consentimiento

En el criterio sentado por la Corte IDH "[…] el consentimiento debe ser brindado de manera libre, voluntaria, autónoma, sin presiones de ningún tipo, sin utilizarlo como condición para el sometimiento a otros procedimientos o beneficios, sin coerciones, amenazas, o desinformación."[396] Esta característica, conforme informa el tribunal regional, ha sido recogida en numerosos instrumentos internacionales y sendos precedentes.[397]

---

[392] En Argentina, artículo 9 de la ley 26.529.

[393] Cfr. Declaración para la Promoción de los Derechos de los Pacientes en Europa, adoptada por la Oficina Regional de la OMS en Europa en 1994, artículo 3; Convenio de Oviedo, artículo 8; e Informe Explicativo del artículo 8 del Convenio de Oviedo, párrs. 56 a 59.

[394] Cfr. ONU, Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, Anand Grover, A/64/272, 10 de agosto de 2009, párr. 12.

[395] Corte IDH, causa I.V. Vs. Bolivia, 2016, párr. 177.

[396] Corte IDH, causa I.V. Vs. Bolivia, 2016, párr. 181.

[397] Corte IDH, causa I.V. Vs. Bolivia, 2016, párr. 181, cita 220: "Cfr. Declaración de Helsinki, principios 25 a 32; Declaración de Lisboa sobre los derechos del paciente, principios 3, 7 y 10; ONU, Principios para la protección de los enfermos mentales y para el mejoramiento de la atención de la salud mental, A/RES/46/119, 17 de diciembre de 1991, principio 11.2; OMS, Esterilización femenina: guía para la prestación de servicios, 1993 (expediente de prueba, tomo XIII, anexo 3 a los alegatos finales del Estado, folios 5496 a 5499; 5510 a 5520 y 5530 a 5531); FIGO, Recomendaciones sobre temas de ética en obstetricia y ginecología hechas por el Comité para el estudio de los aspectos éticos de la reproducción humana y salud de la mujer de la FIGO de noviembre 2003, octubre 2012 y octubre 2015, las que recogen las Directrices relativas a un consentimiento bien informado adoptadas en 1995 y reafirmadas y complementadas en 2007, págs. 166 a 167 (2003), págs. 316 a 318 (2012) y págs. 399 a 401 (2015), así como las Consideraciones éticas sobre la esterilización de 1989, 1990, 2000 y 2011, págs. 55 a 57 y 213 a 218 (2003), págs. 436 a 440 (2012) y págs. 537 a 541 (2015); ONU, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación General No. 24, La mujer y la salud, 1999, párr. 22 (expediente de prueba, tomo VIII, anexo 39 al escrito de solicitudes, argumentos y pruebas, folio 2711); Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos, artículo 6; ONU, Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, Anand Grover, A/64/272, 10 de agosto de 2009, párrs. 13 y 14; AMM, Declaración de la Asociación Médica Mundial sobre la Esterilización Forzada, adoptada por la 63 Asamblea General, Bangkok, Tailandia, octubre de 2012, la cual resalta que el consentimiento en esterilizaciones debe estar libre de cualquier incentivo material o social que pueda alterar la libertad de elección (expediente de prueba, tomo VIII, anexo 31 al escrito de solicitudes, argumentos y pruebas, folios 2613 a 2614); Declaración Interinstitucional de las Naciones Unidas para eliminar la esterilización forzada, bajo

El consentimiento informado, previo y libre, además, debe ser otorgado en forma personal.[398]

De manera que no puede ser considerado "libre" un consentimiento otorgado por una mujer –por ejemplo, para el caso de una esterilización– si lo hace en situación de estrés o vulnerabilidad como cuando se encuentra en trabajo de parto o en la cesárea.[399] En este mismo sentido, el TEDH concluyó que el consentimiento solicitado a una mujer durante el trabajo de parto o poco antes de someterse a una cesárea, no le permite optar por una decisión fundada en "libre albedrío".[400] En materia de GS, es de utilidad la perspectiva latinoamericana que se releva en el Capítulo IV (estándares relevantes de interpretación).

El Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina (Convenio de Oviedo) se refiere a un consentimiento "libre e inequívoco".[401]

En esta misma línea de razonamiento, siempre vinculado al consentimiento informado y libre, la Corte IDH pone en valor algunos estereotipos de género incompatibles con la autonomía de las mujeres.

> […] La Corte visibiliza algunos estereotipos de género frecuentemente aplicados a mujeres en el sector salud, que generan efectos graves sobre la autonomía de las mujeres y su poder decisorio: i) las mujeres son identificadas como seres vulnerables e incapaces de tomar decisiones confiables o consistentes, lo que conlleva a que profesionales de la salud nieguen la información necesaria para que las mujeres puedan dar su consentimiento informado; ii) las mujeres son consideradas como seres impulsivos y volubles, por lo que requieren de la dirección de una persona más estable y con mejor criterio, usualmente un hombre protector, y iii) las mujeres deben ser quienes deben llevar la responsabilidad de

---

coacción e involuntaria, adoptada por la OACNUDH, UN Women, UNAIDS, UNDP, UNFPA, UNICEF y OMS, 2014 (expediente de prueba, tomo VIII, anexo 25 al escrito de solicitudes, argumentos y pruebas, folios 2452 a 2454 y 2457).

[398] Así lo establecen, entre otras, las Declaraciones de Helsinki y Lisboa, como así también la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO. Esta última, en su artículo 6.1 estipula: "Artículo 6 – Consentimiento 1. Toda intervención médica preventiva, diagnóstica y terapéutica sólo habrá de llevarse a cabo previo consentimiento libre e informado de la persona interesada, basado en la información adecuada. Cuando proceda, el consentimiento debería ser expreso y la persona interesada podrá revocarlo en todo momento y por cualquier motivo, sin que esto entrañe para ella desventaja o perjuicio alguno." (el resaltado es propio).

[399] Corte IDH, causa I.V. Vs. Bolivia, 2016, párr. 183.

[400] TEDH, Caso V.C. Vs. Eslovaquia, 2011, párrs. 111 a 112. El mismo razonamiento fue adoptado en el Caso N.B. Vs. Eslovaquia, 2012, párr. 77; Caso I.G., M.K. y R.H. Vs. Eslovaquia, 2012, párr. 122 (expediente de prueba, folios 2474 a 2577).

[401] Convenio Oviedo, 1997, art. 5.

> la salud sexual de la pareja, de modo tal que es la mujer quien dentro de una relación tiene la tarea de elegir y usar un método anticonceptivo […][402]

Por último, la Corte IDH recepta el criterio que expresa que, en tanto el consentimiento deriva del concepto de autonomía y libertad, éste podrá ser revocado por cualquier motivo, "sin que ello entrañe desventaja o perjuicio alguno, incluso sólo de manera verbal, ya que no es definitivo."[403]

(iii) Carácter pleno e informado del consentimiento

Además de previo, libre y personal, el consentimiento debe ser pleno e informado. Ello significa que la información que se brinda debe ser adecuada, completa, fidedigna y comprensible. Y la persona la debe poder entender en forma cabal. Para la Corte IDH los prestadores de salud deben informar, al menos, del siguiente contenido:

–la evaluación de diagnóstico;

–el objetivo, método, duración probable, como así también los beneficios y riesgos esperados del tratamiento propuesto;

–cuáles son los posibles efectos desfavorables del tratamiento propuesto;

–cuáles son las alternativas de tratamiento, incluyendo aquellas menos intrusivas, y el posible dolor o malestar;

–cuáles son los riesgos, beneficios y efectos secundarios del tratamiento alternativo propuesto;

–las consecuencias de los tratamientos, y

–lo que se estima o se espera que ocurrirá antes, durante y después del tratamiento.[404]

A los fines del entendimiento cabal de la información que se brinde, el personal de salud deberá tener en cuenta las condiciones particulares y las necesidades de la persona, tales como su cultura, religión, estilos de vida y su nivel de educación. La Declaración de Lisboa señala que la información debe ser entregada "de manera apropiada a la cultura local y de tal forma que el paciente pudiera entenderla".[405]

---

[402] Corte IDH, causa I.V. Vs. Bolivia, 2016, párr. 187.
[403] Corte IDH, causa I.V. Vs. Bolivia, 2016, párr. 184.
[404] Corte IDH, causa I.V. Vs. Bolivia, 2016, párr. 189.
[405] Declaración de Lisboa, 1981, principio 7, apartado d.
El texto íntegro del principio 7 expresa: "Derecho a la información.
a. El paciente tiene derecho a recibir información sobre su persona registrada en su historial médico y a estar totalmente informado sobre su salud, inclusive los aspectos médicos de su condición. Sin embargo, la información confidencial contenida en el historial del paciente sobre una tercera persona no debe ser entregada a éste sin el consentimiento de dicha persona.

De modo que la información a brindar por el médico no será sólo la que éste estime como razonable y necesaria compartir, sino que también debería tener en miras las particularidades de su paciente.

> Es decir que la información brindada deberá tener un elemento objetivo y subjetivo. Tomar en cuenta las particularidades de la persona es especialmente importante cuando los pacientes pertenecen a grupos en situación de vulnerabilidad o con necesidades específicas de protección debido a fuentes de exclusión, marginalización o discriminación, relevantes para el entendimiento de la información. A su vez, la Corte considera que, para que la información sea cabalmente comprendida y se tome una decisión con conocimiento de causa, se debe garantizar un plazo razonable de reflexión, el cual podrá variar de acuerdo con las condiciones de cada caso y a las circunstancias de cada persona.[406]

En suma, la perspectiva que ofrece la Corte IDH respecto del consentimiento libre, previo e informado, bien se puede estructurar y complementar, en caso de regulación de la GS, con lo dispuesto por los artículos 560 y 561 del CCyC, y sus normas concordantes ya señaladas (en el punto a), y los modelos expuestos en la Resolución 616-E/2017 del Ministerio de Salud.

5. UN CASO DIFICIL CREADO POR UNA DECISION DE POLITICA LEGISLATIVA

De lo visto hasta el momento se puede extraer una conclusión genérica y provisoria: a pesar de que la legislación positiva argentina no regula la GS, una mirada sistémica del ordenamiento jurídico indica que es posible hacerlo (además de recomendable).

En efecto, la regulación minuciosa respecto de la voluntad procreacional, y su expresión mediante el otorgamiento del consentimiento informado, previo, libre y voluntario, se pueden articular con coherencia interna en el caso de que el legislador dictase una norma positiva receptando la GS. Lo mismo sucede con el *corpus iuris* internacional. Si la eventual norma positiva que se dicte recoge los estándares

---

b. Excepcionalmente, se puede retener información frente al paciente cuando haya una buena razón para creer que dicha información representaría un serio peligro para su vida o su salud.
c. La información se debe entregar de manera apropiada a la cultura local y de tal forma que el paciente pueda entenderla.
d. El paciente tiene el derecho a no ser informado por su solicitud expresa, a menos que lo exija la protección de la vida de otra persona.
e. El paciente tiene el derecho de elegir quién, si alguno, debe ser informado en su lugar."

[406] Corte IDH, causa I.V. Vs. Bolivia, 2016, párr. 192.

interpretativos fijados por la Corte IDH, sustentados en los principios de dignidad humana y autonomía personal, el ordenamiento estaría en línea con ese discurso humanista.

Es importante recalcar que no debe estar ajena a cualquier eventual modificación legislativa la visión de género. De manera que el derecho a la información (que surge del ordenamiento jurídico) y la perspectiva de género (que se deriva de las pautas interpretativas de la Corte regional) aparece como un doble estándar exigible a cualquier consagración positiva de la figura.

Lo dicho me permite cuestionar las razones dadas por la Comisión Bicameral,[407] en ocasión de la supresión de la figura proyectada. *Prima facie*, ninguna de ellas resulta consistente. En efecto:

(i) el argumento que expresa que intervienen tres personas y no dos, una de las cuales no tendrá vinculo filial alguno con el niño o niña "por nacer", se contradice con otras prácticas admitidas expresamente por la legislación, en las que sucede lo mismo: por ejemplo, aquellas que involucran la donación de material genético;

(ii) aquel otro vinculado a la necesidad de un proceso judicial previo, lejos de ser un inconveniente debe interpretarse como una garantía, no solo para el niño o niña que nace en lo atinente a sus derechos de identidad o a la vida familiar, sino también en beneficio de los padres de intención y de la gestante. En tal caso, además de la firma y expresión del consentimiento informado, previo y libre, los participantes del AGS contarían con las garantías de un control previo por parte de la autoridad jurisdiccional. No debe perderse de vista, en el marco de discrecionalidad que poseen los jueces para resolver los casos conforme a derecho, que éstos podrían disponer medidas de contralor de los derechos fundamentales por fuera de los protocolos o estándares vigentes. Ello sería lo esperable de un proceso judicial que verse sobre la aprobación *ex ante* de un AGS, pues, como se sostiene, poco aportan a la argumentación racional y al consenso dialógico aquellas decisiones que solo se limitan a convalidar las practicas ya realizadas (decisiones judiciales *ex post*);

(iii) decir que las TRHA encierran "dilemas éticos y jurídicos" no es un descubrimiento de la Comisión Bicameral, Pero ello, en sí mismo, no justifica el silencio normativo; más bien lo contrario. Y el ámbito de la discusión parlamentaria

[407] Para abundar sobre estos argumentos, el dictamen completo de la Comisión bicameral está disponible en: http://www.cabb.org.ar/noticias/proye.pdf Ultima consulta: 30 junio 2018.

era, precisamente, donde debió darse el "debate más profundo de carácter interdisciplinario";

(iv) la exclusión de la figura proyectada provocó un aumento de la incertidumbre que se proponía evitar, es decir, produjo el efecto contrario.

Lo concreto es que la realidad avanza y presiona sobre ambas situaciones jurídicas, la prohibitiva del reto ficcional en la novela de Mazzuco, y la omisiva del ordenamiento nacional argentino. E interpela al derecho respecto a la necesidad de brindar alguna solución para aquellas personas que, en su ideal de vida, eligen ser padres o madres a través de esta práctica.

a) La omisión como decisión política errónea y la perspectiva de la gestante

No obstante que la conclusión genérica y provisoria aludida al comenzar este capítulo puede ser considerada definitiva cuando se la analiza desde los puntos de vista del niño o niña y de los padres de intención, como ya anticipé, el estudio presenta una complejidad mayor cuando se lo enfoca desde la perspectiva de la gestante.

La razón principal de esta diferenciación se encuentra en el riesgo que sea una persona integrante de un grupo estructuralmente desventajado y, por lo tanto, expuesta a vulnerabilidades de diferentes tipos (económicas, sociales, culturales, de género, entre otras). De ello deriva una posible afectación de su autonomía, al manifestar la decisión de gestar para otros. Esta situación fue tenida en cuenta por quienes proyectaron el Código Civil y Comercial, expresándolo así en los fundamentos. Ese documento aclara que, ante las alternativas posibles (abstención, prohibición o regulación legal), el proyecto opta por la regulación de la GS entre otras razones, para establecer los requisitos que contribuyan a dotar de seguridad y certeza a la mujer que presta su cuerpo.[408] Se trata de recaudos que, además, estaban garantizados por el control judicial previo de un proceso regido por reglas propias.

La solución proyectada, claramente se encontraba en la línea protectoria de las recomendaciones internacionales, expresadas en las "Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad", del año 2008.[409] En mi

[408] Fundamentos del proyecto de CCyC, 2012, p. 570-571.

[409] Aprobadas por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, en Brasilia, los días 4 a 6 de marzo de 2008. Allí se estipuló que: "(3) Se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico." Agregando a continuación que: "(4) Podrán constituir causas de vulnerabilidad, entre otras, las siguientes: la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de libertad. La concreta determinación de las personas en condición

opinión, este es el foco del problema en la actualidad, en sí mismo complejo, que se potencia con la decisión de política legislativa excluyente.

De ahí que hoy cualquier toma de posición requiera de un esfuerzo argumentativo adicional y más específico por parte del operador jurídico, incluido, por supuesto, el legislador contemporáneo. Sería esperable que este último se decida pronto por la regulación de la GS, pues no parece aceptable que la legislación argentina siga guardando silencio ante una realidad que la desborda.

Sobre este particular, no puede negarse que, para la protección efectiva de los derechos humanos, una regulación legal expresa siempre es preferible a la omisión. No solo para evitar las consecuencias desventajosas que provoca tal omisión, sino también por un imperativo ético-político. En el marco de un Estado de derecho constitucional, pluralista y democrático, debe censurarse cualquier actitud obstruccionista o negatoria de la realidad por parte del poder político.

Ante este estado de cosas, pienso que en el caso concreto de la gestante en la GS, la norma positiva debe asegurar los requisitos necesarios para un control judicial *ex ante* eficaz, que contenga un método que garantice la concordancia entre las manifestaciones internas y externas de su voluntad. Por eso, persigo precisar un contenido concreto y específico de la dignidad humana de la gestante, lo que estimo estructural a esa exigencia.

En este contexto: ¿qué decisión debería tomar el juez cuando los padres de intención y la gestante le solicitan la autorización de un AGS cuya práctica todavía no ha concretado? ¿Qué aspectos del acuerdo debe valorar? ¿Es suficiente fundar su decisión en el principio de legalidad?

Por ahora solo dejo planteados los interrogantes, pues las respuestas están supeditadas, en definitiva, a las conclusiones generales que se deriven del proceso argumentativo de la tesis.

b) Un caso difícil de derecho de las familias

La omisión legislativa de la GS nos introduce en un caso difícil (en palabras de Dworkin). Y al nuevo interrogante que éste trae consigo: ¿es posible pensar en una única respuesta correcta para los interrogantes planteados? O quizá sea preferible

---

de vulnerabilidad en cada país dependerá de sus características específicas, o incluso de su nivel de desarrollo social y económico.

comenzar con una pregunta dworkiniana: "¿Puede ser que no haya una respuesta correcta para los casos difíciles?"[410]

En este estado parece oportuno recordar que se está ante un *caso difícil* cuando "la cuestión en litigio no está determinada por los estándares jurídicos existentes; por eso, estos últimos requieren, a diferencia de los primeros [casos fáciles], una labor interpretativa."[411] En rigor, a lo que se refiere es a una labor interpretativa más compleja, ya que aun cuando existen reglas claras, el aplicador siempre realiza algún tipo de interpretación (por ejemplo, la de los hechos a subsumir en la norma). Ello explica que Atienza amplíe el concepto desde el punto de vista de la justificación:

> Por lo que se refiere, en particular, a la teoría de la argumentación jurídica, la importancia de la distinción –suele decirse– radica en que la justificación de las decisiones a tomar en unos u otros casos fáciles (y supuesto que el juez tiene el deber de aplicar las reglas del derecho válido y puede identificar cuáles son esas reglas válidas a través de la aceptación de criterios de reconocimiento compartidos), la justificación consistiría en efectuar una mera deducción, el consabido silogismo judicial, cuya conclusión –en esto conviene insistir– no es una decisión (por ejemplo, "condeno a X a la pena P"), sino una norma ("debo condenar a X a la pena P). Por el contrario, en los casos difíciles –cuando existen dudas concernientes a la premisa normativa, a la premisa fáctica o a ambas– la justificación de la decisión no puede contenerse únicamente en un razonamiento deductivo. A los criterios de la lógica –la lógica en sentido estricto o lógica deductiva– debe añadirse los de la llamada "razón práctica" que se contienen en principios como el de universalidad, coherencia, consenso, etc.[412]

Para Navarro existen múltiples sentidos que permiten calificar a un caso como difícil. Además de la ausencia de regulación, lo determina la presencia de formulaciones ambiguas o conceptos indeterminados, vagos o de textura abierta. Asimismo, ante la ausencia de consenso de los doctrinarios o cuando un caso solo es decible sobre la base de principios (en general contrapuestos), o de juicios morales.[413]

---

[410] Dworkin, 2017, p. 159. Con esta pregunta, en *Una cuestión de principios,* Dworkin comienza el desarrollo de la parte II del libro, bajo el título: "El derecho como interpretación".
[411] Atienza, 1997, p. 9.
[412] Atienza, 1997, p. 9.
[413] En palabras del autor: "Por ejemplo, un caso C es considerado difícil si:
a) No hay una respuesta correcta a C.
b) Las formulaciones normativas son ambiguas y/o los conceptos que expresa son vagos, poseen textura abierta, etc.
c) El derecho es incompleto o inconsistente.
d) No hay consenso acerca de la resolución de C en la comunidad de juristas.
e) C no es un caso rutinario o de aplicación mecánica de la ley.

Debido a que la caracterización de un caso difícil no es unívoca, cada uno de los sentidos puede darse solo o relacionado con otro u otros. Por ejemplo, podría sostenerse que un caso es difícil si una formulación normativa es ambigua y, por esa razón, exige o permite una solución basada en principios.

De lo dicho hasta aquí se infiere que, en el sistema constitucional-convencional argentino, cada caso que importe la práctica (GS) y la consecuente determinación de la filiación que de ella resulte será de difícil resolución.

c) En la búsqueda de la "respuesta correcta"

El problema sobre la posibilidad de brindar una respuesta correcta (o de si existe siempre una única respuesta correcta para cada caso difícil) atañe a la filosofía del derecho. Como sucede en cada situación dilemática, la solución dependerá de la toma de posición del intérprete.

Aarnio señala que no se trata de un problema que involucra solo a la decisión judicial, sino también a la dogmática jurídica. Es cierto que el juez debe dar una sola respuesta a un caso difícil determinado, pero la comunidad jurídica del mismo modo espera que los dogmáticos recomienden una respuesta apropiada.[414]

En una línea de pensamiento que comparto, Atienza ensaya nueve posibilidades. Las primeras cinco se refieren a posiciones teóricas que admiten la existencia de una única respuesta correcta. Ésta se encontraría: (i) en los principios del derecho natural; (ii) en el derecho positivo y en las reglas del método jurídico; (iii) en la opinión de la comunidad (de los juristas o de los que gozan de más autoridad) cuando del derecho positivo o el método jurídico fueran insuficientes; (iv) en la mejor interpretación posible de los fines y valores que definen la práctica; y (v) en una base de una idea regulativa en sentido kantiano. Otras cuatro posturas serían negativas; sostienen que una única respuesta correcta: (vi) no es posible porque es una ficción, aunque pueda ser de utilidad; (vii) no es posible de acuerdo con el derecho, aunque sería posible guiar las decisiones por otro tipo de criterios (morales, económicos, etc.); (viii) casi nunca es posible, los juristas (los jueces) deciden en forma subjetiva e impredecible; y (ix)

---

f) C no es un caso fácil y es decidible solamente sopesando disposiciones jurídicas en conflicto, mediante argumentos no deductivos.
g) Requiere para su solución de un razonamiento basado en principios.
h) La solución de C involucra necesariamente a juicios morales." (Navarro, 1993, p. 252-253).

[414] Aarnio, 1990.

no es posible porque la noción (una única respuesta correcta) es una simple ideología, cuya función es enmascarar el poder político de los jueces.

La conclusión a la que arriba es la siguiente:

> En los derechos del Estado constitucional, casi siempre hay una única respuesta correcta. No la hay siempre, pero no porque exista más de una respuesta que pueda considerarse correcta, sino más bien porque no hay ninguna que lo sea, esto es, porque no puede excluirse la existencia de casos trágicos, en relación con los cuales no cabe tomar ninguna decisión que no suponga vulnerar algún elemento esencial de un valor fundamental; y aunque probablemente en esos casos pueda pretenderse todavía que hay una respuesta que, sin ser buena, sin ser correcta, es menos mala que las otras.[415]

Parece evidente que la prohibición legal de la figura (derecho italiano) se traduce en un caso difícil. En el caso ficcional, el conflicto se genera por los efectos que provoca la aplicación del ordenamiento interno italiano, que al cristalizar el vínculo filiatorio incompleto da la espalda a la realidad socio-afectiva, con clara afectación sobre los derechos humanos del padre de intención supérstite y de la niña.[416]

El silencio normativo (derecho argentino) también lo hace; convierte los fenómenos jurídicos que no quiere ver en casos difíciles. Y el riesgo de mantener este estado de incertidumbre legislativa, con la consiguiente ausencia de control jurisdiccional obligatorio *ex ante*, es que la omisión degenere en casos trágicos.

Ante esta perspectiva, mientras no se cuente con una norma expresa, se impone a los operadores jurídicos buscar respuestas satisfactorias (correctas) tendientes a dar solución a los conflictos ya instalados, y prevenir nuevos. La finalidad no es otra que preservar los derechos de todos los involucrados (padres de intención, gestante, y niños y niñas nacidos por esta técnica). En otras palabras, se trata de otorgar "una" respuesta correcta al caso difícil planteado.

Este razonamiento evidencia la trascendencia de la argumentación jurídica en un Estado de derecho constitucional, cuya expresión reconoce la filosofía del derecho de tipo hermenéutica-argumentativa que apoya esta investigación.[417]

---

[415] Atienza, 2009.

[416] Este supuesto es un buen ejemplo de cuando una decisión argumentativa de tipo consecuencialista podría estar justificada.

[417] "Por qué todo lo anterior se conecta con una visión argumentativa del derecho no es, en mi opinión, difícil de explicar. El derecho no es, por supuesto, únicamente argumentación, pero la dimensión argumentativa del derecho es particularmente relevante en el contexto del Estado constitucional. Ese enfoque permite conectar de una manera que me atrevo a calificar de «natural» la teoría con la práctica: permite volver operativas para los juristas muchas de las construcciones doctrinales elaboradas en el

d) Argumentos y contraargumentos

La problemática legislativa (omisión) no es la única que complejiza el análisis crítico de la GS. A aquella debe sumársele la propia ideología y los preconceptos (prejuicios) de doctrinarios, jueces, defensores, asesores, abogados y legisladores, quienes recurren a sus propias posturas dogmáticas en desmedro de una decisión razonablemente fundada, que tenga por finalidad resolver el conflicto.

En mi opinión, la divisoria de aguas obedece a la intransigencia ideológica que se traduce en un déficit argumentativo de aquellos que buscan imponer su doctrina. Algunos de los postulados de quienes rechazan la GS (y en consecuencia la posibilidad de su recepción legal) no se encuentran debidamente fundados y otros, aunque podrían estarlo en abstracto, no persuaden en su aplicación al caso concreto.

Antes de la sanción del CCyC, un sector de la doctrina nacional se oponía a la GS, en cualquiera de sus modalidades.[418] La crítica se potenció cuando se conoció el proyecto de código y éste fue enviado al Congreso Nacional.[419] De alguna manera, la voz de queja surtió efecto, pues la figura proyectada (GS altruista) fue excluida del código sancionado.

Sin perjuicio del argumento vinculado a la dignidad humana de la gestante, que será desarrollado en el Capítulo III, a continuación, se repasan en forma puntual aquellos otros argumentos más importantes de los opositores a la GS. En cada caso se ensaya una réplica que, según entiendo, los desvirtúa.

(i) Se trata de un contrato que atenta contra la moral:

Esta apreciación obliga a repasar qué se entiende por moral pública (social), en el convencimiento de que a ella se alude, pues la moral privada, como se sabe, está exenta de la autoridad de los magistrados (art. 19 CN).

---

marco de la teoría del derecho (la teoría de las fuentes, de los enunciados jurídicos, de la validez, de la interpretación). Conecta a la filosofía del derecho con la filosofía general (teoría general de la argumentación, filosofía moral y política) y con los saberes sociales (psicología cognitiva, teoría de la decisión, sociología jurídica). Y lleva, en definitiva, a tener que servirse del método analítico para, sobre la base de cierto objetivismo moral (sin el cual no cabría hablar propiamente de criterios de corrección ni de argumentación jurídica justificativa), facilitar la toma de decisiones encaminadas a mejorar el derecho y la sociedad. Además, hablando en términos generales, en el mundo latino carecemos de una sólida cultura argumentativa, de manera que contribuir a desarrollar ese enfoque entre los juristas puede tener un cierto efecto de irradiación hacia otras instituciones sociales, lo que sería, sin duda, de un gran valor: la capacidad argumentativa de los ciudadanos es una condición necesaria para poder calificar a una sociedad de democrática." (Atienza, 2014, p. 317).

[418] Zannoni, 1998, p. 533; Rivera, 2007, p. 414; Borda, 2008, p. 28; Méndez Costa y D' Antonio, 2009, p. 71; Sambrizzi, 2010, p. I; Belluscio, 2006.

[419] Sambrizzi, 2012.

En este sentido, debe recordarse que la moral intersubjetiva no implica otra cosa que respetar la máxima de no perjudicar a terceros. Así fue interpretado por la jurisprudencia de la Corte Federal.[420] En rigor, la distinción entre acciones que afectan al propio agente o a terceros, por un lado, y las que causan daño de las que no lo hacen, por el otro, son máximas expuestas por John Stuart Mill,[421] de innegable valor interpretativo contemporáneo.

En este sentido, un examen de la cuestión permitiría concluir que en ninguna de sus modalidades (GS altruista o lucrativa) existe afectación de terceros, ajenos al propio AGS. Este contraargumento tiene su correlato en la filosofía moral de visión liberal igualitaria que sustenta la Constitución Nacional.

Se observa, entonces, que este argumento en contra de la GS no parece diferenciar entre moral social y crítica o que, simplemente, asimila el derecho a la moral. Siendo así, tal como se ha visto,[422] se trataría de dos de las falacias habituales a las que se recurre argumentalmente en bioética.

(ii) Se trata de un contrato nulo de nulidad absoluta, tal como lo considera la mayoría de la doctrina, pues su objeto está fuera del comercio:

Desde el punto de vista de la justificación racional, recurrir a argumentos del tipo "mayoría de la doctrina" tiene un valor relativo y limitado, derivado de una indeterminación estructural: ¿mayoría de cuántos respecto de cuántos? Además, debe advertirse que, en el marco de una fundamentación racional, salvo en expresiones demagógicas, no se admite que tal supuesta ventaja cuantitativa brinde por sí misma alguna razón justificativa, menos aún desde la perspectiva del derecho de los derechos humanos. Ejemplos de otras áreas (de la filosofía política y su estudio de gobiernos autoritarios) son elocuentes en este sentido.

En rigor, lo que muestra este argumento de censura es un juicio previo de naturaleza ideológica, que se intenta justificar con la utilización de una herramienta retórica de impacto (el niño como "objeto" de un contrato). Por eso, si quien así razona es, además, un juez que debe fallar sobre un caso de GS, se corre el riesgo de convertir un caso difícil en uno trágico.[423]

---

[420] CSJN, voto del Dr. Bacqué, cons. 6°, en la causa "Sejean", 1986. Ver también en: Nino, 2017, p. 204-205.
[421] Mill, 2010, p. 195 y sig.
[422] Ver Capítulo I, punto 4, ap. c).
[423] En unos de sus trabajos, Atienza, luego de conceptualizar el caso trágico como aquel respecto del cual "no puede alcanzarse una solución que no vulnere un elemento esencial de un valor considerado como fundamental desde el punto de vista jurídico y/o moral", clasifica dos tipos de casos trágicos, o

Sea como sea, lo determinante es precisar que el objeto del AGS no es el niño, sino la gestación. Dicho de otra manera, lo que los padres de intención pretenden no es un derecho "al" niño, sino el respeto del ejercicio de "sus" derechos reproductivos, "a la" paternidad y "a la" maternidad.

(iii) Se trata de un contrato que atenta contra el orden público:

Antes que nada, corresponde decir que, en lo que respecta a la GS altruista, técnicamente no es un contrato porque carece de contenido patrimonial. Se recuerda que el artículo 957 del CCyC reserva esa categoría (contrato) solo a las "relaciones jurídicas patrimoniales".[424] Dado que la interpretación entre microsistemas del propio cuerpo (sistémica) es una pauta interpretativa que contiene el propio CCyC (artículo 2), la norma es plenamente aplicable.

Por otra parte, cualquier alegación del tipo que el cuerpo (o sus partes) están fuera del comercio y que, por lo tanto, cualquier contrato sobre él (o sus partes) violentarían el orden público, es insostenible en la actualidad. Ni filosófica ni jurídicamente. Sobre lo primero se vuelve en el Capítulo III. Sobre lo segundo, a modo de ejemplo, puede repararse en las previsiones de la ley de trasplantes de órganos 24.193 (y su modif. 26.066).

Pero, además, en relación con el orden público familiar, conviene recordar que su contenido no está sujeto a postulados inmóviles. Al amparo del paradigma de la transdisciplina, la sociología jurídica expresa lo contrario, dadas las constantes e importantes transformaciones sociales y, como se ha visto, el derecho a beneficiarse con los avances científicos.

Por lo tanto, para definir el contenido del orden público familiar, esto es, de los principios, reglas y valores que lo componen, cada caso debe analizarse ponderando los principios de autonomía, dignidad e inviolabilidad, condicionados por los de responsabilidad y solidaridad familiar. El peso entonces surgirá del resultado de una operación argumentativa, propia de la racionalidad práctica, a realizarse en cada caso

---

que el juez los vive como tal: "a) una situación en que su ordenamiento jurídico le provee al menos una solución correcta (de acuerdo con los valores de ese sistema) pero que choca con su moral; b) una situación en que el ordenamiento jurídico no le permite alcanzar ninguna solución correcta. En la primera situación, lo trágico deriva del contraste entre ordenamientos distintos; en la segunda, se trata de una contradicción interna al ordenamiento jurídico. Pero –y dado que las razones morales son las razones últimas en el razonamiento práctico de cualquier sujeto– el juez se encuentre en ambos supuestos en una situación en que le es imposible decidir sin infringir el ordenamiento jurídico." (Atienza, 1997, p. 19).

[424] Artículo 957: "Contrato es el acto jurídico mediante el cual dos o más partes manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales."

particular y conforme sea la institución de derecho de las familias que se valore en un momento determinado.

(iv) El contrato de GS implica una explotación de la mujer, física y económicamente:

Si el derecho de los derechos humanos se asienta sobre la libertad y la autonomía, y éstas sobre la dignidad humana, no parece correcto –en abstracto– partir de una premisa mayor que presuma –siempre y necesariamente, en todo tiempo y lugar– la existencia de tal explotación. En todo caso, el riesgo que ello suceda debería conducir a la solución normativa inversa, porque justifica aún más la necesidad de contar con una regulación normativa que incluya un adecuado control judicial *ex ante*. Por ejemplo, tal como estaba regulado en el anteproyecto del Código Civil y Comercial. Sobre el particular, vinculado a la GS altruista en los términos en los que estaba proyectada, cabe destacar que es aceptada por un sector importante de la filosofía feminista, lo cual, se puede presumir sin temor a equivocarse, que resulta incompatible con un postulado de explotación de la mujer.[425]

Empero, este argumento toca el nervio del asunto. En especial cuando el cono de luz gira hacia el valor adjetivo de la igualdad, en un contexto social regional de desigualdades estructurales evidentes. Por lo tanto, este problema solo se deja planteado aquí y se analizará con mayor detenimiento en los capítulos siguientes de esta investigación.

(v) La práctica afecta el interés superior del niño:

Lo primero que se puede replicar es que no se conoce evidencia empírica ni estudio de psicología prenatal que indique que el niño o niña que nace a través de esta práctica sufra algún daño específico, ni siquiera potencialmente.[426] En rigor, según Lamm, las estadísticas señalan lo contrario.[427]

Además, en la GS *ex ante* el argumento encierra en sí mismo una contradicción lógica que lo descalifica: no puede sostenerse de forma válida que exista tal afectación

[425] La corriente feminista denominada *choice feminism* defiende la GS en su modalidad altruista, cuando se trata de una elección personal (Fanlo Cortés, 2017, p. 45).
[426] Kemelmajer de Carlucci, *Et al*: 2013; Herrera y Lamm, 2014, p. 526.
[427] "[…] los estudios empíricos sobre el funcionamiento de las familias que han recurrido a la gestación por sustitución llegan a resultados aún más positivos, como son los llevados adelante por Susan Golombok, directora del *Centre for Family Research* del Departamento de Psicología de la Universidad de Cambridge, con su equipo de investigación." (Lamm, 2013, p. 224).

del interés superior de un niño que, de no haberse materializado la voluntad procreacional de los padres de intención, no habría nacido.[428]

(vi) Se trata de una práctica antinatural:

Esta formulación excluye a la razón autónoma, a partir de la cual se pretende encontrar soluciones justificadas a un problema jurídico determinado.

En esta crítica está presente una postura esencialista, del derecho natural, que aplica los criterios racionales recién a partir de los postulados revelados que son aceptados *a priori* (razón heterónoma). Esta visión, además de ser ajena al marco teórico que nos ocupa (razón práctica), se contradice con las evidencias. En efecto, nótese que nadie parece dudar de la condición humana (o natural, si se prefiere) de un niño o niña que ha nacido por aplicación de otras TRHA, diferente a la GS.

En suma, el concepto de lo que es natural y de lo que no lo es escapa al ámbito de conocimiento en el que estamos inmersos (razón práctica) y, a la vez, no explica la naturaleza humana de otros niños o niñas nacidas por otras TRHA.

(vii) Los comitentes (padres de intención) podrían adoptar:

Este argumento es contrarrestado por uno empírico y otro filosófico.

En primer lugar, desconoce que en la realidad argentina es muy difícil concretar una adopción, debido a que hay pocos niños o niñas en situación de adoptabilidad, en comparación con la cantidad de parejas inscriptas en los registros respectivos (según el Registro Provincial de adopción mendocino, la espera puede alcanzar diez años).[429]

En segundo lugar, demuestra una clara interferencia perfeccionista (al suponer que la adopción es mejor que una TRHA) en el proyecto de vida privada y familiar de las personas, que se contrapone con los principios de dignidad humana y autonomía que sustenta el sistema constitucional-convencional argentino (en el cual se incluye la jurisprudencia de la Corte IDH), que deja en claro que "La salud reproductiva implica además los derechos del hombre y de la mujer a ser informados y a tener libre elección y acceso a métodos para regular la fecundidad, que sean seguros, eficaces, de fácil acceso y aceptables".[430]

---

[428] *"Fertile people have been free to determine their own meaning of family and to live their lives accordingly. Where there is no evidence of detriment to the child, there appears to be no need for society to interfere in these arrangements. Adherence to the "best interests of the child" principle, while laudable, can be difficult to apply in practice. It would be difficult to argue that it would be in the best interests of a child not to be born at all"* (Dill, 2002, p. 259).
Este criterio fue invocado en uno de los precedentes nacionales: Expte. Nro. (reservado) caratulados S.G.G. y otros s/filiación", Tribunal Colegiado de Familia de Rosario, 27 mayo 2016.

[429] Fuente: RUA de la provincia de Mendoza (diciembre 2018)

[430] Corte IDH, causa "Artavia Murillo", párr. 149.

En síntesis, de todo lo visto hasta ahora se puede elaborar otra conclusión parcial: no solo es posible, sino que además es conveniente que se regule la GS, al menos en su modalidad altruista, tal como estaba prevista en el anteproyecto del Código Civil y Comercial.

Tratándose de una práctica en sostenido aumento, y atendiendo principalmente al involucramiento de los derechos humanos de los participantes y del niño o niña nacido que conlleva esta técnica, no puede menos que compartirse la opinión de María Casado, cuando expresa su preocupación por la gravedad que implica el distanciamiento entre el fenómeno y la regulación jurídica. Por ello considera preciso "que la Bioética propicie una reflexión cuidadosa sobre los valores que subyacen en las diversas opciones enfrentadas, contribuya a fomentar un debate social informado sobre el modelo y oriente a las políticas públicas en la dirección adecuada."[431]

[431] Casado, 2017, p. 19.

CAPITULO III. LA DIGNIDAD DE LA GESTANTE

En la parte final del capítulo anterior se revisaron los argumentos más usuales de quienes se oponen a la GS y, como consecuencia lógica, a su regulación positiva. De cada proposición se ensayaron algunos contraargumentos. Los resultados permiten sostener, como conclusión parcial, que no parece estar justificada la negativa; ni en lo que respecta a la moralidad de la práctica en sí misma, ni por ende que la GS sea receptada por la legislación positiva. Antes bien lo contrario, si la perspectiva se ciñe a los derechos humanos involucrados de los padres de intención y de los niños y niñas nacidos, de acuerdo con el *corpus iuris* internacional y las pautas interpretativas brindadas por la Corte IDH.

Se ha visto también que el problema mayor parece surgir cuando se aborda la figura desde el punto de vista de la gestante. El argumento de la alegada violación de su dignidad humana, con la consecuente instrumentalización de su cuerpo, es el punto sensible de la figura.

Así planteada, la cuestión presenta una importante complejidad ética y jurídica. No solo porque cae bajo el campo de estudio de la bioética, y cualquier asunto que se vincule a ella detenta semejante complejidad, sino también porque se asienta en una noción difusa (la dignidad humana) que, en sí misma, es de difícil comprensión lingüística y delimitación conceptual. De allí que corresponde realizar un trabajo de argumentación jurídica intenso –mediante una interpretación de hechos y de derecho rigurosa– cuyas conclusiones, en definitiva, permitirán determinar si –y en tal caso cuándo– la práctica se encuentra justificada racionalmente.

Para comenzar el abordaje de este tema conviene precisar qué se entiende por cuestiones bioéticas. La Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos (*Declaración*) las define como aquellas "relacionadas con la medicina, las ciencias de la vida y las tecnologías conexas aplicadas a los seres humanos, teniendo en cuenta sus dimensiones sociales, jurídicas y ambientales."[432] Es decir, la bioética se ocupa del estudio de aquellos asuntos que involucran a la persona en su relación intersubjetiva con la comunidad jurídica, moral y política a la que pertenecen, en todas sus dimensiones.

[432] Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos, 2005, art. 1-1. En lo sucesivo, en las referencias a dicha Declaración se utilizará la denominación completa o solo una versión reducida al término *Declaración*.

Por lo tanto, no es extraño que cualquier abordaje vinculado a su justificación y caracterización exceda las previsiones de un análisis jurídico típico. Ello es así porque las complejidades bioéticas, en las que están involucrados los derechos humanos de los participantes en el AGS, derechos que a su vez están asentados sobre la dignidad humana, deben contener un abordaje propio de la ética (incluso de la filosofía política), además del jurídico.

En este marco, un estudio panorámico (descriptivo e histórico-social de los sistemas jurídico y de la ética) de la dignidad humana sería, además de pretencioso, una tarea que excede, tanto desde lo cualitativo como de lo cuantitativo, las posibilidades de esta investigación.

Por lo tanto, a partir de la hipótesis de trabajo que provee el reto ficcional en *Eres como eres*, y asumiendo el problema conceptual, tal como se expresó *infra* en lo puntos 1-a) y 2, respectivamente, delimitaré mi análisis de la siguiente manera: a) desde lo jurídico, en ausencia de una regulación positiva interna, al estudio crítico de la *Declaración*, cuyas normas contribuyen a la construcción de un concepto de dignidad propio para la bioética y, más específico aún, para la gestante en la GS; y b) desde lo iusfilosófico, al estudio de los dos sentidos habituales del concepto, esto es, la dignidad de la especie y la dignidad de los individuos. Todo ello, sin perjuicio de las necesarias referencias contextuales que se coadyuvan con estos análisis primarios.

1. EL CASO DE LA GESTANTE DE EVA GAGLIARDI COMO PUNTO DE PARTIDA. LA TRAMA OCULTA DE SU VULNERABILIDAD

El supuesto ficcional elegido, que funciona *como si* se tratara de un caso real, otorga la perspectiva necesaria para encarar el estudio teórico desde este enfoque (visión de la dignidad humana de la gestante), a partir de unas determinadas situaciones fácticas ficcionales. Este comienzo incondicionado desde lo moral o ideológico que facilita la obra artística permite, a su vez, asumir una posición empática con la gestante, con su punto de vista. Así surge la posibilidad de elaborar, mediante un razonamiento de tipo abductivo, una nueva hipótesis de trabajo cuya coherencia se someterá a la verificación de las herramientas de la filosofía del derecho. El resultado de esta construcción permitirá acceder a una conclusión que coincida con el objetivo general de esta investigación, esto es, con el propósito de delinear un contenido específico del concepto de la dignidad humana de la gestante en la GS.

Ante la prohibición expresa de la legislación italiana, una vez descartadas las posibilidades de recurrir a la práctica en Estados Unidos, Canadá o la India, por distintas razones –entre ellas el costo elevado en los países norteamericanos y la distancia en la India–, Christian y Giose decidieron realizar la práctica en Armenia.

> La primera vez se quedaron allí dos días. La agencia estaba instalada en un bloque de pisos de tres plantas hecho de toba,[433] de la época estalinista, en un paseo en el centro de Ereván. La fachada de color salmón estaba perforada por docenas de ventanas, todas ellas iguales. En el patio interior, repleto de escombros, un zapatero remendaba calzado. En las paredes de la sala de espera, colgadas con chinchetas, había fotografías de recién nacidos sonrientes. También había postales con la palabra «gracias» escrita en diferentes lenguas. Ninguna, sin embargo, estaba en italiano. Christian y Giose eran los primeros. Luego fueron muchos más. Pero eso no se dice. Son cosas subversivas, que no pueden contarse.
>
> […]De las donantes podían saberlo todo: edad, rasgos físicos, educación, condiciones de salud, enfermedades anteriores, operaciones fallidas, incluso los niveles de FSH en la sangre. Salvo el nombre. Esto no podían saberlo, ni entonces ni nunca. Las variables tenían un precio. Las donantes de la categoría B (sin título o con diploma de escuela secundaria) costaban menos. Las donantes de la categoría A, con licenciatura o máster, el doble. Cuantos más años tenían, más baratas eran. Pero ninguna superaba los treinta años.
>
> […]Regresaron a Ereván al mes siguiente… Pasaron horas en el bufete de abogados puliendo las cláusulas del acuerdo. Allí se reunieron con la madre de alquiler. No hablaba ni inglés, ni francés, ni ninguna otra lengua comprensible para ellos. Era reservada, baja y regordeta… A Giose le volvieron a la cabeza las madres de alquiler que trabajaban como independientes y que ponían anuncios en Internet. Christian y él los habían inspeccionado cuidadosamente. Los Estados Unidos son la patria del libre mercado y las independientes ofrecían una solución más asequible que las caras agencias.
>
> […]También a ella la habían elegido entre una docena de candidatas. En verdad, para la portadora se habían guiado únicamente por parámetros

[433] La toba armenia es una roca que se utiliza en la construcción de viviendas, cuyo color es muy semejante al rosado. Ello puede interpretarse como un símbolo que inserta la autora, ya que es habitual la vinculación que se hace a nivel universal de tal color con el nacimiento de niñas. Más adelante, la narración reitera el signo.

> biológicos. Zoológicos, había observado Christian. No buscaban una mujer, sino una hembra. La madre de alquiler tenía treinta y un años, dos hijos propios y había llevado otro un año antes para una pareja estéril.
>
> […] Habían decidido que el primer intento de fecundación lo haría Giose; el segundo Christian. El tercero, quién sabe.[434]

A pesar de la transferencia de tres embriones fecundados, ninguno de ellos se adhirió al útero. La pareja recurrió entonces a un segundo intento, con el material genético de Christian. Se reunieron con la nueva portadora en el mismo bufete de abogados.

> Tenía dos hijos propios, era una maestra. Más madura que Anghín, aunque la edad de la portadora en realidad no importaba mucho, según les habían explicado. Hablaba un inglés escolar y eficaz. Le dijo a Christian que se alegraba que el padre de su futuro hijo fuera un profesor, un colega…[435]

Pero esta segunda tentativa también fracasó.

Para el tercer intento, el contrato se firmó, de nuevo, en la misma oficina de abogados.

> La madre de alquiler tenía veintisiete años, cuatro hijos de nueve, ocho, cinco y tres años, un seno majestuoso, nariz prominente, una melena de pelo rizado y los ojos inmensos, de color petróleo. Era viuda. Eso constituía una excepción, porque la agencia no aceptaba a mujeres solas, que podían revelarse psicológicamente inestables. Pero la familia la apoyaba en esta elección suya, de manera que fue incluida en la base de datos. Se presentó con su padre, el señor Sarghis, un anciano con bigotes de tunante y el aire torvo de un bandido del Cáucaso. Parecían muy pobres. Los zapatos agrietados del viejo les hicieron sentirse incómodos.
>
> La ficha de características psicofísicas decía que la madre de alquiler nunca había padecido enfermedades, vivía en el sur, en las inmediaciones de Sisian, había parido a sus cuatro hijos de forma natural y los había amamantado. Llevaba un jersey de cuello alto, de color verde militar, y un par de botas de fieltro. Se levantó de la butaca y fue a su encuentro; seria, tensa, como si fuera sometida a un examen, o a un interrogatorio… Ella firmó los documentos, con una grafía perentoria… Tengo la esperanza de poder dar a luz a vuestro hijo, haré todo lo que esté en mi mano, dijo ella, en un francés melodioso que los sorprendió…

[434] Mazzucco, 2016, p. 183-189.
[435] Mazzucco, 2016, p. 193.

> […]No fueron a verla durante la gestación… A la duodécima semana, cinco minutos después de reconocer las manos, los pies y la cabeza de su hijo en la ecografía, Christian llamó por teléfono a la agencia, dijo que aunque no estuviera previsto en el contrato, quería hacerle un regalo a la portadora: ¿podrían preguntarle qué le gustaría? La señora Zovighian intentó convencerlo de que no era el caso. A la mujer ya se le pagaba por su trabajo. Eso sentaría un precedente. Christian insistió. Quería transmitir positividad en torno al embarazo, de manera que la mujer transmitiera su bienestar al niño. La agencia le hizo saber que le gustaría un caballo. Acababa de morírsele el suyo. Un pastor no puede estar sin un caballo.
>
> ¡Un caballo! Ya te dije que no solo lo hace por dinero, dijo Giose, ella es diferente. Se ve que es realmente pobre, comentó Christian, no se la ha pasado por la cabeza nada más caro, no se ha dado cuenta de que podía pedir mucho más…[436]

El parto debió ser provocado tres semanas antes de la fecha prevista, porque la gestante no se encontraba bien de salud; podía ser una trombosis o una gestosis.

La pareja italiana viajó de inmediato. Al arribo a Ereván, Giose y Christian fueron directamente al hospital.

> Estaba sola, de espaldas, con los ojos cerrados y una mueca de sufrimiento en los labios, más blanca que las paredes y las sábanas. Qué idiotas, ni siquiera le hemos traído un ramo de flores, susurró Giose. Ella abrió los ojos. No los reconoció de inmediato. Aunque tal vez todavía estaba obnubilada por la anestesia. *Vous aves été merveilleuse, vous êtes notre ange,* balbuceó Christian, en francés, porque la propietaria de la agencia les había explicado que la portadora había emigrado a Francia después de la independencia, donde había vivido con su marido algunos años, y que había regresado solo cuando éste murió. *Que pouvons-nous faire en échange? Je suis sérieux, y a-t-il quelque chose dont vous avez besoin, que vous désirez? Vous voulez que votre fils aîné aille faire des études à Paris? Vous voulez vous installer avec lui, avec toute la famille? Nous vous aiderons. Je vous en prie, n'ayez aucune crainte, n'hésitez pas à nous faire part de vos désirs: Giose et moi nos voudrions vous faire un cadeau aussi important que celui que vous nous avez fait.*

[436] Mazzucco, 2016, p. 196-201.

> *Je veux Arsen à mes côtés,* dijo ella, volviendo la cabeza. Arsen era su marido.[437]

Más adelante, una escena da cuenta cuando la gestante le impide a Giose que le tome una foto. "Nada de fotografías… No sé si quiero acordarme de esto…"[438]

El relato muestra a una mujer pobre, viuda, madre de cuatro hijos menores de edad, que trabaja en el campo armenio desde que falleció su marido, con quien había residido en Francia. La apariencia de su padre permite deducir que viven en situación de pobreza. No obstante, de su estancia en Francia y de su manejo del idioma extranjero se puede interpretar que tiene un piso cultural que le permite comprender, por ejemplo, la diferencia entre un regalo importante (un vehículo caro, la posibilidad de enviar a su hijo mayor a estudiar a París) y un caballo.

Sin embargo, según la obra, la decisión la toma el padre.

La situación de las primeras dos mujeres gestantes de las que da cuenta el caso ficcional, cuyos intentos de embarazo fracasaron, no permite pensar que, en lo sustancial, su realidad personal mostrara un rostro más amable.

a) La hipótesis de trabajo derivada del reto ficcional

Si se realiza una traslación hipotética del caso ficcional a la realidad de nuestro país, y se asume una perspectiva de género, tal como se define más adelante, puede advertirse que los hechos se inscriben en un supuesto de desigualdad estructural. En consecuencia, es posible considerar racionalmente que la pertenencia de la gestante a un grupo que detenta tal característica condiciona su voluntad y, por lo tanto, incide sobre cualquier decisión que involucre la utilización del propio cuerpo.

De lo dicho se desprende que, tratándose de personas sometidas a una desigualdad económica-social o a una cultural,[439] a una desigualdad social[440] o a una

---

[437] Mazzucco, 2016, p. 205-206.

[438] Mazzucco, 2016, p. 207. Luego de esa frase, con miedo, la pareja sale de la habitación al encuentro del padre de la gestante que está en la escalera. Christian le pide a la enfermera que le traduzca que quisieran regalarle un todoterreno. El hombre piensa y responde que no. "El pasto es muy escarpado, está en una zona inaccesible, ni siquiera hay una pista allí. Un caballo era lo que necesitaba. Fue muy apreciado. Susurra algo más y la enfermera traduce: no tienen por qué preocuparse. No hay ningún replanteamiento, ningún chantaje, somos gente de honor. Maryam entregará a la niña el día previsto en el contrato… Ella está a punto de abandonar la clínica. Una maleta china de plástico obstruye la entrada de la habitación. Está pálida, hinchada, cansada… Ella remete la manta alrededor del cuerpo de la recién nacida, le roza la frente con los labios, y la besa, con una ternura llena de pudor y desapego. Luego la pone en los brazos de Giose…" Al despedirse se estrechan la mano, "de manera formal, como después de una reunión de negocios." (Mazzucco, 2016, p. 208-209).

[439] Clasificación de la teoría feminista sostenida por Nancy Fraser. Ver Fraser, 1995 y Fraser, 2015.

[440] MacKinnon, 2014, p. 16.

desigualdad estructural,[441] el denominador común es una situación de vulnerabilidad que no puede ser desatendida. De allí que en esta investigación considero imprescindible distinguir según se trate de una u otra modalidad de GS (lucrativa o altruista).

En la *GS lucrativa*, esto es, aquella que se asume como un trabajo, donde la prestación de gestar para otros se realiza a cambio de una contraprestación dineraria, cualquier análisis crítico iusfilosófico debe partir del siguiente juicio apriorístico: es probable que no se pueda predicar del consentimiento de la gestante la nota de autonomía, o sea, que haya sido expresado atendiendo a una situación de necesidad o condicionante externo. Es decir, se trataría de una voluntad no expresada en forma libre, aun si se cuenta con el consentimiento informado firmado (en general, en forma de formulario por adhesión). Además, este análisis de la voluntad de la gestante por parte del intérprete jurídico debe hacerse ponderando el contexto completo, a fin de detectar alguna situación de violencia de género subyacente.

La discusión en clave dialéctica de la pareja de ficción en el momento en que conocieron a la gestante, en lo inmediato enciende esta señal de alerta. De nuevo, el recurso de los diálogos sin ser anunciados con los guiones de estilo habitual aporta intensidad dramática, al exigir mayor concentración del lector.

> Se lo ha tomado realmente en serio, es perfecta, ella es la madre, le susurró Giose al oído a Christian. No te dejes engatusar por sus hermosos ojos, intentó desengañarlo Christian, es su trabajo: si lo mantiene durante nueve meses, recibirá el dinero; de lo contrario, no gana casi nada. Y no creo que resulte agradable bombardearse con hormonas y que luego te introduzcan en el útero con una jeringuilla el embrión de una desconocida y de un hombre al que has visto cinco minutos en tu vida. Parece un grumo de flema. ¡Dios, pero qué prosaico eres!, protestó Giose. Al contrario, es maravilloso, parece esa piedra preciosa, cómo se llama, el zafiro estrella. Yo soy filólogo, respondió Christian, a ti te gusta poner el mundo en verso, yo prefiero atenerme a la realidad y no emocionarme. Es un trabajo duro, física y psicológicamente, en el fondo está alquilando un pedazo de su cuerpo, y no una mano o una pierna, sino la parte más íntima que tiene, debe de ser un poco como la prostitución… no es así, es justo lo contrario. El dinero no es suficiente para explicar la

[441] Saba, 2016.

> naturaleza de la gente, has de tener la vocación de hacer algo por los demás, de dar todo de ti mismo, y ella lo tiene.[442]

El último párrafo abre, aunque tímidamente, el juego de la dimensión altruista.

La GS es *altruista*, cuando la decisión de gestar para otros no responde a motivaciones lucrativas (aunque en un mundo globalizado y mercantilizado estos supuestos puedan ser menos frecuentes) y con ello, la presunción de vulnerabilidad (al menos económica) cae.

En este caso el intérprete jurídico debe realizar un doble control. En primer lugar, para alcanzar la certeza de que no se trata de una modalidad lucrativa simulada bajo el altruismo. En segundo término, para confirmar que la voluntad de la gestante se encuentra libre de condicionamientos ajenos a su personalidad, que afecten su decisión autónoma y racional. Es decir, debe asegurarse que exista concordancia entre las fases internas y externas de la voluntad.

Así queda expuesta la hipótesis de trabajo, elaborada en el marco de la interrelación "derecho *en* la literatura". Y se confirma que la cuestión de la dignidad humana de la gestante es el nudo del conflicto jurídico que está a la base de cualquier decisión racional.

b) La dignidad humana como categoría pluridisciplinar y pluridimensional

Una manera cautelosa de aproximación al concepto de dignidad humana consiste en identificarlo como una categoría pluridisciplinar y pluridimensional.

Es pluridisciplinar porque, para su caracterización completa, es necesario recurrir a diversas disciplinas, tales como la filosofía general, la ética, la filosofía política, la antropología y el derecho. En tanto el contexto de encuentro es el de la bioética y los derechos humanos, puede entenderse *a priori* que la dignidad se presenta aquí como "un límite infranqueable a los avances tecnológicos, una barrera que no se puede traspasar".[443]

Por otra parte, como categoría pluridimensional se distinguen, en principio, cuatro dimensiones: la dimensión religiosa (la del hombre visto y creado a imagen y semejanza de Dios); la dimensión ontológica (el hombre como ser dotado de inteligencia racional, consciente de sí y superior en el orden de la naturaleza); la dimensión ética (donde prevalece la autonomía moral) y la dimensión social (ésta se

[442] Mazzucco, 2016, p. 197.
[443] Marín Castán, 2007, p. 1.

vincula a la estima, la autoestima, la fama, el comportamiento valioso, etc.). De las dimensiones apuntadas, son de interés para este estudio la segunda y la tercera, es decir, la ontológica y la ética.[444]

Marín Castán proporciona una noción provisoria de dignidad humana sobre la cual comenzar a trabajar; se trata de aquella "cualidad ínsita de todo ser humano y exclusiva del mismo, [que]se traduce primordialmente en la capacidad de decidir libre y racionalmente cualquier modelo de conducta, con la consecuente exigencia de respeto por parte de los demás".[445]

El concepto ofrece entonces tres elementos conformativos: una propiedad del ser humano, autonomía y respeto.

c) Solución compleja a un problema complejo

La complejidad de la hipótesis de este trabajo requiere de un análisis y de una propuesta de solución también complejos. Por eso, para pronunciarse sobre la confirmación o desestimación del argumento en contra de la GS, fundado en la denunciada instrumentalización y utilización del cuerpo de la gestante con la consiguiente violación de su dignidad humana, deben tenerse a la vista, al menos, los siguientes elementos de análisis:

(i) en primer término, las circunstancias vinculadas a la acción específica de la gestante al momento de otorgar su consentimiento libre e informado, es decir, a las condiciones *internas* de la voluntad expresadas en dicho acto;

(ii) en segundo lugar, su contexto personal, familiar, social, cultural, económico, político, con miras a detectar o descartar situaciones de vulnerabilidades *externas* (pobreza o necesidad extrema, pertenencia a grupos desventajados estructuralmente, tales como migrantes, poblaciones rurales o indígenas, colectividades sometidas a desigualdades culturales); y

(iii) finalmente, el cumplimiento de los requisitos de admisibilidad del AGS, que fije o haya fijado la norma positiva (interna o internacional).

En el análisis de cada uno de estos supuestos no puede faltar la perspectiva de género, que no se limita exclusivamente al segundo paso, sino que recorre en forma transversal todo el proceso de evaluación.

Estas variables deben ponderarse despojadas de cualquier vicio retórico del intérprete jurídico, para evitar introducir ni siquiera de forma involuntaria

[444] Marín Castán, 2007, p. 2.
[445] Marín Castán, 2007, p. 2.

preconceptos o eslóganes, en contra o a favor de la práctica, con impacto emotivo en la tarea argumentativa.

En suma, lo que pretendo demostrar es que el conflicto vinculado a la consideración de la dignidad de la gestante en la GS no se resuelve de manera simple ni lineal. Y, además, que se debe tomar enserio, pues es el "nervio" central del debate y de la decisión que finalmente se adopte. Ello en el convencimiento que la dignidad humana resulta ser el punto de partida de toda "reflexión acerca de reglas de convivencia humana que pretendan poseer alguna justificación moral."[446]

A tal fin me apoyaré en una cierta concepción sobre el derecho a disponer del propio cuerpo como pieza fundamental para ensayar alguna salida racionalmente justificada a la problemática que nos ocupa.[447]

Lo dicho permite anticipar que una labor interpretativa correcta requiere recorrer un camino de ida y vuelta. En primer lugar, la deconstrucción del argumento en crisis, para analizar luego en detalle y de manera reflexiva sus componentes, tanto desde la filosofía moral (aquí asumen importancia los diferentes sentidos del término dignidad humana que ésta le otorga) como desde el derecho (con especial referencia al instrumento internacional de la UNESCO –*Declaración*–). Luego, habrá que recorrer el trayecto inverso para completar la operación crítica, es decir, reconstruir el argumento con las piezas depuradas y revisadas, intentando dotar de una materialidad específica a la dignidad humana de la gestante en la GS.

En consecuencia, se encara esta tarea partiendo de dos presupuestos de análisis. El primero, es el que exige discriminar las respuestas según se trate de GS altruista o GS lucrativa; razones de fundamentación iusfilosófica sugieren esta diferenciación. El segundo, informa que cualquier intervención judicial tendiente al control de los recaudos y condiciones de procedencia, y su eventual autorización, debe ser *ex ante*. Esto significa que la intervención jurisdiccional (se entiende que el único control válido es el judicial, no el administrativo, ni mucho menos el privado –por ejemplo, notarial–, debido a los intereses involucrados) debe ser siempre previo a la realización

---

[446] Garzón Valdés, 2006, p. 37.

[447] "La mayor parte de los problemas que se discuten en bioética —y, por tanto, su respuesta— tienen que ver, como parece obvio, con la manera de entender el derecho que un individuo tiene sobre su propio cuerpo. No es que nadie discuta propiamente la existencia de ese derecho, pero parece haber muchas maneras de entenderlo, y cada una de ellas lleva también a resolver de manera distinta las muy variadas cuestiones de carácter moral y jurídico que se plantean en torno al aborto, la eutanasia, la utilización de las técnicas de reproducción humana asistida, los trasplantes de órganos, la maternidad por subrogación... Merece la pena, pues, pararse un momento para tratar de clarificar un concepto que quizá sea menos simple de lo que a primera vista pudiera parecer." (Atienza, 2017, p. 35).

de la práctica. Ello, en el convencimiento que una mera decisión judicial convalidatoria de un AGS (supuesto *ex post),* deviene forzada por una facticidad que, si bien no resulta antijurídica en sí misma (por aplicación del artículo 19 de la CN), conviene desalentarse.

En efecto, la situación jurídica impuesta por "el hecho consumado" no puede ser asumida como el resultado de un consenso racional en el plano moral, ni como la realización de fines y valores en el jurídico, ya que legitima la creación del riesgo de una eventual violación irreparable de la dignidad humana de la gestante. Una práctica ya realizada, y el posterior nacimiento del niño o niña que buscan la aprobación judicial, se asemeja más a una imposición unilateral ilegítima, que al ejercicio regular de un derecho.

2. LA DIGNIDAD HUMANA: UN CONCEPTO DIFUSO[448]

La dignidad humana o dignidad de la persona humana es el primer atributo de la persona que la distingue del resto de los seres de la naturaleza.[449] Se trata de una propiedad fundamental reconocida por la filosofía jurídica, que indica que todo individuo tiene derecho a ser respetado como tal, como ser humano, por esa sola condición, con todos los atributos que lo definen.

Se instituye así en la columna vertebral del sistema de derechos humanos, cuya fundamentación compete a la razón práctica. Ello implica que se deben dar razones justificadas de cada decisión que la involucre. Se dejan de lado, por lo tanto, otras explicaciones, por ejemplo, las derivadas de creencias religiosas o la superstición.

¿Por qué la razón práctica? Pues, porque "La razón humana no es únicamente razón teórica, capaz de conocer, sino también razón práctica, capaz de determinar la voluntad y la acción moral."[450] La justificación se asienta en la concepción del hombre entendido como sujeto racional y autónomo portador de derechos y obligaciones. Y es precisamente el ámbito de la voluntad y de la consecuente acción, hacia donde nos lleva el razonamiento.

Como señala Marín Castán, la dignidad es lo que nos permite tener derechos. Es cierto que existen otros valores fundadores de los derechos humanos, tales como la

[448] La caracterización del concepto de dignidad humana como "difuso" se toma de María Luisa Marín Castán (Marín Castán, 2007, p. 1).
[449] Prieto Alvarez, 2005, p. 22; Perez Luño, 2005, p. 111.
[450] Reale y Antiseri, 1995, p. 760.

libertad, la igualdad, la solidaridad, la seguridad o la paz, "pero la dignidad se sitúa antes que ellos, constituyendo una especie de «*prius*» lógico y ontológico de los mismos. Es el núcleo fundamental de la idea de derechos humanos".[451]

A pesar de ser una expresión "eminentemente ética"[452] y de su recepción en numerosos textos jurídicos, nacionales e internacionales, la noción de dignidad no suele ser un concepto debatido de manera especial por la filosofía jurídica y moral actual.[453] La conflictiva que nos ocupa, la dignidad humana de la gestante en la GS da cuenta de ello. Ni el *corpus iuris* internacional que se encuentra en su base, ni las sentencias que resuelven estos casos, se detienen en su contenido.

Como se sabe, algunos instrumentos internacionales, constituciones, códigos y leyes se remiten a la dignidad humana como concepto fundante y justificativo, primero y último, de los derechos humanos que receptan, aunque no la caracterizan ni la delimitan.

Por ejemplo, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, en su artículo primero establece que "todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad". El artículo 11.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos estipula que: "Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad." También protege la dignidad el artículo 10 del Pacto internacional sobre Derechos Civiles y Políticos.

Una pauta de referencia internacional específica es la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos, que la menciona repetidas veces. Por ejemplo, el artículo 3.1 estipula: "Se habrán de respetar plenamente la dignidad humana, los derechos humanos y las libertades fundamentales" (sobre esta Declaración universal se vuelve con detenimiento en el punto siguiente).

Por su parte, la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos establece: "El genoma humano es la base de la unidad fundamental de todos los miembros de la familia humana y del reconocimiento de su dignidad intrínseca y su diversidad. En sentido simbólico, el genoma humano es el patrimonio de la humanidad" (artículo 1), mientras que el artículo 2 la refiere en estos términos: "a) Cada individuo tiene derecho al respeto de su dignidad y derechos, cualesquiera que sean sus características genéticas. b) Esta dignidad impone que no se reduzca a los

[451] Marín Castán, 2007, p. 3.
[452] Michelini, 2010, p. 41.
[453] Perez Triviño, 2007b, p. 160.

individuos a sus características genéticas y que se respete el carácter único de cada uno y su diversidad". Asimismo, interesa destacar de esta Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos, la calificación de dos prácticas concretas que considera contrarias a la dignidad humana: la clonación con fines reproductivos de seres humanos (artículo 11) y las intervenciones en la línea germinal (artículo 24). El sentido de la dignidad como especie (ver *infra*, punto 4) se ocupa de esta discusión.

En el ámbito regional europeo, un momento normativo relevante fue la firma del "Convenio de Oviedo" (Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina), y sus protocolos adicionales. La preocupación expresada en el preámbulo (concordante con su articulado) radica en la protección de la dignidad humana "de las acciones" que podrían ponerla en peligro "mediante una práctica inadecuada de la biología y la medicina".

En el derecho comparado existen referencias constitucionales expresas. Por ejemplo, la Constitución española se refiere a la dignidad humana en los siguientes términos: "La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social." (art. 10.1 CE). Por su parte, el artículo 1.1 de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania estipula: "La dignidad de la persona es inviolable. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público."

En nuestra legislación positiva, el Código Civil y Comercial de la Nación menciona a la dignidad en varias normas. En el artículo 51 estipula: "La persona humana es inviolable y en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad." El artículo siguiente expresa: "La persona humana lesionada en su intimidad personal o familiar, honra o reputación, imagen o identidad, o que de cualquier modo resulte menoscabada en su dignidad personal, puede reclamar la prevención y reparación de los daños sufridos…" (artículo 52). El artículo 279 consagra como regla que el objeto de un acto jurídico no puede ser contrario a la "dignidad humana". El artículo 1004 determina que no pueden ser objeto de los contratos los hechos "contrarios a la dignidad de la persona humana". El "trato digno" a los consumidores está regulado por el artículo 1097: "…La dignidad de la persona debe ser respetada conforme a los criterios generales que surgen de los tratados de derechos humanos."

Se observa entonces, que no solo es el valor central de muchas teorías éticas, sino que, además, se constituye como un principio estructural de los ordenamientos jurídicos.[454]

El problema reside en la dificultad para definir su contenido y recortar sus perfiles porque se presenta como un concepto difuso, que se utiliza de muchas formas y sentidos diferentes. Ello entorpece su determinación, caracterización y definición.[455]

Perez Triviño sostiene que la dignidad tiene un significado controvertido e indeterminado, lo que ha derivado en problemas lingüísticos que se expresan en diversas concepciones de dignidad. En su abordaje soporta distintos puntos de vistas y contextos. Ello significa que el término se utiliza para referirse a una propiedad de objetos diferentes, sin que pueda asegurarse que en todos los casos se trate de la misma propiedad.[456]

Esta indeterminación semántica del objeto estudiado impone que, previo a emitir un juicio sobre su posible vulneración en la AGS, sea necesario realizar un esfuerzo argumental orientado a proporcionarle un contenido concreto (con postulados verificables y justificables) y específico (hacia el interior de una noción propia de la dignidad humana en su función bioética).

a) Diferentes referencias

La noción de dignidad más habitual es la que alude a la dignidad de los seres humanos o personas humanas. Este es el sentido dado por el artículo 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el artículo 11.1 de la CADH, el artículo 51 del CCyC, y todas las referencias que contiene la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO.

De ella se informa "que es la cualidad esencial del ser humano, su cualidad específica y exclusiva, en virtud de la cual se distingue lo humano de lo no-humano".[457] Se trata del ser humano entendido como ser dotado de inteligencia y libertad, como ser moral.

También suele aludirse a la dignidad de determinados entes jurídicos, de los Estados, de ciertos valores o de determinadas profesiones. Como ejemplos de estas menciones se encuentran las "condiciones dignas de labor" del artículo 14 bis de la

[454] Perez Triviño, 2007c, p. 113.
[455] Marín Castán, 2007, p. 1.
[456] Perez Triviño, 2007c, p. 114-115.
[457] Marín Castán, 2007, p. 1.

CN, el "trato digno" de los consumidores según el artículo 1097 CCyC primera parte, o la "dignidad de la profesión" de abogado, conforme el artículo 11 del código de ética mendocino.

De estas atribuciones, la que interesa a los fines de cumplir con el objetivo principal de este trabajo es la primera, o sea, la que se atribuye a la persona humana. Como se verá, esta concepción, a su vez, tolera diferentes sentidos.[458]

b) Vaguedad gradual y sistemática

De la expresión dignidad se predica que es un concepto que padece de vaguedad gradual y sistemática. El primer supuesto –vaguedad gradual– se vincula con las cuestiones que hacen digna la vida de la persona humana. El ejemplo más claro surge del artículo 14 bis de la CN cuando consagra las "condiciones dignas y equitativas de labor" y el "acceso a una vivienda digna". Las fronteras materiales de estos conceptos son indeterminadas y variarán conforme el desarrollo histórico, político y social de la comunidad. El segundo supuesto, el de vaguedad sistemática, alude a la imposibilidad de determinar qué propiedades definitorias integran el concepto.[459] Así, por caso, en ocasiones se puede aludir al dolor físico o psicológico como un elemento que define lo indigno, aunque muchas veces una acción o un estado de cosas también puede calificarse de esa manera, sin que estén presentes tales características.[460]

Lo cierto es que la vaguedad del término, en cualquiera de sus presentaciones, gradual o sistémica, esto es, si se refiere a características contingentes o a propiedades estructurales, no es una cuestión menor al momento de decidir si existe afectación a la dignidad de la gestante en la GS. En otras palabras, si se instrumentaliza a la persona que lleva adelante la gestación y, en consecuencia, se la somete a un trato indigno. De allí que sea una nota que aporta complejidad en el análisis de la noción.

c) Textura abierta

Perez Triviño recuerda también que "incluso las palabras más precisas pueden suscitar interrogantes acerca de su aplicabilidad en determinadas situaciones futuras que en su momento no fueron previstas."[461] Con ello hace referencia a la dificultad de

---

[458] Ver *infra,* apartado f).
[459] Perez Triviño, 2007c, p. 116.
[460] Perez Triviño, 2007c, p. 117. Este autor, apoyándose en la filosofía de Wittgenstein, expresa una cierta analogía con lo que sucede con la noción de "juego", que no denota ninguna propiedad (diversión, azar) que, por sí sola, sirva para identificar a los distintos tipos de juegos (ajedrez, lotería, solitario, fútbol, boxeo). Sobre el particular, como así también sobre aquello que los emparenta, las semejanzas, los "parecidos de familia", se remite directamente a la fuente (ver Wittgenstein, 2010, p. 87 y 89).
[461] Perez Triviño, 2007c, p. 117.

señalar de antemano las propiedades definitorias del concepto o de anticipar las futuras.

Herbert Hart lo pone en términos de naturaleza del lenguaje. Aún en supuestos donde existan reglas generales, en los casos particulares pueden surgir dudas en relación con las conductas exigidas por tales reglas (incluso en ocasiones la regla por sí misma no puede justificar sus propios ejemplos). El sentido que otorga el lenguaje general puede variar conforme ciertas circunstancias de hecho.

> En todos los campos de experiencia, no sólo en el de las reglas, hay un límite, inherente en la naturaleza del lenguaje, a la orientación que el lenguaje general puede proporcionar. Habrá por cierto casos obvios, que aparecen constantemente en contextos similares, a los que las expresiones generales son claramente aplicables. ("Es indudable que un automóvil es un vehículo"). Pero habrá también casos frente a los que no resulta claro si aquéllas se aplican o no ("La palabra 'vehículo', tal como se la usa aquí, ¿comprende aeroplanos, bicicletas, patines?"). Estos últimos casos son situaciones de hecho, que la naturaleza o la inventiva humana continuamente presentan, y que sólo exhiben algunas de las características del caso obvio, mientras que les faltan otras.[462]

De allí que sea necesario recurrir a la interpretación que, si bien no elimina, sí disminuye las incertidumbres.[463]

La noción de dignidad también se inscribe en estos lenguajes naturales. Las cuestiones bioéticas, en tanto vinculadas con el progreso biotecnológico y nuevas manifestaciones de la acción, con toda probabilidad requerirán de nuevas definiciones e interpretaciones en el futuro, conforme evolucionen la técnica y la ciencia. Por otra parte, las conceptualizaciones también son comprendidas de manera distinta según las contingencias históricas y sociales. Las TRHA y las prácticas eugenésicas son ejemplos indisimulables de ello.

d) Carga emotiva

El término dignidad, al igual que libertad, imperialismo, democracia, oligarquía, tiene un significado emotivo que, según el contexto, se puede utilizar para expresar emociones o para provocarlas. En general, como señala Genaro Carrió, una forma gramatical no resulta una guía segura ante la connotación emotiva: "existen numerosas palabras que al margen o con independencia de lo que podríamos llamar su significado

[462] Hart, 1998, p. 157-158.
[463] Hart, 1998, p. 158.

descriptivo, tienen la virtud, por decir así, de provocar sistemáticamente determinadas respuestas emotivas en la mayoría de los hombres".[464]

De manera que se debe estar alerta en el uso de estos términos, pues una connotación emotiva afectará su comprensión descriptiva. Carrió demuestra su tesis mediante dos ejemplos elocuentes, referidos al aumento de honorarios de los abogados o a los acuerdos políticos-partidarios. Según se utilice un lenguaje neutro u otro cargado de emotividad puede condicionar el juicio en un sentido positivo o negativo.[465]

Esto es lo que sucede con el concepto de dignidad, pues, como bien señala Cristina Monereo, en la historia del pensamiento, la persona humana se pregunta sobre cuestiones que convergen en la noción de dignidad. Ello sucede cuando se interroga sobre sí mismo, sobre el Estado o el derecho. No obstante, no es habitual que a la dignidad se la haya conceptualizado de manera racional. Se trata de una proposición indiscutible y de una carga emotiva fuerte.[466]

Las pasiones que encienden las discusiones sobre cuestiones bioéticas en general, y la GS en particular, suelen utilizar esta carga emotiva. A ello debe estar atento el intérprete jurídico.

e) Otro reto ficcional

Para comprender mejor lo que quiero señalar, se puede ejemplificar el problema de la vaguedad gradual y sistemática, de la textura abierta y carga emotiva de los conceptos, mediante el recurso del "derecho *en* la literatura".

En la novela *Una investigación filosófica* (1992), el escritor escocés Philip Kerr, a través de sus personajes principales, realiza un recorrido directo por la dignidad humana, aunque no la mencione en forma expresa.

Philip Kerr nació en Edimburgo, Escocia, en 1956, y murió en Londres, Inglaterra, en marzo de 2018. Al finalizar sus estudios de derecho en la Universidad

---

[464] Carrió, 1986, p. 22.

[465] "Puede ocurrir que en un contexto aparentemente descriptivo esas palabras grávidas de carga emotiva nos jueguen una mala pasada. Es posible "describir" un mismo conjunto de hechos utilizando un lenguaje neutro o un lenguaje con distintas tonalidades emotivas. Podemos decir, por ejemplo, "los abogados piden la actualización de su arancel de honorarios". O bien, "los avenegras pretenden ganar todavía más". O, por último, "los auxiliares de la justicia estiman que la compensación de sus servicios profesionales no está de acuerdo con la jerarquía de los mismos." Son tres maneras de "describir" un mismo hecho, a saber, que los abogados piden una mayor retribución. Mediante el empleo de ciertos giros; so capa de describir una determinada pretensión, se la presenta como absurda o inaceptable, o bien como digna de ser acogida. Una coalición política puede ser "descripta" como "un acuerdo inter-partidario que es índice de madurez cívica y de espíritu de conciliación", o como un "contubernio". El uso de esta última palabra revela una clara actitud denigratoria." (Carrió, 1986, p. 24).

[466] Monereo Atienza, 2018, p. 11.

de Birmingham (donde también cursó estudios de filosofía), se trasladó a Alemania.[467] Con su primera novela, *Violetas de marzo*, publicada en 1989 (ambientada en Berlín, en el año 1936), inició una serie de *thrillers* históricos cuyas acciones transcurren en la Alemania nazi, conocida como la *Trilogía berlinesa* –o *Berlín Noir*–, que protagoniza el detective alemán Bernhard «Bernie» Gunther. Los títulos de las otras dos obras de la trilogía son *Pálido criminal* (1990), que transcurre en Berlín en 1938, y *Réquiem alemán* (1991), cuya acción se traslada a Berlín y Viena en 1947-1948. Recién casi dos décadas más tarde, Kerr publicó nueve novelas más con el mismo personaje. En el tiempo intermedio rompió con su personaje y experimentó con otros géneros literarios, entre ellos la literatura infantil (*Los hijos de la lámpara*). Las últimas producciones de Kerr mantuvieron el registro de enigma actual; su protagonista, Scott Manson, se introdujo en el negocio oscuro del fútbol internacional (*Mercado de invierno* –2014–; *La mano de Dios* –2015– y *Falso Nueve* –2015–). En el año 2009, P. Kerr obtuvo en España el III Premio RBA de Novela Policíaca, con la novela *Si los muertos no resucitan* [*If the Dead Rise Not*].[468]

Una investigación filosófica está ambientada en Londres en el año 2013. El registro narrativo mezcla novela negra, algo de ciencia ficción (en lo referido a los avances biotecnológicos) y especulaciones filosóficas de los protagonistas. La trama da cuenta de una máquina, creada y desarrollada por un científico británico de Cambridge, que es capaz de detectar cuáles cerebros de individuos masculinos carecen del núcleo ventromediano (NVM). Esta es una glándula que actúa como inhibidora del núcleo sexualmente dimórfico (NSD), una zona preóptica del cerebro del varón humano, donde se concentran las reacciones de agresividad. El equipo se llama L.O.M.B.R.O.S.O. (*Localisation of Medullar Brain Resonations Obliging Social Orthopraxy*), acrónimo en inglés que evoca al reconocido criminólogo italiano.

En defensa del interés general, el Gobierno elabora un programa que incluye un censo informatizado de los varones ingleses, con el fin de detectar la falla orgánica. En caso de confirmación, el Estado les ofrece terapia y asesoramiento psicológico, a

[467] Según una biografía, el autor habría dicho: *"The most interesting legal philosophy is German, so naturally I went to Germany, particularly to Berlin, quite a bit."* Acceso público en: https://literature.britishcouncil.org/writer/philip-kerr (última consulta: 05-02-2019).

[468] Esta última historia transcurre en Berlín, en pleno apogeo del nazismo, poco antes de las Olimpiadas y la II Guerra Mundial.

fin de brindarles contención y, eventualmente, evitar la compulsión biológica al crimen. Con miras a la garantía de la confidencialidad de los individuos que hayan dado resultado NVM negativo, se les asigna a cada uno un seudónimo, que evoca a algún escritor o filósofo famoso (así aparecen en la obra, Shakespeare, Platón, Darwin, Byron, Kant, Spinoza, Keats, Locke, Dickens, Bertrand Russel, Sócrates, entre otros). Las verdaderas identidades quedan a resguardo en otro archivo informatizado. No obstante, uno de esos individuos, al que se le asignó el nombre "Wittgenstein", logra acceder a la base de datos del programa L.O.M.B.R.O.S.O. y obtiene los verdaderos nombres y domicilios de los restantes sujetos que, como él, resultaron ser NVM negativos.[469] En una interpretación tergiversada de la filosofía del verdadero Wittgenstein, el personaje de ficción introduce a la investigadora de sus crímenes en "un juego del lenguaje". Dicha mujer policía, de nombre Isadora "Jake" Jakowicz, además de detenerlo, pretende comprender el complejo mundo criminal interno de un sujeto que, para evitar homicidios, los comete.[470]

En el contexto de este trabajo y de este capítulo, el recurso ficcional proporciona la oportunidad de analizar las diferentes referencias directas –aunque no expresas– de la dignidad humana, que la novela realiza al referirse a la fundamentación de la nueva pena legislada por el derecho inglés: el "coma punitivo". De la representación literaria surge con claridad las diferencias entre asumir, dentro de la ética normativa, una tradición anclada en el consecuencialismo, en el deontologismo o en la ética de la virtud.

---

[469] Kerr, 2010, p. 55.

[470] La obra ofrece un material tan rico que permite profundizar sobre el alcance del derecho a la privacidad ante la interferencia estatal y el manejo de datos sensibles, o acerca del bien común como principio privilegiado por sobre el individual que justificaría la finalidad de la pena. A continuación, por ejemplo, vinculado al sentido que se le otorga a la pena en la concepción del poder político contingente, se recrea una discusión que Jake (la investigadora) tiene con la Ministra (de apellido Miles), después de que aquella le ofreciera ayuda públicamente al homicida (por los medios de comunicación): *"—Pretendía conseguir que Wittgenstein contactase con nosotros —respondió Jake—. Tal vez incluso que se entregase. No hay muchas posibilidades de que lo haga si sabe que lo único que le espera es una hipodérmica y una larga condena al coma punitivo. En mi opinión…*
—En su opinión… —El tono de la señora Miles era despectivo— ¿Debo recordarle, inspectora jefe, que su trabajo consiste en atrapar a ese maniaco y no en dictaminar si puede o no beneficiarse de ciertos eximentes? Además, la política de este Gobierno en materia de justicia, que recibió un masivo refrendo en las últimas elecciones, se basa en la represión, no en la reinserción. Y la justicia no puede tolerar que ningún criminal eluda todo su peso simplemente porque alegue demencia. La ciudadanía, simplemente, no lo toleraría. La ciudadanía exige que el criminal reciba su castigo. Por mi parte, espero que una vez detenido, ese hombre sea condenado al coma punitivo irreversible. Como mínimo debería aplicársele una condena de treinta años en estado vegetativo…" (Kerr, 2010, p. 230-231).

El coma punitivo consiste en privar de conciencia al condenado mediante un preparado químico inyectable, introduciendo al sujeto en una especie de estado de hibernación, que puede ser reversible o no, según la entidad del delito, a decisión del juez. La imaginación literaria, de la que nos da cuenta Martha Nussbaum, asume en este ejemplo de la novela de Kerr una posición privilegiada. En efecto, a ella se puede recurrir para analizar los argumentos a favor y en contra del coma punitivo, donde se detectan los sentidos de vaguedad, textura abierta y carga emotiva con los que se pretende fundamentar la recepción o rechazo de la pena imaginaria. Y con ellos, se puede avanzar en consideración moral sobre la dignidad humana.

> [Jake]Se meció en la silla mientras contemplaba la negra ventana en la que flotaba su reflejo.
>
> El coma punitivo debía de ser algo parecido, pensó. Estar ahí y al mismo tiempo no estar en absoluto. Una semiexistencia entre la vida y la muerte. Monstruoso. Sabía que la señora Miles no había exagerado al referirse a los criminales que ante la gélida hipodérmica que los conduciría al limbo llamaban a gritos a sus madres. Ella misma se había visto obligada a asistir a la aplicación de más de un coma punitivo. Como castigo, era peor que una larga condena en prisión y casi peor que la propia muerte. Pero el coma punitivo era el producto de una sociedad a la que la pena capital le provocaba un conflicto moral y en la que las cárceles se habían sobrepoblado de tal forma y resultaban tan caras de mantener que ya sólo eran viables para acoger a los delincuentes menores.
>
> Jake conocía todos los argumentos a favor del coma punitivo. Resultaba más barato que mantener a un hombre en prisión durante diez o quince años. La aparición de las llamadas «camas inteligentes» —nichos autorregulados, desarrollados por el sector hospitalario y adoptados por el sistema penitenciario, que, mediante ordenadores individuales, controlaban aparatos de bombeo cardíaco y respiratorio de bajo coste y mecanismos de alimentación intravenosa— posibilitaban mantener a un convicto en coma punitivo con un coste anual diez veces menor respecto a la estancia en una prisión. Además, el coma anulaba toda posibilidad de seguir teniendo un comportamiento criminal, que, en cambio, sí permitía el sistema penitenciario tradicional. Gracias al coma punitivo se acabó con la sociedad criminal de la noche a la mañana y se consiguió que los gravosos motines penitenciarios

> fuesen un mal recuerdo del pasado. Y, en función de la sustancia química elegida, el coma podía ser reversible, sin apenas secuelas mentales o físicas.[471]

La forma de presentar los argumentos en favor de la pena evidencia, en lo principal, un razonamiento utilitarista de contenido economicista (el costo anual del coma punitivo es diez veces menor que mantener a una persona en prisión), y de política criminal (no se sigue superpoblando a las cárceles con lo que se evita así la reafirmación de la actitud delictual). Luego se completan con otro de una índole moral presuntamente virtuosa: el coma punitivo, y la consecuente privación de conciencia de la persona, es preferible a la pena de muerte, evitando así el debate social que trae aparejado un conflicto ético. Como se sabe, existe un consenso universal y universalizable que la privación de una vida humana (la pena de muerte) atenta contra el derecho humano más fundamental. Las excepciones a este postulado sobre el que existe acuerdo son propias de algunos razonamientos marginales, intolerables por un Estado de derecho constitucional, democrático, plural y humanista y contrarias al principio de no regresividad de los derechos humanos. De ninguna manera es sostenible en forma válida, ni jurídica ni éticamente, cualquier argumento en defensa de la pena de muerte.

Con todo, ante la situación fáctica ficcional planteada, lo que la protagonista parece preguntarse es si cualquier pena que no implique matar a otro será, por esa sola circunstancia, aceptable moralmente. Y, en consecuencia, admisible por el ordenamiento jurídico. Dicho de otra manera: ¿se puede sostener argumentativamente que la condena a privación de la conciencia sortea el test de respeto de la dignidad humana?

La obra muestra que, en el afán de superar la vaguedad gradual (el contexto histórico, social y político, en el cual se inscriben las posibilidades biotecnológicas) y sistemática (las propiedades que conforman el concepto; sus parecidos de familia), como así también la textura abierta del concepto "coma punitivo" (en rigor, por derivación consecuencial, de la dignidad humana), la ficción lo colma de un contenido utilitarista-economicista. Por su parte, a la carga emotiva se le asigna otro argumento de índole retórico, que trabaja sobre la moral (la privación de conciencia es preferible a la pena de muerte). A continuación, Kerr presenta el diálogo entre las proposiciones contrapuestas.

---

[471] Kerr, 2010, p. 231-232.

> Los argumentos contra esta práctica eran más difíciles de mantener. A la objeción de que privar a un hombre de su conciencia era análogo a privarlo de su vida, los partidarios del coma punitivo respondían que éste era más parecido al sueño que la muerte, y que sentenciar a un hombre a un largo período de sueño era, en cualquier caso, mucho más clemente que condenar a un hombre plenamente consciente a un período equivalente de privación de libertad, con todas las humillaciones e incomodidades inherentes.
>
> [...]
>
> La argumentación de que desde un punto de vista subjetivo la muerte solo afecta a la conciencia, no resistió la evidencia que aportaron los testimonios de convictos que habían despertado del coma y explicaron los sueños que habían tenido durante todo ese tiempo. El seguimiento de la actividad neuronal que se realizaba a la mayor parte de los convictos sometidos a coma punitivo no hacía sino confirmar esos testimonios.
>
> Pero Jake sintió que un escalofrío le recorría la espina dorsal al mirar el vacío y tratar de imaginarse cómo debía de ser eso. Era consciente de que su propia actitud respecto del coma punitivo era ambigua. Desde el punto de vista de la sociedad en su conjunto, ese método aportaba ventajas evidentes. Pero desde el punto de vista de la persona, Jake no podía dejar de pensar que la vida solo tenía valor partiendo de la condición necesaria de la conciencia.[472]

La narración gira aquí alrededor de dos planos que interesa destacar. El primero, el que está a la superficie, parece concluir que es preferible la privación de la conciencia a la supresión de la vida. No pasa desapercibido el razonamiento que incluye a la libertad, aunque sobre éste cabría aclarar que existen diversos sentidos de la libertad que no se ven afectados por la pena de prisión, al menos no directamente (libertad de expresión, de conciencia, de culto), lo que sí haría la privación de la conciencia. Como sea, se trata de un argumento que se funda en el bien común. El segundo, profundiza en la personalidad del condenado, asumiendo una posición empática con él, es decir, centrándose en la persona que recibe el castigo. Desde allí, concluye la protagonista, la única condición necesaria (de una vida buena) es la conciencia. Conviene anticipar aquí que quienes atribuyen dignidad al ser humano, por su pertenencia a la especie humana, parten del presupuesto de que somos seres

[472] Kerr, 2010, p. 232-233.

conscientes y racionales, características definitorias que nos identifican como especie (ver *infra* en este mismo capítulo, punto 4).

Es como si el narrador estuviese advirtiendo sobre los efectos de pensar de una manera utilitarista; por ejemplo, que el respeto por la dignidad humana individual puede afectar al bien común y que, siendo así, su vulneración estaría –siempre– justificada.

No caben dudas que privar de conciencia a una persona (por mucho que no pierda la capacidad de soñar, como se narra en la ficción) atropella su dignidad humana, de igual modo como lo haría la pena de muerte o la aplicación de tortura. Como se analiza *infra*, lo es tanto si se asume una concepción de la dignidad humana vinculada con la capacidad para la autonomía, que persigue un ideal de excelencia, como si se la considera como una interrelación necesaria de autonomía y respeto con miras a la realización efectiva de la propia dignidad. O, en términos de Nino, una interrelación entre inviolabilidad, autonomía y dignidad de la persona humana. Desde ninguna de estas posibilidades conceptuales, la pena propuesta por la ficción supera una prueba de dignidad humana.

De modo que este ejemplo que trae el "derecho *en* la literatura", nos advierte sobre la importancia de estar atentos a los conceptos vagos, de texturas abiertas y carga emotiva, cuyo contenido, indefectiblemente, debe sustentarse en una ética de la humanidad, en el derecho de los derechos humanos.

Otro caso ficcional que alerta acerca de la carga emotiva de un concepto es *El cuento de la criada.*[473] La emotividad gira sobre la gestación que es utilizada como elemento ideológico de la política de Estado (Gilead), con la consecuente facultad en favor de las autoridades para realizar las acciones más inhumanas sobre el cuerpo de las mujeres, al amparo de reglas jurídicas dictadas por un Estado totalitario y confesional. Esta obra, sobre la que se vuelve en el capítulo siguiente, subraya también los riesgos de las miradas holísticas, de las concepciones de bien por sobre la autonomía personal de sus ciudadanos, sin ofrecer ningún factor de corrección.

f) Diferentes sentidos de dignidad

Antes de cerrar las reflexiones sobre el carácter difuso de la noción de dignidad, conviene recordar que ella admite –en una consideración general– dos sentidos

[473] Atwood, 2017.

diferentes de identificación: de la especie (y dentro de ésta la de los grupos) y de los individuos.

La dignidad de la especie es la que se estudia desde un sentido clásico, aquella que considera dignos a todos los seres humanos en cuanto pertenecientes a la especie humana. Al considerarlos dignos, los seres humanos se colocan en una situación relevante respecto de otras especies.

En este sentido, la protección de la dignidad está destinada a mantener la integridad de la propia especie humana. De manera que todo aquello que tenga vinculación, por ejemplo, con la interferencia artificial en el proceso de reproducción, en la etapa germinal o en la constitución genética de la raza humana, lleva un registro de lectura de este sentido de dignidad.[474] La importancia de la evolución biotecnológica sobre las posibilidades técnicas en esos supuestos merece que se le otorgue un tratamiento diferenciado, lo que se realiza *infra* en el punto 4.

La dignidad de los grupos responde a una noción rehabilitada en las últimas décadas, que trata de mostrar la conexión entre identidad personal y dignidad humana individual, por un lado y, por el otro, entre identidad personal y pertenencia a grupos "con tradiciones, creencias y valores propios".[475] Lo mismo puede predicarse de algunas teorías feministas.[476]

Por último, la dignidad individual es la que vincula la dignidad humana con la autonomía individual y los restantes principios del derecho de los derechos humanos. De este sentido se ocupan en mayor medida los textos jurídicos y la ética.

3. LA DIGNIDAD HUMANA EN LA NORMATIVA BIOETICA INTERNACIONAL

Como se dijo, la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO, de 19 octubre de 2005, hace alusión expresa a la dignidad humana en numerosas normas. En rigor, en nueve ocasiones: dos veces en el preámbulo y siete en el articulado (artículo 2, incisos c y d; y artículos 3, 10, 11, 12 y 28). Otros textos mencionan a la dignidad con un sentido análogo a la *Declaración*. Se trata de diferentes instrumentos internacionales que, a su vez, son fuentes de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos (citadas en su preámbulo).

---

[474] Pérez Triviño, 2007c, p. 119.
[475] Perez Triviño, 2007c, p. 120.
[476] Por ejemplo, la sostenida por Catharine MacKinnon (MacKinnon, 2014).

Los que mayor afinidad presentan con la cuestión en tratamiento son: la Declaración Universal de derechos Humanos, del 10 de diciembre de 1948 (preámbulo y artículos 1, 22 y 23); la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos, de 1997 (preámbulo y artículos 1, 2, 6, 10, 11, 12, 15, 21 y 24); la Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos, de 2003 (preámbulo y artículos 1, 7, 26 y 27); y en el marco regional europeo, la Convención para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del ser humano con respecto a la aplicación de la Medicina y la Biología (Convenio de Oviedo), aprobada en 1997 y vigente desde 1999 (preámbulo y artículo 1).

Lo expuesto es sin perjuicio de reconocer el valor teórico de las restantes fuentes que, de manera directa o indirecta, se mencionan en distintos pasajes de este trabajo.[477] Y, claro está, sin desconocer los tratados de derechos humanos que rigen en la Argentina, debido a lo previsto en el art. 75-22 CN y demás convenciones regionales aplicables. Las referencias normativas que se destacan en este caso son la CADH, que se refiere a la dignidad en los artículos 5, 6 y 11, y la Convención Belém do Pará, que lo hace en el preámbulo y en los artículos 4 y 8.

De todo este universo normativo, la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos se constituye en una herramienta relevante y prioritaria de análisis jurídico.

La relevancia de su estudio deriva de que proporciona una óptima posibilidad para trabajar sobre el concepto dignidad humana de la gestante en la GS, a partir de un instrumento internacional específico para la Bioética. Como se ha dicho, la GS se

---

[477] Tales son el Pacto International de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), la Convención Internacional de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (1965), la Convención de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979), la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (1989), el Convenio de las Naciones Unidas sobre la Diversidad Biológica (1992), las Normas uniformes de las Naciones Unidas sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad (1993), la Recomendación de la UNESCO relativa a la situación de los investigadores científicos (1974), la Declaración de la UNESCO sobre la Raza y los Prejuicios Raciales (1978), la Declaración de la UNESCO sobre las Responsabilidades de las Generaciones Actuales para con las Generaciones Futuras (1997), la Declaración Universal de la UNESCO sobre la Diversidad Cultural (2001), el Convenio de la OIT (N°169) sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes (1989), el Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura aprobado por la Conferencia de la FAO (2001, vigente desde el 29 de junio de 2004), el Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio (ADPIC), anexo al Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio (vigente desde el 1° de enero de 1995), la Declaración de Doha relativa al Acuerdo sobre los ADPIC y la salud pública del 14 de noviembre de 2001 y los demás instrumentos internacionales aprobados por las Naciones Unidas y sus organismos especializados, en particular la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO) y la Organización Mundial de la Salud (OMS).

inscribe dentro de las posibilidades científico-técnicas que permiten las TRHA, que es el ámbito de estudio propio de dicha disciplina. Y en tanto la *Declaración* integra el *corpus iuris* internacional es aplicable a nuestro sistema constitucional-convencional.

Como consecuencia de su relevancia, las normas jurídicas que contiene la *Declaración* son (deben serlo) el primer material a confrontar por el intérprete jurídico que debe resolver un problema bioético. Se trata de un abordaje prioritario más no único, pues dicho análisis crítico debe complementarse luego con otro desde el punto de vista de la filosofía moral. De acuerdo con lo que señala Waldron, en tanto la dignidad es un concepto de la moral y del derecho, es interesante ver qué puede aportar y cómo nos acercamos a ella a partir del derecho.[478]

Reconocido el sentido relevante y prioritario indicado, se destaca con Kemelmajer de Carlucci y Lloveras que la dignidad humana es el "eje conductor" de la *Declaración*, a la vez que aporta estándares para su aplicación en los diferentes ámbitos,[479] de manera principal en el de la bioética. Los estándares de aplicación hacen al contenido y a la delimitación del concepto. Desde luego, a esta afirmación se la puede vincular también con la idea de Waldron, quien sostiene que la dignidad humana está íntimamente conectada al derecho; se la piensa como su fundamento, como contenido de ciertos derechos, e incluso en su forma y carácter estructural.[480]

Por lo tanto, en este momento y en este contexto jurídico se impone avanzar con mayores precisiones sobre este concepto, lo contrario supondría un vicio importante.[481] Más aún cuando la investigación se basa en un razonamiento práctico, es decir, está destinada a proporcionar elementos para la argumentación jurídica.

Ceñida al ámbito bioético, Ashcroft distingue cuatro grupos de definiciones: el primero incluye a los escépticos, esto es, quienes consideran a la dignidad como un concepto incoherente o inútil; para el segundo grupo es una noción basada en la

---

[478] *"Before we get anywhere near the law, we look for the sense that moral philosophers have made of it — Immanuel Kant, for example... That is a tempting approach. But moral philosophy is not our only philosophical resource for exploring an idea like dignity. What if we were to try the opposite approach? Dignity seems at home in law. Let us begin by analyzing how it works in its native habitat and see whether the jurisprudence of dignity can cast any light on its use in moral discourse."* (Waldron, 2009, p. 209).

[479] Kemelmajer de Carlucci y Lloveras, 2009, p. 219.

[480] *"Dignity is intimately connected with the idea of rights — as the ground of rights, and the content of certain rights, and perhaps even the form and structural character of rights."* (Waldron, 2009, p. 210).

[481] García Manrique, 2009, p. 44.

autonomía; el tercero lo asocia a la capacidad, funcionalidad o interacción social; y el último a una propiedad metafísica.[482]

García Manrique suma una quinta categoría: la concepción convencional que, si bien no renuncia al concepto de dignidad humana (como la posición escéptica), sostiene la imposibilidad de su fundamentación y, en consecuencia, la considera solo un presupuesto de la acción moral. No obstante, a esta postura se la desestima con rapidez por distintos argumentos. Se la acusa de irracional, ya que no aporta razones de por qué es un valor intrínseco de toda persona humana. También de estéril, pues, al no indicar por qué los seres humanos son valiosos moralmente, choca con la imposibilidad de deducir consecuencias normativas de ello, por caso, cuál es el estatus de la dignidad. Por último, es débil, en razón de que no puede ser defendida con argumentos; por ejemplo, a la pregunta ¿por qué son dignos todos los seres humanos?, solo pueden responder "porque así está convenido".[483]

También cabe dejar de lado la perspectiva de la postura escéptica[484] (el primer grupo en la clasificación de Ashcroft), pues una interpretación, tanto literal como sistémica, de las numerosas referencias normativas señaladas anticipan que de ningún modo es un concepto inútil o comprendido por otros (en el principio de respeto por las personas o en el principio de la autonomía individual) y mucho menos un concepto vacío de contenido (sentido no determinado por la norma). En rigor, como lo señala Camps, lo que subyace en el artículo incrédulo de Macklin es una reacción a ciertas doctrinas religiosas. Se refiere a la de los miembros de la Comisión presidencial norteamericana nombrada por el ex Presidente Bush, que piensan en la dignidad

---

[482] *"Currently, scholars divide into four distinct groups as regards dignity. One group regards all ''dignity-talk'' as incoherent and at best unhelpful, at worst misleading. I venture to suggest that this group is the mainstream of current English speaking bioethics. Another group finds dignity talk illuminating in some respects, but strictly reducible to autonomy as extended to cover some marginal cases. To this group we can assign Deryck Beyleveld and Roger Brownsword, whose immensely scholarly and interesting book I discuss further below.5 6 The third group considers dignity to be a concept in a family of concepts about capabilities, functionings, and social interactions. This group is exemplified by the authors of a recent suite of articles in The Lancet, inspired by the writings of Amartya Sen and Martha Nussbaum on development and freedom.7–10 The final group considers dignity as a metaphysical property possessed by all and only human beings, and which serves as a foundation for moral philosophy and human rights.11–13 This group is perhaps the mainstream in European bioethics and much theological writing on bioethical topics, and is exemplified in the book by Leon Kass here reviewed, of which more in due course."* (Ashcroft, 2005, 679).
Para Velázquez Jardana, en el segundo grupo, donde se ubican Roger BROWNSWORD, Deryck BEYLEVELD y T. CAULFIELD, se sostiene "que la importancia de la dignidad radica en la autonomía vinculada a los derechos negativos y rechazan que esté justificada su utilización para elaborar una condena general de los avances científicos." (Velázquez Jardana, 2009, p. 104).

[483] García Manrique, 2009, p. 48.

[484] Macklin, 2003 y Pinker, 2008.

humana como vertiente religiosa, como perteneciente al hombre en tanto creación divina, a su imagen y semejanza.[485] Asimismo, Camps suma otras razones con peso argumental para apartarse de la posición escéptica; sostiene que la utilidad no es un criterio válido para juzgar un principio ético, y a la vez agrega que la noción conceptual de dignidad debe ser interpretada en situaciones y contextos particulares.[486]

En cuanto a la tercera postura, siempre en la clasificación de Ashcroft, esto es, la que asocia dignidad con capacidad, funcionalidad o interacción social,[487] aparece como un camino intermedio entre la dignidad como autonomía (segunda postura) y la de raíz metafísica (cuarta postura). Por lo tanto, siguiendo aquí a García Manrique, parece razonable circunscribir el análisis conceptual a estas dos últimas.[488]

Al mismo punto se llega si se adopta la posición de Ramón Valls; este autor distingue entre dos posibilidades conceptuales: (i) acatar y observar la ley moral (de origen externo, la razón puede conocerla, pero no la crea), y (ii) darnos la ley moral a nosotros mismos (autonomía). "En la jerga kantiana, los primeros profesan

---

[485] "MACKLIN está proponiendo, así, una especia de «navaja occamiana» que elimine los conceptos superfluos. Aunque, como decía, en el trasfondo de su reflexión hay algo más, y es el rechazo al sentido que dan a la dignidad humana ciertas doctrinas religiosas (en concreto las que inspiran a los miembros de la *Presidential's Commission* nombrada por Bush) que defienden una concepción de la dignidad restrictiva y estrechamente vinculada a la creencia de que el hombre ha sido creado por Dios y eso es lo que le confiere dignidad." (Camps, 2009, p. 148).

[486] "No digo que MACKLIN carezca de razón. La dignidad humana es seguramente un concepto inútil. Pero ¿inútil para qué? Dicho de otra forma, ¿es la utilidad o inutilidad el criterio que debiera servirnos para analizar el uso y el sentido de los conceptos éticos? Si la utilidad hay que medirla por el papel de dichos conceptos en la resolución de problemas, no sólo el de dignidad, sino la mayoría de ellos (incluido el de autonomía) deberían ser rechazados por inútiles. Todos exigen ser interpretados a la luz de las situaciones particulares y de los contextos específicos. Ninguno nos da la clave para determinar la solución correcta. No sólo la ética, sino la filosofía en general maneja de continuo conceptos borrosos, confusos y vagos. Lo cual no significa que debamos prescindir de ellos. Dignidad, autonomía y respeto forman parte de un conglomerado de significados que se enriquece por la conjunción de los tres conceptos y se empobrece si lo reducimos a uno de ellos." (Camps, 2009, p. 149).

[487] Martha Nussbaum, por ejemplo, sostiene: "Las capacidades se presentan así como la fuente de los principios políticos para una sociedad liberal y pluralista; su contexto es un tipo de liberalismo político que los convierte en fines específicamente políticos y los formula de un modo que evita toda fundamentación metafísica específica… También argumentaré, de nuevo confiando en la idea intuitiva de la dignidad humana, que las capacidades en cuestión deberían atribuirse a todas y cada una de las personas, para tratarlas así como fines y no como medios para los fines de otros."
Luego, la autora elabora una lista de diez capacidades humanas básicas, que deja abierta a los aportes críticos. Dichas capacidades humanas básicas son: 1. Vida, 2. Salud física, 3. Integridad física, 4. Sentidos, imaginación y pensamiento, 5. Emociones, 6. Razón práctica, 7. Afiliación, 8. Otras especies, 9. Juego, 10. Control sobre el propio entorno (político y material).
Y agrega: "La idea básica es que en relación con cada una de estas capacidades podamos sostener, al imaginar lo que sería una vida desprovista de ella, que no sería una vida acorde con la dignidad humana." (para ampliar, ver Nussbaum, 2007, p. 83, 88-89).

[488] García Manrique, 2009, p. 44-47.

heteronomía moral (ley de otro), mientras los segundos proclamamos la autonomía moral del ser humano (ley de uno mismo)."[489]

La cuestión, entonces, se centra en determinar si estos dos criterios se excluyen entre sí y, en tal caso, cuál es elegido por la *Declaración*, si es que opta por alguno de ellos.

a) La dignidad como autonomía

Si se piensa en la dignidad humana basada en la autonomía, la doctrina kantiana aparece como referencia inevitable. Se trata de la filosofía que mayor influencia tiene en el pensamiento occidental sobre este tema.[490] Para Kant, las personas tienen dignidad y no precio, son fines en sí mismos y no medios, y pueden autodeterminarse y autolegislarse (por intermedio de la razón y voluntad).[491]

Sin embargo, esta mirada, aunque mayoritaria en el pensamiento occidental, no es la que se deriva, al menos no de manera estricta o pura, de las normas de la *Declaración.* Tampoco de sus fuentes. Como sea, tratándose de una ética formalista y abstracta requiere de su concreción política. En materia bioética, ello sucede tanto en un estudio sobre principios como en otro narrativista. El caso concreto está situado en una realidad social e histórica determinada, que orienta el contenido normativo y las posibles acciones a seguir. Ello es así, pues, como sostiene Valls, la moral sirve "para descalificar normas o conductas, pero no para decir concretamente qué se debe hacer. La determinación concreta, por tanto, ha de ponerla la estimación social y el legislador político."[492]

Para Kemelmajer de Carlucci y Lloveras, se debe observar la realidad (los textos jurídicos) para desentrañar de ellos lo que amparan y lo que excluyen.[493]

García Manrique señala dos problemas que confrontan las normas jurídicas con la filosofía moral kantiana, que pueden sintetizarse en dos líneas argumentales. Una gira alrededor del concepto de autonomía gradual; la otra destaca el valor de la capacidad para la autonomía como capacidad para tomar decisiones significativas (correctas o incorrectas), sobre la base de un factor de corrección externo (ideal de excelencia o de vida buena).

---

[489] Valls, 2009, p. 65.
[490] En el punto 5 de este mismo capítulo se amplía sobre este pensamiento.
[491] Kant, 2012.
[492] Valls, 2009, p. 69.
[493] Kemelmajer de Carlucci y Lloveras, 2009, p. 223.

El primero de los conflictos expresa que, si la dignidad deriva de la capacidad para la autonomía, y esta capacidad no es igual para todas las personas, podría pensarse en forma válida que existen diferentes dignidades, conforme las distintas capacidades (donde un caso extremo sería el de aquella persona que carece de toda capacidad). Ello habilita a García Manrique a sostener una noción de autonomía de tipo gradual (desigual). Se ha intentado contrarrestar este argumento de la gradualidad, con otro que se expresa en favor de una suerte de capacidad mínima; pero, en tal supuesto, el problema persiste, ya que esta capacidad mínima tampoco sería poseída por todas las personas. Lo que lleva a García Manrique a preguntarse si la consideración *absoluta* de dignidad, esto es, en palabras de Perez Triviño, la que prescinde de la "psicología moral, de las relaciones sociales y de nuestra comprensión de la identidad personal"[494] más identificada con el pensamiento kantiano, resulta útil en bioética. "Porque bien podría ser que la construcción kantiana de la dignidad fuese asumible de cara a la determinación del sentido de la moralidad y, al tiempo, que la bioética necesitase de una concepción distinta, modificada o enriquecida de esa misma idea de dignidad."[495]

La Declaración Universal de Derechos Humanos, fuente principal de la *Declaración*, expresa en su preámbulo: "Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana". Luego, en el artículo 1 estipula que "Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros."[496] En el artículo 22 establece que la realización de los derechos económicos, sociales y culturales son indispensables a la dignidad de la persona; la fórmula se repite en el artículo siguiente, en relación con la remuneración. Este instrumento se posiciona en un concepto de dignidad que tiene pretensiones normativas, es decir, que persigue obtener consecuencias prácticas y comunes a todas las personas humanas. Lo mismo puede decirse de la *Declaración*. En cambio, el uso kantiano de dignidad no se refiere a lo que está de acuerdo o no con esta dignidad personal de las normas jurídicas, sino a la concordancia con la ley moral. De lo dicho surge que el uso del concepto dignidad en los textos normativos jurídicos alude y protege la dignidad humana de cada individuo, mientras que la metaética

[494] Pérez Triviño, 2007a, p. 21.
[495] García Manrique, 2009, p. 50-51.
[496] Los resaltados son propios.

kantiana la piensa como capacidad genérica de la humanidad de darse a sí misma la ley moral. Esto es, se trata de un concepto formal de dignidad y, por lo tanto, carente de contenido concreto.[497]

Los textos jurídicos hacen referencia a un "ideal global de vida buena que, en tanto ideal sustantivo, sí permitiría extraer consecuencias concretas tales como la afirmación de los derechos fundamentales o como la formulación de criterios para resolver problemas bioéticos…"[498]

Y este ideal funciona como cláusula de cierre y como cláusula de interpretación en una teoría de los derechos fundamentales y de la bioética.

Con el ideal de excelencia, García Manrique ingresa al segundo problema, y plantea su disenso con la posición liberal (extrema o conservadora),[499] que argumenta sobre la imposibilidad de plantear un ideal de vida buena para el hombre o vinculado a los fines de la vida humana. El autor razona que, si ello en verdad no fuese posible (establecer un ideal de excelencia), tampoco podría otorgársele valor a la autonomía. En suma, defiende una *capacidad humana para la autonomía*, es decir, "la capacidad para tomar decisiones significativas y, para lo que ahora interesa, una decisión significativa es una decisión que puede ser juzgada como correcta o incorrecta",[500] sobre la base de un factor de corrección externo (ideal de vida buena).

---

[497] García Manrique, 2009, p. 51. "El concepto de dignidad pertenecería al campo de la metaética y no al de la ética normativa, limitándose a servir como expediente que explica, por una parte, el origen humano (y no divino o natural) de la moral y, por otra parte, permite rechazar las concepciones aristocráticas de la moral, al hacer ver que esta capacidad para la moralidad está conectada con lo humano en sí, y no con la posesión de características especiales. Por eso, podríamos decir que Kant no está interesado tanto en afirmar la dignidad de cada individuo en particular, cuanto la dignidad de esa genérica capacidad humana que nos permite pensar y actuar moralmente, una capacidad que, desde luego, no se actualiza por igual en cualquier ser humano biológico (baste pensar en los niños o en algunos enfermos). (García Manrique, 2009, p. 52).

[498] García Manrique, 2009, p. 52.

[499] "Si bien en general los liberales parten del reconocimiento del principio de autonomía como fundamento de sus concepciones, no todos lo entienden de igual manera. El liberalismo de algunos utilitaristas se orienta al incremento de la autonomía global de un grupo como si se tratara de un solo individuo. El liberalismo conservador de los libertarios pretende que la autonomía se distribuya espontáneamente y deje intacta la autonomía que cada uno parece haber alcanzado por sí mismo. Por su parte, el liberalismo perfeccionista considera que la vida autónoma es valiosa si los planes de vida son aceptables y buenos. Finalmente, el liberalismo igualitario busca maximizar la autonomía de cada individuo por separado en la medida en que ello no implique poner en situación de menor autonomía comparativa a otros individuos." (Vázquez, 2009, p. 199).

[500] "Pero este juicio de corrección ha de depender necesariamente de un *criterio externo* al propio sujeto que toma la decisión. Si este criterio no existe (y el ideal de la vida humana buena es precisamente ese criterio), entonces los seres humanos no pueden ser valorados por su capacidad para la autonomía, porque ni siquiera puede determinarse quién posee tal capacidad (no podrían distinguirse las acciones de un loco de las de un cuerdo)." (García Manrique, 2009, p. 53).

b) La dignidad heterónoma

Se trata de una concepción de la dignidad contrapuesta a la que se basa en la autonomía, tanto filosófica como jurídicamente.

La posición heterónoma parte de que los seres humanos tienen un lugar atribuido en el mundo y su conducta será digna en la medida que sepan conservar ese lugar. Pretende respetar un orden general dado de antemano, con normas propias que lo rigen. La visión más extendida es la religiosa. La dignidad deriva de la posesión de un alma inmortal (a diferencia de los demás seres) o de haber sido creados a imagen y semejanza de Dios, contando con la posibilidad de conocer la ley natural.

Ahora bien, cualquier concepción religiosa, por respetable que sea, no es aceptable en un análisis crítico iusfilosófico, en tanto se origina y se sustenta en una revelación (y no en la razón). La concepción que requiere una bioética laica es racional, esto es, "comunicable argumentativamente a los demás, y que los demás estén en condiciones de aceptar o rechazar de acuerdo con razones."[501] Sus destinatarios son todas las personas, no solo aquellos con capacidad de acceder al conocimiento mediante la revelación.

Existen otras concepciones heterónomas no religiosas, de base aristotélica y carácter teleológico, que también parten de una posición de la persona humana en el mundo (lo que es) y lo que podría llegar a ser si alcanzase su fin.

En suma, desde esta perspectiva, la dignidad de la persona humana no depende solo de su capacidad para la autonomía. Y estaría definida por una forma de ser actual y potencial ya determinada, integrando un orden general del mundo, que el agente no elige. Los seres humanos serían autónomos, pero el criterio para determinar lo que es bueno para él es heterónomo, es decir, ajeno a su propia especificación como sujeto autónomo.[502]

c) Concepción de la dignidad humana en bioética

Con base en la noción kantiana de dignidad que, se reitera, no es la que brindan los textos normativos jurídicos en general, ni la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos en particular –aunque la presuponen–, se ha intentado elaborar un concepto de dignidad humana propio para el ámbito de la bioética. En este sentido, al valor intrínseco de lo humano (dignidad kantiana) debe agregársele además un relato de la vida humana buena (un ideal de excelencia).

---

[501] García Manrique, 2009, p. 54.
[502] García Manrique, 2009, p. 54-55.

García Manrique menciona una serie de notas[503] de interés y valor práctico, que debería contener una concepción de la dignidad humana apropiada para la bioética. A la vez, estas notas funcionan como guía interpretativa de las normas de la *Declaración*.

(i) *La autonomía como base*: la dignidad humana se basa en la autonomía moral, que es la *capacidad* para darse a sí mismo normas morales. La capacidad para la autonomía debe distinguirse de la autonomía en sí, la que se visualiza como resultado del ejercicio de dicha capacidad.

(ii) *Razón de ser del valor de la capacidad para la autonomía*: el valor de la capacidad para la autonomía radica en que pueda ser bien ejercida. Se entiende por bien ejercida cuando tiende a aproximarse al ideal de lo humano (ideal de excelencia humana).

(iii) *Capacidad de posesión variable*: una cualidad absoluta e invariable no es satisfactoria para los objetivos de la bioética. Las personas humanas poseen una capacidad en grados diferentes, conforme distintas circunstancias empíricas. En rigor, esta nota reconoce que los sujetos de la bioética, en general, poseen una capacidad para la autonomía menor, temporaria o permanente, más o menos modificable.

(iv) *Capacidad de ejercicio variable*: con independencia del grado de la propiedad que se posee, la capacidad también puede ser ejercida de forma variable, lo que determinará que se aproxime más o menos al ideal de excelencia humana. Es decir, existen distintos niveles de capacidad para la autonomía y distintos niveles de ejercicio.

(v) *Dignidad actual y dignidad potencial*: la dignidad como cualidad (actual) es la poseída por todas las personas humanas (o por la mayoría de ellos), en algún grado. Esta dignidad como cualidad (actual) se vincula con el comportamiento digno (potencial).[504] El ideal de excelencia humana debe ser asequible por todos, estar al alcance de todos, a través de la educación. A estas notas también se las pueden identificar como dignidad inherente, ontológica o absoluta, por un lado, y dignidad empírica, fenomenológica o relativa, por el otro.[505]

---

[503] Conf. García Manrique, 2009, p. 55-58.

[504] "Si tenemos una dignidad inherente u ontológica o absoluta es porque somos capaces de aproximarnos a la excelencia, esto es, porque podemos llegar a tener dignidad empírica, fenomenológica o relativa." (García Manrique, 2009, p. 57).

[505] García Manrique, 2009, p. 56.

(vi) *Lo humano más allá de lo autónomo*: se trata de justificar la extensión de la dignidad a todo lo "biológicamente humano" en aquellas situaciones donde los seres humanos carecen de autonomía. Las opciones son dos: o bien se crea un argumento en virtud del cual se pueda extender la "capa" de la dignidad a los seres humanos no autónomos, o bien se debe elaborar un concepto de dignidad que no descanse –exclusivamente– sobre la autonomía.[506]

Otra forma de caracterizar a la dignidad en bioética se encuentra en la idea de Camps. Esta autora sostiene que ella debe entenderse en forma articulada con las ideas de *autonomía* y *respeto*. En rigor, estos dos últimos conceptos, que funcionan entre sí imponiéndose límites recíprocos (por ejemplo, el respeto debido al otro es un límite a la propia autonomía), ayudan a comprender en qué consiste la dignidad humana. Aclara que ninguna de las tres nociones "ahuyenta" los problemas básicos, la forma general o abstracta, ya que ningún concepto valorativo (y los tres lo son) es absoluto. Se trata de criterios para abordar los problemas.[507]

Con otra terminología, Nino extrae la fundamentación de los derechos humanos de una conjugación necesaria de los principios de dignidad, autonomía e inviolabilidad.

> En el curso de este trabajo se propondrán tres principios, de cuya combinación derivan los derechos humanos fundamentales. Uno es el principio de inviolabilidad de la persona, que prohíbe imponer sacrificios a un individuo solo en razón de que ello beneficia a otros individuos; el segundo principio es el de autonomía de la persona y él asigna un valor intrínseco a la persecución de planes de vida e ideales de excelencia (y, en virtud de un principio complementario, al placer y a la ausencia de dolor); el tercer principio, el de dignidad de la persona, prescribe tratar a los hombres de acuerdo con sus

[506] Unos intentos en este último sentido son los ensayados por Martha Nussbaum en *Las fronteras de la justicia* (Nussbaum, 2007) y Ronald Dworkin en *El dominio de la vida* (Dworkin, 1994).

[507] "No se nos oculta que la extensión del concepto de dignidad al de autonomía y al de respeto no ahuyenta problemas básicos. Ningún concepto valorativo (y los tres lo son, lo veremos luego) es absoluto. En la práctica necesitan articularse entre sí, lo cual pone de manifiesto que el respeto debido al otro puede significar un límite para la propia autonomía. Es lo que ocurre cuando el interés de la ciencia, o incluso el interés de un profesional de la sanidad, se ve frenado por el respeto a la integridad del paciente, en la forma de no hacer un uso mercantil o estrictamente utilitario de su cuerpo o de alguno de sus órganos (aunque sea en beneficio de otros). O, al revés, el respeto a la salud pública, que no es otra cosa que el cuidado por todos y cada uno de los ciudadanos, obliga a controlar una epidemia con una serie de medidas que sin duda coartan la libertad individual. Al mismo tiempo que el análisis de lo que significa la dignidad descubre conflictos como los citados, ese mismo análisis nos proporciona unos criterios para abordarlos. Lo cual no significa que abordar los conflictos sea resolverlos, ya lo he dicho al principio, pero conviene seguir recordándolo." (Camps, 2009, p. 147-148).

voliciones y no en relación con otras propiedades sobre las cuales no tienen control.[508]

Estas tres concepciones (García Manrique, Camps y Nino) son apropiadas para comprender el objeto del estudio que se presenta. Proporcionan una versión enriquecida y actualizada de la dignidad humana para el fenómeno bioético. Se la entiende como la autonomía moral –que está a la base–, a la que se le suman otros conceptos (capacidad para la autonomía, ideal de excelencia, respeto, inviolabilidad). De su interrelación surgirá también el contenido concreto a la dignidad de la gestante en la GS, práctica inserta dentro del campo de actuación bioética.

A los desarrollos anteriores se puede agregar otro que reconoce *estándares concretos de la comunidad*, sin alterar lo sustancial. Para Kemelmajer de Carlucci y Lloveras, "la dignidad humana implica el respeto al ser humano en su condición de único e irrepetible, para lo cual deberán tenerse en cuenta los estándares y convenciones de la cultura o comunidad en la que una persona se encuentra inserta, siempre que esos estándares no violenten lo humano irreductible."[509] En este mismo sentido, de reconocimiento de estándares, también se pronuncia Dworkin, reafirmando que éstos "difieren de lugar a lugar y de época en época."[510]

d) La dignidad como concepto complejo y abstracto.

De acuerdo con lo visto en los apartados precedentes, se puede concluir que un concepto de dignidad humana para la bioética –base para delinear el contenido de la dignidad de la gestante en la GS– es complejo y abstracto, en cualquiera de sus presentaciones.

La complejidad deriva tanto si se considera a la dignidad como una configuración entre la noción de valor en sí de la persona humana, basada en su capacidad para la autonomía y orientada a la consecución de un ideal de excelencia, cuanto si se la entiende como una construcción que requiere la articulación necesaria de las nociones de autonomía y respeto. Estos conceptos de autonomía y respeto se imponen entre sí limitaciones recíprocas, lo que ayuda a comprender a modo de síntesis dialéctica en qué consiste la dignidad humana. Lo mismo sucede en el

---

[508] Nino, 2017, p. 46.

[509] Kemelmajer de Carlucci y Lloveras, 2009, p. 225-226.
Estas autoras también defienden como recurso la remisión al "techo ideológico de la Constitución". A su estructura de valores u orden de valores, cuya interpretación tiene impacto en las palabras de la norma (Kemelmajer de Carlucci y Lloveras, 2009, p. 226). En igual sentido, ver Sagüés, 2016, p. 339 y sig.

[510] Dworkin, 1994, p. 305.

pensamiento de Nino, con validez para todos los derechos humanos, cuando alude a la interrelación entre los principios de inviolabilidad, autonomía y dignidad de la persona humana.

Lo dicho es sin perjuicio de aceptar la recomendación de construir estándares de actuación, elaborados sobre la base del dato empírico que se analiza, aplicables a cada comunidad. Justamente, todo ello es necesario debido al carácter abstracto de la noción. Es decir, a la dignidad humana en bioética, y en consecuencia a la dignidad de la gestante en la GS, debe dotársela de un contenido concreto, que recepte las circunstancias de tiempo y espacio de aplicación.

e) La interpretación de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos.

La necesidad de interpretación que requieren las normas de la *Declaración* responde a que sus cláusulas son principios (no reglas).[511]

Por lo tanto, sin perder de vista la complejidad conceptual explicada y, en la búsqueda del cometido de esta investigación, corresponde destacar algunas referencias que contiene la *Declaración*.

(i) Preámbulo. La primera mención a la "dignidad de la persona humana"[512] se expresa en el preámbulo, tercer párrafo. La *Declaración* establece allí que los problemas éticos que genera el progreso científico y sus aplicaciones tecnológicas deben ser examinados teniendo en cuenta el respeto de tal dignidad.

(ii) Artículo 2, incisos c) y d). Se regulan aquí el respeto de la "dignidad humana", de acuerdo con el derecho internacional relativo a los derechos humanos, por un lado, mientras que, por el otro, se advierte que los adelantos de la ciencia deben realizarse en el marco de los principios

[511] García Manrique, 2009, p. 58.

[512] Una discusión interesante que puede darse, pero que no se dará en este trabajo en tanto excede su objetivo principal, es el vinculado a las posibles razones –y su impacto bioético– que tendrían las diferentes expresiones utilizados por la *Declaración* alrededor del concepto "dignidad". En efecto, en el preámbulo se utiliza la expresión "dignidad de la persona humana", mientras que en el articulado se refiere a la "dignidad humana". De ello surge el interrogante sobre si la *Declaración* utiliza como sinónimos esas expresiones y, en tal caso, cuáles serían las consecuencias de una respuesta positiva o negativa. Es decir, al concepto difuso "dignidad", la *Declaración* incorpora en el preámbulo un elemento de definición no menos conflictivo que es el concepto "persona", cuya incidencia en el ámbito bioético es directa (piénsese, por ejemplo, en materia de tratamiento y destino de embriones no implantados, aborto, entre otros).

éticos de la propia *Declaración*[513] (también en respeto por la "dignidad humana").

Entre los principios éticos a los que alude el artículo 2-d), interesa resaltar las normas de los artículos 5, 6-1 y 8.

(iii) Artículo 3. Es el primero de los principios rectores que regula la *Declaración*, que se refiere al respeto pleno de la "dignidad humana".

(iv) Artículo 10: "Se habrá de respetar la igualdad fundamental de todos los seres humanos en dignidad y derechos, de tal modo que sean tratados con justicia y equidad."

(v) Por último, la cláusula interpretativa que contiene el artículo 28.[514]

En una interpretación literal de estas normas (a excepción de lo previsto en el artículo 10), la *Declaración* parece tolerar la concepción compleja de dignidad que versa sobre el respeto por la capacidad para la autonomía de las personas, destinada a alcanzar el mayor grado posible del ideal de excelencia. El artículo 10, en cambio, parece inclinarse hacia una concepción absoluta (propiedad metafísica) de la dignidad humana, antes que una capacidad para la autonomía.

De ser así, en una interpretación sistemática, esto es, el artículo 10 (dignidad fundamental e igual para todos los seres humanos) leído en conjunción con el artículo 5 (que admite la existencia de personas que carecen de autonomía),[515] la *Declaración* presentaría una incongruencia conceptual. Sin embargo, la cuestión no debe preocupar, pues se trataría de una mera incongruencia teórica sin incidencia práctica, si se admiten las otras posibilidades del concepto complejo, a saber: la articulación de la dignidad humana con las nociones de autonomía y respeto (por ejemplo, de la diferencia), o la interrelación entre los principios de dignidad de la persona con la autonomía e inviolabilidad. De ello surge que autonomía y respeto (o autonomía e inviolabilidad) se limitan entre sí a fin de propiciar, a modo de síntesis, la formulación de un contenido concreto a la dignidad (y por lo tanto resolver qué se entiende por tal), teniendo siempre como destino su efectiva realización.

---

[513] Se refiere a los estipulados en los artículos 3 a 17.

[514] "Ninguna disposición de la presente Declaración podrá interpretarse como si confiriera a un Estado, grupo o individuo derecho alguno a emprender actividades o realizar actos que vayan en contra de los derechos humanos, las libertades fundamentales y la dignidad humana."

[515] Artículo 5: Autonomía y responsabilidad individual. *"Se habrá de respetar la autonomía de la persona en lo que se refiere a la facultad de adoptar decisiones, asumiendo la responsabilidad de éstas y respetando la autonomía de los demás. Para las personas que carecen de la capacidad de ejercer su autonomía, se habrán de tomar medidas especiales para proteger sus derechos e intereses."*

Así las cosas, las cláusulas de la *Declaración,* que se refieren de manera expresa a la dignidad humana, pueden interpretarse, en forma válida y justificada, en un sentido conceptual unitario (aunque complejo).

Pero puede ocurrir también que los redactores de la *Declaración* hayan decidido no adscribir a una determinada concepción teórica de dignidad,[516] con la finalidad de favorecer su uso doble: como límite y guía en cada caso concreto, o como una especie de freno y contrapeso a la fuerza del desarrollo científico que no se detiene. Esta opción también concuerda o puede ser leída en el registro de los conceptos complejos y unitarios elegidos; me refiero a la idea de autonomía y respeto o autonomía e inviolabilidad imponiéndose límites en forma recíproca, actividad que deja a resguardo los excesos y los defectos de las acciones particulares de cada caso.

Ahora bien, con independencia que se adscriba a alguna concepción determinada, para un razonamiento práctico interesa destacar que el artículo 10 puede ser interpretado de manera sistémica (junto a los artículos 5, 8 y 28), en un registro propio para el ámbito americano. El principio interpretativo rector en este caso es el de respeto por la igualdad real (material y formal o compleja –según se verá luego en el Capítulo V–), en dignidad y en derechos, a partir de una concepción de justicia, que recepte la situación de las personas gestantes como posibles integrantes de un grupo estructuralmente desventajado.

Desde esta visión, la pauta interpretativa tolera una dimensión temporal y espacial actual en clave regional, cuya comprensión, dada la introducción de la bioética en el marco normativo internacional de los derechos humanos, se enriquece con la adición de la CADH, la Convención Belém do Pará y demás instrumentos relacionados con la protección de mujeres (desde luego, la CEDAW) y otras personas con capacidad de gestar.

De esta manera, la interpretación de las normas bioéticas posee un efecto expansivo, entendido como un recorrido de ida y vuelta: de la *Declaración* al ámbito latinoamericano y de allí su retorno a la *Declaración*, enriquecido por las pautas empíricas espaciales y temporales de la región (artículo 11 de la CADH, artículo 4-d de la Convención Belém do Pará), conforme la interpretación de la Corte IDH.[517]

Es que la bioética trata sobre situaciones que sobrepasan "el marco de las relaciones individuo-estado y estado-estado para dotar a los derechos humanos de una

[516] De acuerdo a lo visto en forma precedente, en este mismo punto.
[517] En detalle, se remite al Capítulo IV de este trabajo.

dimensión espacial que pasa del individuo como ciudadano a miembro de una especie y una dimensión temporal que llega hasta las generaciones futuras."[518] Este recorrido de la bioética inserta en el derecho de los derechos humanos justifica, además, el tratamiento de los diferentes sentidos de la dignidad.

Lo expuesto hasta ahora debe integrarse asimismo con la expresión que contiene el artículo 2-d): "repercusiones beneficiosas del desarrollo científico y tecnológico". La noción repercusiones beneficiosas se refiere a la aplicación concreta de los adelantos científicos y tecnológicos a un caso determinado (con el límite del artículo 27).[519] En lo que aquí interesa, a la posibilidad de realización efectiva de la GS, derivada del avance y desarrollo de las TRHA.

Se trata de efectuar una comprensión integradora de la proposición normativa, pues cualquier avance científico bioético lleva ínsito el destino de ser aplicado, de repercutir beneficiosamente en los seres humanos. Siendo así, la norma abre la posibilidad –junto a los artículos 26 y 28– de completar la tarea interpretativa con los principios que contienen los artículos 5, 6-1 y 8 (autonomía, responsabilidad, consentimiento, vulnerabilidad e integridad personal[520]), aunque éstos no formulen una referencia expresa de la dignidad humana.[521]

De manera entonces que la *Declaración*, el texto normativo bioético internacional específico, brinda pautas que favorecen la articulación entre dignidad humana, autonomía,[522] y la voluntad expresada en el consentimiento pleno e

---

[518] Velázquez Jordana, 2009, p. 110.

[519] Artículo 27. Limitaciones a la aplicación de los principios. "Si se han de imponer limitaciones a la aplicación de los principios enunciados en la presente Declaración, se debería hacer por ley, en particular las leyes relativas a la seguridad pública para investigar, descubrir y enjuiciar delitos, proteger la salud pública y salvaguardar los derechos y libertades de los demás. Dicha ley deberá ser compatible con el derecho internacional relativo a los derechos humanos."

[520] Artículo 5: Autonomía y responsabilidad individual. "Se habrá de respetar la autonomía de la persona en lo que se refiere a la facultad de adoptar decisiones, asumiendo la responsabilidad de éstas y respetando la autonomía de los demás. Para las personas que carecen de la capacidad de ejercer su autonomía, se habrán de tomar medidas especiales para proteger sus derechos e intereses."
Artículo 6: Consentimiento. "1. Toda intervención médica preventiva, diagnóstica y terapéutica sólo habrá de llevarse a cabo previo consentimiento libre e informado de la persona interesada, basado en la información adecuada. Cuando proceda, el consentimiento debería ser expreso y la persona interesada podrá revocarlo en todo momento y por cualquier motivo, sin que esto entrañe para ella desventaja o perjuicio alguno."
Artículo 8: Respeto de la vulnerabilidad humana y la integridad personal. "Al aplicar y fomentar el conocimiento científico, la práctica médica y las tecnologías conexas, se debería tener en cuenta la vulnerabilidad humana. Los individuos y grupos especialmente vulnerables deberían ser protegidos y se debería respetar la integridad personal de dichos individuos."

[521] Referencias expresas que, por otra parte, no son necesarias, pues se entiende que la noción dignidad humana cruza, explícita o implícitamente, todo el texto normativo.

[522] Un aporte importante a la determinación de la autonomía de la voluntad en bioética es el siguiente:

informado, atendiendo a circunstancias especiales de *vulnerabilidad,* lo que se traduce en el respecto por el valor adjetivo de la igualdad en las diferencias personales, sociales e históricas. A la vulnerabilidad se la entiende como un concepto dinámico, por capas y relacional, esto es, se reconoce que existen situaciones que pueden hacer o convertir en vulnerable a una persona o grupo.

> Así, la vulnerabilidad debería ser pensada mediante la idea de capas. La metáfora de las capas brinda la idea de algo flexible, algo que puede ser múltiple y diferente, y que puede ser removido de uno en uno, capa por capa. No hay una sólida y única vulnerabilidad que agote la categoría, puede haber diferentes vulnerabilidades, varias capas operando. Estas capas pueden superponerse y, por ejemplo, algunas pueden estar relacionadas con problemas del consentimiento informado, mientras que otras lo estarán con las circunstancias sociales.[523]

La inclusión de la noción vulnerabilidad por parte de la *Declaración* es un signo positivo que merece ser destacado, dada su influencia sobre el valor adjetivo de la igualdad.[524]

"La autonomía de la voluntad en bioética debe ser entendida como un conjunto de principios positivos basados en derechos subjetivos morales, que presuponen dos propiedades relevantes: la voluntariedad y la competencia.
a) la *voluntariedad* para realizar la acción autónoma supone intencionalidad; conocimiento; ausencia de control externo e interno, la autenticidad.
b) la *competencia* implica que una persona puede participar en las decisiones sobre su tratamiento, y en su caso, proteger al incompetente de los efectos nocivos de una mala decisión, supliendo su carencia en lo posible." (Kemelmajer de Carlucci y Lloveras, 2009, p. 228-229).

[523] La cita continúa de la siguiente manera: "Creo que vale la pena explorar la idea de *capas* de vulnerabilidad. Esta idea nos ofrece flexibilidad en la concepción de la vulnerabilidad. Por ejemplo, si consideramos la situación de las mujeres, puede decirse que ser una mujer no implica, por sí mismo, que esa persona sea vulnerable. Gran parte de las mujeres que viven en países industrializados generalmente son respetadas, pueden estudiar, trabajar y elegir su plan de vida (aunque, por supuesto, hay muchas excepciones como las mujeres que están de manera ilegal, etc.). En cambio, las mujeres que viven en otro tipo de países, por ejemplo, aquellos que son *intolerantes a los derechos reproductivos* adquieren una primera capa de vulnerabilidad. A su vez, la situación de las mujeres con educación y recursos es diferente a la de las mujeres que carecen de ellos. En el primer caso, las mujeres quizás puedan superar algunas de las consecuencias de la intolerancia a los derechos reproductivos –ya sea porque tengan la capacidad socio-económica de comprar anticonceptivos adecuados o porque, aún si deben recurrir a un aborto ilegal, logren hacerlo en condiciones de mayor seguridad. En cambio, una *mujer pobre* viviendo en un país intolerante a los derechos reproductivos adquiere otra capa de vulnerabilidad. Por ejemplo, es posible que ella no tenga acceso a anticonceptivos de emergencia y sea más susceptible a embarazos no deseados o a secuelas físicas por carecer de acceso al sistema de salud en esa área en particular. Es más, una mujer pobre y *analfabeta* viviendo en un país intolerante a los derechos reproductivos adquiere otra capa más de vulnerabilidad, y si pertenece a un grupo migrante o a poblaciones aborígenes recibirá otras capas que se manifestarán de formas diversas, y, así sucesivamente. […] Por lo tanto, si es correcto entender este concepto como dinámico y relacional, entonces, no solamente evitaremos caer en etiquetas, sino también en estereotipos." (Luna, 2009, p. 263-264).

[524] La *Declaración* no identifica ni opta por un concepto específico de vulnerabilidad, de modo que se consideran comprendidos tanto la vulnerabilidad propia del ser humano entendida como perteneciente

En la Argentina, la vulnerabilidad es una característica que no solo puede afectar a la niñez, la ancianidad o la discapacidad (condicionamientos propios de la especie), sino también a personas que cargan sobre sí una desigualdad estructural derivada de condiciones sociales, históricas, culturales o políticas. En esta situación se encuentran las mujeres víctimas de violencia de género, las desplazadas, indígenas, migrantes, en situación de pobreza, trabajadoras rurales, entre otras.[525]

Por lo tanto, es importante que la *Declaración* alerte que la promoción del conocimiento científico y del desarrollo tecnológico no supone actuar en forma abusiva contra las personas vulnerables, que viven en situaciones de indefensión, falta de conocimiento o pobreza,[526] es decir, contra los integrantes de grupos en situación de desigualdad estructural. De allí que el imperativo kantiano de no cosificar o instrumentalizar a la persona humana, en tanto imperativo ético (contenido en las conceptualizaciones explicitadas y enriquecido con los aportes que éstas reconocen), emerja en la actualidad con fuerza en la región, al amparo de este reconocimiento expreso por parte de instrumentos internaciones. La construcción de estándares concretos viene a aportar un plus práctico de cobertura interpretativa.

En el contexto normativo, también asume importancia la previsión del segundo inciso del artículo 3 de la *Declaración*: "Los intereses y el bienestar de la persona deberían tener prioridad con respecto al interés exclusivo de la ciencia o la sociedad." Esta norma es muy importante en la construcción de la noción de bien.

Para Andorno, las prácticas de carácter excepcionales, donde el beneficiario es un tercero o la sociedad, requieren una extrema cautela antes de ser autorizadas. Deben cumplir con ciertos requisitos, entre ellos, el consentimiento libre (verdaderamente libre) e informado, la *gratuidad* del acto, y la minimización de riesgos para la vida y la salud de la persona en cuestión.[527]

f) A propósito de la gratuidad y la disposición del propio cuerpo

El requisito de la gratuidad (en la GS, altruismo, en el sentido de excluir toda remuneración como contraprestación, dejando a salvo la cobertura de los gastos de salud, parto, controles médicos periódicos, entre otros) está vinculado con la acción

---

a la especie (v. gr., niñez, ancianidad), como la derivada o introducida por circunstancias específicas (v. gr., de los grupos víctimas de desigualdad estructural). A mayor abundamiento, se puede ver: Luna, 2009, p. 255 y sig.

[525] Resulta útil aquí, sin perjuicio de lo estudiado en el capítulo IV, tener presente las referencias contenidas en las Reglas de Brasilia ya aludidas.

[526] Camps, 2009, p. 151.

[527] Andorno, 2012, p. 53.

del agente en beneficio o en favor de un tercero, la que se encuentra a su vez en relación con el principio de solidaridad.

A este principio, en su dimensión más débil se lo vincula con el deber de ayuda mutua, en general basado en lazos de interdependencia comunes (por ejemplo, familiares). En una posición más fuerte se aproxima a la noción de sociabilidad de Rawls, o la asunción del interés de un tercero.[528]

La *Declaración* lo recepta en estos términos: "Se habrá de fomentar la solidaridad entre los seres humanos y la cooperación internacional a este efecto". La promoción y fomento de la solidaridad también está reconocida en una de sus fuentes: el artículo 17 de la Declaración Universal sobre Genoma Humano y Derechos Humanos.

En cualquier Estado de derecho constitucional, democrático y pluralista, el "acuerdo" es la base sobre la cual se construye la "moral civil",[529] que es el plafón donde se inserta este principio, y por ende donde encuentra justificación. Al acuerdo se lo denomina "consenso" en una visión comunitaria o socialista y "contrato" en una liberal. Se trata de una actitud dialógica que, junto a la capacidad autolegisladora de la persona humana, se erige como un valor sobre el que se construye la moral civil.[530]

Luego, como enseña María Casado, son las normas legales las que reflejan los acuerdos sociales expresándolos en términos jurídicos. De manera que, en un sistema democrático real, los consensos expresan lo que se considera justo y equitativo para esa sociedad. De allí que el "desarrollo conceptual de los derechos humanos representa en sí mismo una teoría de la justicia, aplicable a la distribución de bienes y valores en lo que concierne a la salud, puesto que tiene un carácter exigible y atañe a la distribución equitativa en el mundo global y local."[531]

---

[528] De Lucas, 1994, p. 10-11.

[529] Se trata de un concepto empleado por Adela Cortina. Esta filósofa sostiene que la "moral civil presupone, pues, unos ciertos idéales compartidos entre los miembros de una sociedad como la nuestra… El sentido profundo de la moral civil descansa, pues, en unos valores compartidos, que por *verdaderos* hemos aceptado explícitamente un buen número de sociedades, sin dejar un resquicio de posible acierto al hipotético contrario. El sentido profundo de la moral civil no descansa en una necesidad de asociación, hecha virtud por arte de magia ideológica, aunque puede degenerar en ello como sigamos repitiendo discursos sin reflexionar a fondo sobre los valores democráticos. La moral civil descansa en la convicción de que es verdad que los hombres son seres autolegisladores, que es verdad que por ello tienen dignidad y no precio, que es verdad que la fuente de normas morales sólo puede ser un consenso en el que los hombres reconozcan recíprocamente sus derechos, que es verdad, por último, que el mecanismo consensual no es lo único importante en la vida moral, porque las normas constituyen un marco indispensable, pero no dan la felicidad. Y los hombres —esto también es verdad— tienden a la felicidad." (Cortina, 2000, p. 77).

[530] Cortina, 2000, p. 78 y sig.

[531] Casado, 2017, p. 31.

Se trata, en suma, de alcanzar un consenso dialógico en condiciones de simetría de todos los agentes morales.

Adela Cortina resalta los tres peligros que acechan al consenso: que sea concebido como estrategia, que sea reducido a un mecanismo formal (mero legitimador de normas) o su opuesto, que se haga de él la "piedra filosofal que moraliza cuanto toca".[532]

En nuestras sociedades contemporáneas, consumistas, individualistas, estratégicas y estructuralmente desigualitarias, la cuestión de la disposición del propio cuerpo de la gestante en la GS ingresa en el primero de los riesgos aludidos por Adela Cortina. De esta manera, ninguna decisión puede considerarse consensuada con base en el principio de solidaridad, si fue realizada mediante una manipulación estratégica favorecida por una situación de desigualdad estructural o por una onerosidad simulada. Ello implicaría el uso del otro (de la gestante) como un medio.

En una situación de consenso genuino, el valor del principio de solidaridad no tiene por qué ser funcional a una exigencia personal del beneficiario, por muy legítima que ésta sea.

Este razonamiento, que gira sobre el principio de solidaridad y uno de sus presupuestos: la gratuidad, se introduce a su vez en otro también de mucho interés para este estudio, el cual, según la postura bioética (ética) que se asuma, repercutirá sobre la interpretación de la norma jurídica. Me refiero a la utilización del propio cuerpo, sus partes y componentes, en un contexto social y político de corte mercantilista. Cabe por lo tanto detenerse a pensar cuál es el tratamiento que las normas jurídicas le otorgan al cuerpo humano, sus partes y componentes, que parece gravitar sobre una pregunta ética nuclear: ¿somos cuerpo o tenemos cuerpo?, entre otras posibles que de ella derivan. La posición que se asuma repercutirá en el contenido final que se atribuya a la dignidad humana de la gestante en la GS.

En principio, recuerda María Casado, si se considera al cuerpo humano a partir de sus características de unidad e integridad, esto es, como una totalidad, hay acuerdo que el ser humano como uno e indivisible, tiene dignidad y no precio. No obstante, este acuerdo desaparece cuando se habla de los componentes o partes separadas del cuerpo humano. No puede ignorarse que el mercado cosifica y pone precio, para lo cual la ciencia y la tecnología devienen en operadores necesarios. De modo que hablar

[532] Cortina, 2000, p. 78.

de dignidad de los órganos, células o genes, es problemático. Al respecto, a grandes rasgos puede decirse que existen dos modelos dicotómicos: el continental y el anglosajón.

El primero, el continental (europeo y latinoamericano), se opone a dejar todo liberado al mercado, el cual, a su vez, está dominado por el dinero (distribución desigualitaria), la técnica y los deseos individuales. Esta tradición continental se apoya en las ideas de no instrumentalización del otro y de que la utilización por un tercero de una parte del cuerpo humano propia debe provenir de un acto gratuito de solidaridad ("don"). De allí la necesidad de que exista una regulación adecuada por parte del Estado.

La posición anglosajona, en cambio, considera a las partes del cuerpo como propiedad, como un bien sujeto a intercambio. En este caso, las nociones de libertad individual y deseos se confunden y se elevan a la categoría de derechos (defensa de una posición de neto corte contractualista).

Se trata, en suma, de cómo se percibe el cuerpo humano, si como *cuerpo objeto* o como *cuerpo sujeto*. De lo que resulta, siguiendo siempre la enseñanza de María Casado, que la opción por uno u otro sentido es lo que determina el concepto de cada sociedad respecto de la libertad, la autonomía y la responsabilidad. En caso de que se siga la posición anglosajona, esto es, el cuerpo y sus partes como propiedad del sujeto, el límite estará dado por la posibilidad de regeneración del producto, además de un consentimiento informado. La crítica a esta perspectiva radica en su contenido utilitarista y mercantilista, que se asienta sobre una falacia naturalista.[533]

---

[533] "Ciertamente, las tecnologías biomédicas han convertido al cuerpo humano y sus componentes en materias primas para la industria, pero es preciso que eso no implique una nueva fuente de discriminación y explotación. Si bien no resulta razonable asimilar las partes del cuerpo humano a su globalidad, a la inversa, tampoco es deseable convertirlas jurídicamente en meras «cosas». Quizá convenga instaurar regímenes específicos para los «productos de origen humano» que, en razón de sus diferentes caracteres simbólicos, tampoco cabrían en un concepto único. En el año 2000 todavía podía sostenerse que estábamos ante dos caminos, en 2016 resulta claro que la evolución ha llevado aparejada una tendencia a la «reificación» del cuerpo humano de la mano de la técnica y, más aún, del mercado; «divinidad» que hoy no sólo regula la economía sino las relaciones humanas y la sociedad misma. Se ha ido produciendo un paulatino cambio del modelo de la mano de las incitaciones financieras, de la educación —persuasión— de la publicidad, o por una racionalización utilitaria de la misma investigación y la idea de «aprovechar» lo que no se usa (por ejemplo, con la «reutilización» de los datos sanitarios en poder de la administración por parte de terceros público-privados, y la instauración del «consentimiento presunto»). Puede constatarse que el planteamiento mercantilista del cuerpo humano —y del derecho mismo— está ganando la partida. Esto es evidente no sólo por la proliferación de hechos lamentables de los que se tiene conocimiento cotidianamente. También en las fundamentaciones filosóficas que sirven de apoyo y que, partiendo del pragmatismo, transitan de los hechos a las prescripciones, y del «ser» se encaminan al «deber ser», incurriendo en una elemental falacia naturalista." (Casado, 2017, p. 30).

En tanto que, si se asume la posición continental, más asociada a nuestra cultura jurídica por medio de la cual se reconoce la identidad entre cuerpo y sujeto (y sus partes), la consideración es sustancialmente distinta, de modo principal, en lo que se refiere a la noción de gratuidad.[534]

Por último, es importante destacar que el artículo 28 establece que el respeto de los propósitos de la *Declaración* vincula no solo a los Estados, sino también a las personas, empresas o instituciones, públicas y privadas, que de una u otra manera estén implicados en acciones bioéticas.[535]

g) Corolario desde un enfoque normativo

De lo estudiado hasta aquí, quizá pueda coincidirse que la posibilidad técnica de realización de una práctica determinada en favor de terceros exige ser muy cuidadosos al momento de su valoración. Dicho de otra manera, es correcto seguir el haz de luz que brinda la posibilidad de la ciencia y la técnica, pero en la medida en que no se desatiendan las consecuencias probables sobre personas concretas que quedan ocultas bajo los conos de sombras. Cualquier práctica bioética que permita el avance científico será posible siempre y cuando persiga el ideal de justicia humanista, que contiene el derecho de los derechos humanos.

La dignidad humana, como todo concepto normativo es dinámico y su contenido varía con el acontecer histórico y social. Por lo tanto, una adecuada tarea interpretativa debe centrarse, en definitiva, en encontrar buenas razones para la recepción judicial de la GS en el caso concreto.[536] Insisto en que es necesario evitar cualquier situación de instrumentalización de la persona con capacidad para gestar, observando en forma atenta si integra alguno de grupos sociales o colectivos desventajados.

En consecuencia, vez verificadas las notas y los recaudos examinados, entendiéndolos como razones interpretativas justificadas de la *Declaración*, se puede

---

[534] Casado, 2017, p. 28-30.

[535] "Es importante recalcar que el respeto a los propósitos de la Declaración y la consecuente prohibición de abuso de derecho en la interpretación de los mismos, contenida en el art. 28, vincula no sólo a los Estados; es decir, no alberga exclusivamente la intención de constituir un límite al poder público en cuanto a la formulación de sus legislaciones, políticas u otros instrumentos en el ámbito de la Bioética, sino que también vincula a individuos o grupos involucrados en la actividad científica y tecnológica, relacionadas con este mismo ámbito, tales como instituciones, entidades o empresas públicas y privadas." (Marín Castán, 2009, p. 541).

[536] "En cuanto a la bioética, debemos irnos acostumbrando a que sus planteamientos vayan más dirigidos a encontrar buenos argumentos para defender o rechazar determinadas opiniones, que a dar con soluciones definitivas y seguras. La mayoría de los problemas de la bioética permiten soluciones diversas, y la calidad de las mismas se pone de manifiesto más por las razones que avalan cada solución, que por el contenido de la solución misma." (Camps, 2009, p. 145).

concluir que, desde el punto de vista jurídico, en el ámbito espacial de la Argentina, no habría objeciones para autorizar un AGS, en su modalidad altruista.[537]

En los puntos siguientes se continúa con el análisis de la dignidad humana, desde sus diferentes sentidos (de la especie y del individuo), profundizando la mirada filosófica. En especial, ética, pues, como señala Roberto Andorno, la "bioética es ante todo ética."[538]

Con ello no se excluye en ningún momento la perspectiva jurídica, pues bajo la bóveda bioética se deben entrelazar estudios no solo de ética biomédica, sino también de derecho –en su perspectiva interpretativa ampliada por el paradigma transdisciplinario–, de filosofía, de sociología y de política. Son análisis que gravitan sobre un punto de atracción común: "el valor del ser humano en su corporeidad frente a los desarrollos biomédicos… el cuestionamiento eterno del ser humano sobre sí mismo y su dignidad..."[539]

Por último, conviene tener presente la diferencia entre ciencia y cientificismo; mientras que la primera puede reconocer sus límites y no transgredirlos, el segundo se cree capaz por sí solo de resolver todos los problemas humanos. De modo que ha de asignarse un papel fundamental al derecho en cuestiones bioéticas.[540]

4. LA DIGNIDAD DE LA ESPECIE HUMANA

Se trata de uno de los sentidos clásicos de dignidad; es la que poseemos todas las personas de la misma manera por la sola circunstancia de pertenecer a la especie humana.

En la actualidad se presenta con rasgos bien marcados en cuestiones vinculadas a la reproducción humana asistida, en particular, en aquellas prácticas que incluyen el

---

[537] En concordancia con esta conclusión, se interpretan las disposiciones del artículo 19 CN con las del artículo 27 de la *Declaración* que expresa: Limitaciones a la aplicación de los principios. *"Si se han de imponer limitaciones a la aplicación de los principios enunciados en la presente Declaración, se debería hacer por ley, en particular las leyes relativas a la seguridad pública para investigar, descubrir y enjuiciar delitos, proteger la salud pública y salvaguardar los derechos y libertades de los demás. Dicha ley deberá ser compatible con el derecho internacional relativo a los derechos humanos."*

[538] Andorno, 2012, p. 10.

[539] Andorno, 2012, p. 11.

[540] "La ley debe garantizar el progreso de la ciencia, pero no está obligada a seguir ciegamente las desviaciones del cientificismo. Mientras la ciencia reconoce sus propios límites y se abstiene de transgredirlos, el cientificismo decreta que no hay límites y se autoproclama capaz de resolver por sí solo todos los problemas humanos. El derecho está llamado a desempeñar un papel fundamental en bioética. Se quiera o no, la tarea de conjurar los nuevos peligros para la dignidad humana recae principalmente sobre él, en razón de que la ética no tiene por sí sola la fuerza suficiente para asegurar el respeto de la persona. Es a la ley a quien incumbe la tarea de ejercer el poder político, de defender al ser humano de los abusos a que está expuesto…" (Andorno, 2012, p. 60).

diagnóstico genético preimplantacional (DGP). Se la asocia asimismo con el diagnóstico genético prenatal (*in útero*) y con las tecnologías asociadas a la inteligencia artificial, solo por mencionar algunos de los fenómenos más actuales.

Las técnicas del diagnóstico prenatal *in utero* se clasifican de manera habitual en dos categorías. "La primera son las técnicas de radiografía y permite mostrar las estructuras y visualizaciones del embrión y del feto. La segunda categoría agrupa a la recolección de datos vía exámenes biológicos, como la amniocentesis, cariocentesis y recolección de hígado, piel y sangre fetal."[541] Ciertamente, son éstas las que presentan un interés directo para el objeto de estudio de esta investigación, pues algún AGS podría incluirlas entre sus cláusulas, a pedido de los padres de intención.

A la dignidad de la especie también se la relaciona con la clonación, aunque cabe aclarar que si bien sus avances y posibilidades concretas se desconocen (o se ocultan), en general, esta praxis experimental es repudiada por la comunidad jurídica. En esta línea prohibitiva se inscribe la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos (artículo 11).[542]

Hacia adentro de este sentido de la dignidad, se discute cada procedimiento que reconozca la posibilidad más o menos cierta, más o menos posible, de una interferencia artificial en la naturalidad que nos identifica como especie. Se debe dar a este término (naturalidad) un sentido amplio, esto es, no verlo solo desde la perspectiva de cuáles son las propiedades genéticas que poseemos como seres humanos, sino también lo referido a la concepción y gestación. Ello así, pues el estadio de la evolución científica tecnológica actual permite prácticas genéticas no solo en la etapa embrionaria sino también en la gestación.[543]

Dicho de otra manera, este sentido de dignidad se vincula tanto con el proceso biológico de reproducción humana como con la preservación y naturalidad de la constitución genética de la raza humana.[544] No se desconoce que algunas concepciones morales cuestionan esta visión particular, porque se deja afuera la dignidad de otros seres sintientes no humanos. Sobre este particular, siempre dentro de esta lógica

---

[541] Burg Conti, 2015, p. 50.
[542] Artículo 11: *"No deben permitirse las prácticas que sean contrarias a la dignidad humana, como la clonación con fines de reproducción de seres humanos. Se invita a los Estados y a las organizaciones internacionales competentes a que cooperen para identificar estas prácticas y a que adopten en el plano nacional o internacional las medidas que correspondan, para asegurarse de que se respetan los principios enunciados en la presente Declaración."*
[543] Burg Conti, 2015, p. 50.
[544] Pérez Triviño, 2007c, p. 119.

naturalista o biologicista, por llamarla de alguna manera genérica, la dignidad –en el sentido de valor y principio fundante y justificativo de los derechos humanos– es la que pertenece solo a los seres humanos, en tanto que éstos, además de seres sintientes, son conscientes y racionales. Sin embargo, esta posición no justifica el maltrato ni el uso experimental innecesario de otras especies no humanas, pues el respeto hacia ellas forma parte de una postura ética humanista, en tanto poseen capacidad de experimentar dolor o placer.

a) La herencia genética y su intervención artificial

Un tratamiento contemporáneo de este sentido de dignidad se encuentra en el pensamiento de Jürgen Habermas. El estudio acotado que se presenta a continuación[545] gira sobre la ética de la especie que desarrolla este autor en *El futuro de la naturaleza humana. ¿Hacia una eugenesia liberal?*[546] En esta obra, el filósofo trabaja de manera principal sobre el ámbito del DGP, aunque sus conclusiones son trasladables a otros tipos de prácticas médicas, como las que aquí interesan, vinculadas a la gestación. Las preguntas de abordaje iniciales están dirigidas a desentrañar si, en tanto miembros de la misma especie, las personas humanas poseemos un derecho a una herencia genética no intervenida en forma artificial. En tal caso, cuáles son los fundamentos morales que impedirían la realización de algunas prácticas que permitan tal intervención artificial. A partir de esta aproximación teórica, se tratará establecer si existe alguna familiaridad con las prácticas genéticas en el estadio gestacional, y si ello permite detectar algún elemento que sea de utilidad para la formulación de un contenido concreto y específico del concepto de dignidad humana de la gestante en la GS.

No caben dudas que las cuestiones concernientes a la ingeniería genética y a los avances biotecnológicos provocan perplejidad. Por eso parece pertinente reproducir el interrogante de Martha Nussbaum: "¿Por qué deberíamos ocuparnos de lo que tienen que decirnos los argumentos filosóficos en la era del cambio científico?" La autora se responde: porque, de no hacerlo, "corremos el riesgo de pensar incorrectamente".[547]

---

[545] Un análisis más extenso y detenido de este tema lo he realizado en un artículo autónomo "Eugenesia liberal y ética de la especie", inédito, de fecha 01-11-2018, presentado como trabajo final del Curso de Extensión de la Universidad Nacional de Cuyo: "Lenguaje y sociedad: Introducción a la filosofía política de Habermas". Por lo tanto, lo consignado en este capítulo de tesis solo se mencionan, reformulados, algunos pocos estudios que guardan relación con el objetivo general de esta investigación.

[546] Habermas, 2002b.

[547] Nussbaum, 2002, p. 8.
Para lograr su objetivo, la filósofa y profesora de derecho norteamericana nos enseña que es necesario sortear tres obstáculos que se le presentan al razonamiento, cuando se enfrenta a cuestiones vinculadas con el *genoma humano*. En primer lugar, el miedo al cambio que genera la posibilidad técnica y científica de realizar tratamientos y mejoramientos genéticos; el "jugar a ser Dios" o apartarse de lo que

Se trata entonces de pensar lo mejor posible a fin de brindar una perspectiva adecuada, que permita obtener una respuesta satisfactoria sobre una de las zonas grises de la bioética. Me refiero a aquella que queda al descubierto luego del corrimiento de la línea que separa lo "natural" (lo biológico, mejor) de lo que no lo es. "Este nuevo horizonte nos pone frente a una desafiante reformulación de los problemas morales, jurídicos y políticos, que el avance de estas nuevas tecnologías está produciendo en la actualidad."[548] Y como se trata de cuestiones que modifican nuestra experiencia moral, que atañen a la estructura misma de nuestra condición humana, precisan respuestas racionalmente justificadas.

Y es en el discurso, en el diálogo intersubjetivo democrático y plural de un Estado de derecho constitucional donde se debe dar el debate. Solo allí se logrará el consenso necesario para determinar qué normas habrán de regirnos, en este nuevo escenario en el que nos ha colocado la evolución técnica y científica.

b) El camino hacia la ética de la especie

En este tránsito, lo primero que corresponde dejar aclarado es la diferenciación entre ética y moral. En este sentido, el *querer* (la voluntad) y la libertad –la cual se rige por valores cognitivos, estéticos, religiosos, políticos, éticos–, son los pilares fundamentales de la ética entendida en sentido tradicional. La ética se interroga respecto de lo qué es el bien, de cuáles son las normas morales o de qué debo hacer. "Esta última es una de las [preguntas] más recurrentes, pues el ser nos fue dado pero el deber lo realizamos".[549] En otras palabras, la ética reflexiona o teoriza sobre la moral. La moral, por su parte, es un *hacer* o un *no hacer* en función de normas impuestas por la cultura y por decisiones propias. Se trata de costumbres, de conductas valoradas como morales (solidaridad, respecto por el otro) o inmorales (robar, mentir), de lo que es bueno o malo. Si se prefiere, del bien o del mal. A estos valores los construimos en interrelación con el entorno y en la vinculación que cada uno tiene consigo mismo.[550]

---

se considera "natural" amenaza nuestros "cimientos morales". En segundo término, el "gen-fetichismo", la idea impuesta de que todo está en los genes negándole al ambiente cualquier influencia sobre "lo que ocurre". Por último, la sensiblería y la falta de comprobación constante de las teorías y principios que deben integrarse en "una consideración global sobre instituciones sociales e igualdad de oportunidades". (Nussbaum, 2002, p. 8-10).

[548] Neves Pinto, 2015, p. 60.

[549] Díaz, 2017, p. 63-64.

[550] Díaz, 2017, p. 64. Más adelante, la autora agrega: "La ética es a la moral, como la ciencia es a la técnica. Teoría y praxis. Resumiendo, ética es una reflexión sobre el hacer y moral es un hacer, aunque en la vida cotidiana… se utilizan como sinónimos. […] Las nociones de voluntad, libertad y valores exigen, a su vez, el concepto de normas. Las normas morales son definidas por codificaciones o modelos

Esta distinción conceptual entre ética y moral, que en general se suelen utilizar como sinónimos, adquiere importancia en el estudio de la ética de la especie.[551]

(i) La filosofía práctica y la teoría de la justicia

Los proyectos individuales se conforman en un contexto social de relaciones intersubjetivas. Por consiguiente, se puede sostener que las reflexiones normativas que contiene la filosofía práctica operan en el ámbito de la concepción discursiva de justicia. Se procura así esclarecer cuál es el punto de vista moral desde el que se juzga a las normas y a las acciones, introduciendo lo que se considera "proporcionado en interés de uno" y lo "proporcionadamente bueno para todos".[552]

En la concepción de justicia de Habermas, los principios y reglas morales resultan de un procedimiento que exige el respeto por determinados criterios. En la comunicación lingüística, los hablantes no tratan de imponerse (si quieren llegar a un consenso racionalmente motivado), sino alcanzar un acuerdo que presupone cuatro condiciones de validez: (1) verdad, (2) corrección, (3) veracidad –o sinceridad– y (4) inteligibilidad. Cuando alguna de las dos primeras se problematiza, es decir, existen razones para dudar sobre el contenido de verdad o de la corrección normativa de los enunciados, se produce el paso de la "acción comunicativa" al "discurso".[553]

Ya en el contexto del *discurso* se debe argumentar, dar razones de que las aserciones son verdaderas o correctas, según se trate de un discurso teórico o práctico, respectivamente. Es comprensible que este discurso racional parte de una situación ideal de habla o de diálogo, de una situación de total libertad e igualdad.[554] La verdad o corrección se define en términos consensuales (racional, no fáctica).[555]

En *Facticidad y Validez,* Habermas reconoce que la teoría del discurso toma elementos de las concepciones liberal y republicana, que se integran en un

---

de conducta aceptados por la sociedad. Denominamos también normas morales a las concepciones que los sujetos sostiene respecto de lo que consideran bueno o malo." (Díaz, 2017, p. 65).

[551] Habermas, 2002b. La moral hace pie en la ética de la especie en tanto parte del propio autorreconocimiento la persona como perteneciente a la especie.

[552] Habermas, 2002b, p. 13.

[553] Los restantes no provocan ese traslado; la veracidad o sinceridad no se resuelve con el discurso —alguien es o no es sincero—, mientras que la inteligibilidad es una condición —no es objeto de comunicación—.

[554] Las condiciones de la "situación ideal de habla" son cuatro:

—las dos primeras tienden a excluir toda asimetría:

**ningún participante puede tener más derecho a hablar que otro*

**ningún tema puede ser excluido de debate*

—las otras dos exigen relaciones sociales igualitarias de todos los participantes

**todos con los mismos recursos culturales*

**todos con el mismo poder social.*

[555] Atienza, 2017, p. 214-216.

procedimiento ideal de deliberación y su consecuente toma de decisiones. Es decir, se trata de un procedimiento democrático compuesto, entre otros, por los discursos relativos a la justicia.[556]

En su aplicación a la moral, "la ética discursiva viene a decir que están moralmente justificadas aquellas normas cuyas consecuencias puedan ser aceptadas por todos los afectados; es decir, los participantes en un discurso racional llegarían por consenso a establecer ese principio general de la ética."[557] Se trata de una nueva versión del imperativo categórico de Kant, aunque en un registro social, no individual: "moral no es actuar de acuerdo con una máxima que cada uno puede querer sin contradicción alguna como ley universal, sino según una máxima que todos de común acuerdo puedan querer como norma universal".[558] Este principio del discurso se extiende y justifica tanto al Estado de derecho como a los derechos fundamentales; se da así una relación de complementariedad entre el derecho de los Estados democráticos y la moral.

En este contexto, moral y ética parecen confundirse con las mismas preguntas con las que se interpela al discurso: ¿qué debo hacer yo?, ¿qué debemos hacer nosotros? No obstante, a los fines de facilitar el concepto de la *propia comprensión*, específico de la ética de la especie y para respetar el punto de vista estrictamente filosófico, parece apropiado mantener la diferenciación conceptual entre ética y moral, pues esta última se asienta sobre la ética de la especie.

(ii) La (auto)comprensión y la identidad

La concepción de justicia de Habermas es de carácter racionalista cognitivista; ello significa que los principios éticos pueden ser discutidos racionalmente y que puede fundamentarse su validez objetiva. La razón es, por lo tanto, intersubjetiva, dialógica, a diferencia del pensamiento kantiano (dado entre un sujeto y un objeto). Ello requiere de la interrelación de individuos autónomos, cuyos derechos individuales no pueden ser sacrificados en favor del bienestar general "o de una determinada concepción de vida buena encarnada en las instituciones concretas de una sociedad".[559]

En lo que respecta a la ética de la especie, Habermas atribuye un sentido diferente a la pregunta ética –¿qué debo? o ¿qué debemos hacer?–, según se adopten

[556] Habermas, 1998.
[557] Atienza, 2017, p. 216.
[558] Atienza, 2017, p. 216.
[559] Atienza, 2017, p. 217.

distintas perspectivas: la de la primera persona del singular y la del plural (nosotros). Estas preguntas éticas se plantean en un contexto biográfico determinado y se vinculan a la propia comprensión (quiénes somos y quiénes queremos ser), es decir, a la propia identidad.[560] Desde la perspectiva de la primera persona del singular, la que atañe a la propia identidad biográfica, es necesario mantener la diferenciación conceptual entre ética (de la especie) y teorías de la justicia y moral.

La ética de la especie es una "ética especializada en las formas de la autocomprensión existencial". Debido a que esta *autocomprensión existencial* se da en el marco de una determinada biografía, de una forma específica de vida, tendrá influencia sobre toda otra construcción moral posterior. Luego, la pregunta ¿cómo debemos comprendernos?, puede responderse a partir de elucidar quiénes somos o, en una autocomprensión revisora, quiénes queremos ser. La diferencia es importante al punto que, para Habermas, las convicciones morales "solo ligan con eficacia la voluntad si están insertas en una autocomprensión ética que *enganche* la preocupación por el propio bien al interés por la justicia."[561]

La cuestión, por consiguiente, está enfocada en la propia *identidad,* en si desde una perspectiva de la primera persona (del singular), una biografía modificada técnicamente afecta la autocomprensión personal con repercusión sobre la propia concepción de Justicia.

Y esta es precisamente la conclusión de Habermas: la intervención artificial afecta la autocomprensión existencial, cuyos efectos se propagan incluso a la posibilidad más adelante en el desarrollo de una autocomprensión revisora.

(iii) Una ética de contenido

Dado que en la ética de la especie está en discusión la propia *autocomprensión ética* de los sujetos aptos para el lenguaje, Habermas exige a la filosofía la adopción de una postura definida en cuestiones de contenido. De allí surgirán sus límites o fronteras. El avance de las biociencias y la evolución y desarrollo de las biotecnologías

---

[560] "…este «deber» adquiere un sentido diferente cuando ya no preguntamos desde la perspectiva-nosotros por los derechos y deberes que todos nos atribuimos mutuamente sino cuando nos preocupamos de nuestra vida desde la perspectiva de la primera persona y preguntamos qué es lo que sería mejor hacer (a largo plazo y en conjunto) «por mí» o «por nosotros». Pues tales preguntas éticas por el bienestar y la suerte propios se plantean en el contexto de una *determinada* biografía o de una forma *específica* de vida. Se confunden con preguntas sobre la identidad: cómo debemos comprendernos a nosotros mismos, quiénes somos y quiénes queremos ser. Es obvio que para ellas no hay una respuesta independiente del contexto respectivo, es decir, una respuesta igualmente vinculante para todas las personas." (Habermas, 2002b, p. 13).

[561] Habermas, 2002b, p. 14 (la cursiva es textual).

amplían las posibilidades de acción y permiten un nuevo tipo de intervenciones, orientada a objetivos determinados. Ello produce efectos en la autocomprensión, de modo que se impone una decisión sobre si se debe actuar normativamente.[562]

Al optarse por la regulación normativa, se podrán debatir, por ejemplo, las fronteras de la eugenesia negativa, cuyo fin sea "eliminar males". En este caso, el problema de fondo se presentará en la consideración moderna de la "libertad". Hasta ahora, existía cierto consenso que la "disposición genética" quedaba a resguardo de cualquier posibilidad de manipulación –con una determinada intención– por parte de otras personas. Pero lo que hoy se pone a "disposición" es algo diferente. Si la descendencia se considera un "producto moldeable", los adultos ejercerían una forma de "disposición" que afectaría los "fundamentos somáticos de la autorrelación espontánea y de la libertad ética de otra persona", lo que, hasta ahora, solo estaba permitido realizar sobre las cosas.[563]

Es decir, la disposición orgánica de partida del genoma importaría difuminar las fronteras entre personas y cosas. En palabras de Habermas, nos encontramos ante una "relación interpersonal desconocida hasta ahora" con afectación de la simetría entre personas libres e iguales y, consecuentemente, de su reflexión ética. Ello deriva en la imposibilidad de asumir la responsabilidad de su autobiografía, y de su autocomprensión revisionaria.[564]

---

[562] "En la medida en que también se haga entrar al organismo humano en este ámbito de intervención, la distinción fenomenológica de Helmuth Plessner entre «ser cuerpo» (*Leib)* y «tener cuerpo» (*Körper)* adquiere una sorprendente actualidad: se desvanece la frontera entre la naturaleza que «somos» y la dotación orgánica que nos «damos». Para los sujetos productores surge con ello una nueva manera de autorreferencia, capaz de llegar a las profundidades del sustrato orgánico. Pues ahora depende de la autocomprensión de estos sujetos cómo quieran aprovechar el alcance de los nuevos espacios de decisión: *autónomamente,* según consideraciones normativas que afectan a la formación democrática de la voluntad, o *arbitrariamente,* de acuerdo con preferencias subjetivas que puedan satisfacerse en el mercado. No se trata, pues, de una afectación cultural contra los laudables avances del conocimiento científico, sino únicamente de si (y en determinados casos cómo) la implementación de estas conquistas afecta a nuestra autocomprensión como seres que actúan de forma responsable." (Habermas, 2002b, p. 24).

[563] Habermas, 2002b, p. 25-26.

[564] "Este nuevo tipo de relación hiere nuestros sentimientos morales porque en las condiciones de reconocimiento de las sociedades modernas legalmente institucionalizadas representa un cuerpo extraño. Cuando uno toma por otro una decisión irreversible que afecta profundamente la disposición orgánica de éste, se restringe la simetría de la responsabilidad existente entre personas libres e iguales. Frente a nuestro destino por socialización tenemos una libertad fundamentalmente distinta a la que tendríamos frente a la producción prenatal de nuestro genoma. Llega un día en que el menor que crece asume la responsabilidad de su biografía y de lo que es *él mismo*. Puede conducirse reflexivamente respecto a su proceso de formación, desarrollar una autocomprensión *revisionaria* y hacer la tentativa de compensar retrospectivamente la responsabilidad asimétrica que tienen los padres sobre la educación de sus hijos. Esta posibilidad de una apropiación autocrítica de la historia de la propia formación no se da de la misma manera en disposiciones manipuladas genéticamente. Antes bien, la persona adulta depende a ciegas de la decisión no revisable de otra persona y no tiene ninguna oportunidad de producir

Así expuesto, es razonable preguntarse hasta qué punto tal decisión sobre la biografía de otro no implica, a su vez, y más allá del impacto sobre su personalidad, un tipo de interferencia injustificada o arbitraria por parte de los propios agentes del cambio. Asimismo, si la situación sería diferente si se ampliara este escenario de "cosificación del embrión", incluyéndose, por ejemplo, "correcciones autocosificadoras del adulto en el *propio* genoma". La respuesta de Habermas es terminante: en este caso, se desbordarían los de por sí complicados interrogantes morales, en razón a que éstas se vincularían "a la autocomprensión ética del conjunto de la humanidad". En concordancia, fija el concepto de "indisponibilidad de lo natural" para lo cual se vale del artículo 3 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea.[565]

Si se mira el derecho argentino, normas equivalentes se encuentran en los artículos 56 y 57 del CCyC. El primero estipula que están prohibidos los actos de disposición del propio cuerpo que ocasionen daño permanente o sean contrarios a la ley, la moral o las buenas costumbres, "excepto que sean requeridos para el mejoramiento de la salud de la persona". Y el artículo 57 prohíbe toda práctica destinada a producir una alteración genética del embrión, esto es, que alteren el genoma del cigoto o del embrión.

c) De nuevo el reto ficcional. Un giro en la ética de la especie: la *inviolabilidad* de la dignidad humana

Como se ha venido afirmando desde un comienzo, en el marco del "derecho *en* la literatura" las obras literarias de calidad favorecen un razonamiento de tipo abductivo y ello promueve la elaboración de hipótesis de trabajo y sus constataciones, siempre con el fin de avanzar en el trayecto de una investigación científica.

---

la necesaria simetría para un trato entre *pares* siguiendo los caminos retroactivos de una autorreflexión ética. Al descontento con su destino sólo le quedan las alternativas del fatalismo o el resentimiento". (Habermas, 2002b, p. 26-27).

[565] Habermas, 2002b, p. 27. El artículo 3 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea expresa: *"Artículo 3. Derecho a la integridad de la persona*
1. Toda persona tiene derecho a su integridad física y psíquica.
2. En el marco de la medicina y la biología se respetarán en particular:
—el consentimiento libre e informado de la persona de que se trate, de acuerdo con las modalidades establecidas en la ley,
—la prohibición de las prácticas eugenésicas, y en particular las que tienen por finalidad la selección de las personas,
—la prohibición de que el cuerpo humano o partes del mismo en cuanto tales se conviertan en objeto de lucro,
—la prohibición de la clonación reproductora de seres humanos."

Utilizaré nuevamente este recurso para intentar responder a la siguiente pregunta: ¿Qué pasaría, desde el punto de vista de la ética, si algunos temores, como el del perfeccionamiento genético mediante la modificación de determinadas características físicas o la intervención artificial contraria a la moral o el de la clonación humana, se hicieran realidad?

César Aira (Cnel. Pringles, Argentina, 1949) es un escritor y traductor argentino reconocido por el canon literario internacional. Sus obras se destacan por su originalidad, imaginación y porque, en algún punto, rozan el absurdo. Se las califica como estética de vanguardia. Ha publicado más de cien obras, entre novelas, dramaturgia y ensayos. En la actualidad es traductor de varias lenguas (del francés –Antoine de Saint Exupéry o Jan Potocki–, del inglés: Stephen King, Donna W. Cross) y escribe crónicas en diversos diarios y revistas, generalmente breves, sobre los autores más dispares. Sus obras han sido traducidas a diversos idiomas. Recibió dos Diplomas al Mérito de los Premios Konex a las Letras, en 1994 por Traducción y en 2004 por Novela. Mereció una beca Guggenheim en 1996. Ganó el premio a la Trayectoria Artística del Fondo Nacional de las Artes en la categoría Letras en el año 2013, fue nombrado por el gobierno francés *Chevalier dans l'Ordre des Arts et Lettres* y obtuvo el premio Roger Caillois para autores latinoamericanos, en su edición 2014. El Consejo Nacional de la Cultura y las Artes del Gobierno de Chile, con el patrocinio de la Fundación Manuel Rojas, le otorgó el Premio Iberoamericano de Narrativa Manuel Rojas 2016.

En la novela *El congreso de literatura,* en pocas líneas, el narrador nos produce esa sensación de rechazo intuitivo que provoca, en general, todo aquello que signifique la mera posibilidad de llevar adelante el perfeccionamiento eugenésico de la especie o la clonación.

> Una cosa curiosa que noté, y quiero dejar registrada en este informe, es que todos los que nos reuníamos en la piscina esos días, sin conocernos ni habernos concertado en lo más mínimo, éramos especímenes perfectos del género humano. Quiero decir, teníamos aspecto humano, con todos los miembros y correspondientes músculos y nervios en su lugar y en las debidas proporciones. La perfección física en el humano es rara por definición, ya que el menor defecto la anula. Si uno sale a la calle y mira a la gente, apenas uno de cada cien pasa la prueba. Todos los demás son monstruos. Pero para mí lánguida sorpresa, todos los que nos reuníamos cotidianamente en la piscina (siempre distintos, salvo yo)

> éramos una reunión de esos unos por ciento. Me pregunto si no será siempre así, en toda reunión casual. Sea como sea, la exposición de los cuerpos de los bañistas al sol, en traje de baño, no podía engañarme. El espectáculo me descansaba la vista y la mente. No buscaba defectos, porque no los había; en cierto modo, no podía haberlos. Las desviaciones del canon físico producen monstruos; toda clase de monstruos, hasta los imperceptibles. Un dedo del pie ligeramente más ancho o largo de lo que debería ser basta para hacer una clase de monstruo. Una célula, una falta de ortografía dentro de una célula… Por algún motivo, los monstruos escapan de la red que trae a los humanos a la superficie. Quedan flotando como ludiones en las penumbras de la irrealidad. Yo de esto sé mucho porque es la rama de la ciencia que practico. Las perfecciones por su parte son todas distintas: la perfección en sí es la perfección o realización plena de la diferencia. Por eso, cultivar la perfección es colaborar con lo que un joven discípulo me señaló una vez como la tarea a la que debíamos dedicar nuestra vida: hacer nacer el individuo.[566]

El relato es provocador y habilita pensar en clave ontológica sobre la intervención genética: ¿qué tipo de individuo estamos haciendo nacer? ¿El mismo u otro diferente al que la "naturaleza" nos tiene acostumbrados?

Algo parecido sucede con *Un mundo feliz,* la novela del escritor y filósofo británico Aldous Huxley (Godalming, GB, 1894; Los Ángeles, USA, 1963). No menos perturbador es el diálogo *educativo* entre el director y los alumnos que visitaban el centro.

> —El método de Bokanovsky— repitió el director.
>
> Y los estudiantes subrayaron estas palabras.
>
> Un óvulo, un embrión, un adulto: la normalidad. Pero un óvulo bokanovskificado prolifera, se subdivide. De ocho a noventa y seis brotes, y cada brote llegará a formar un embrión perfectamente constituido, y cada embrión se convertirá en un adulto normal. Una producción de noventa y seis seres humanos donde antes solo se conseguía uno. Progreso.[567]

La turbación que causa la ficción está en relación directa con el temor originado en la probabilidad intuitiva (más o menos real) que provoca el avance científico y técnico (en la novela de Huxley, las interrupciones de laboratorio programadas en el

[566] Aira, 2012, p. 44-46.
[567] Huxley, 2017, p. 22.

crecimiento para provocar "subdivisiones" del embrión y ello la multiplicación de nuevos seres iguales).

Sea como sea, la ciencia no se detiene y esa es la razón por la cual se deben fijar sus límites éticos, desde la filosofía y desde el derecho. La ética de la especie se introduce en la intersección entre la reproducción humana asistida (TRHA) y la evolución de la técnica genética. Y el derecho no es ni puede ser ajeno al fenómeno bioético. Como se sabe, lo jurídico es lo que evita al sujeto tener que justificarse moralmente, cada vez que decide sobre la aplicación de una determinada práctica. Por ello, tanto el derecho como la moral vendrán a cumplir, "mal o bien, las funciones de reducir los conflictos entre los individuos y facilitar la cooperación social."[568]

En tal sentido, en materia de DGP, por ejemplo, es razonable partir desde lo que se considera un pronóstico verosímil: aquel donde sea posible presumir la aceptación de la persona afectada. El DGP que tenga por fin evitar la transmisión de enfermedades graves es un ejemplo de ello. Razones morales, es decir, aquellas racionalmente admitidas por los miembros de una sociedad cosmovisiva y pluralista, justifican su aceptación en estos casos. No cabría algún reproche de la persona afectada hacia los progenitores por haber tomado esa decisión, pues prevalecería en ellos una *lógica de la curación*. Lógica que tampoco puede interpretarse como una intención de restar valor a las diferencias.[569] Lo mismo sucede con la intervención genética sobre nuestras propias células corporales, en la medida que el avance científico lo permita. Por ejemplo, la posibilidad de una mayor sobrevida o de retardar los síntomas de determinadas enfermedades.

En cambio, no se encuentran razones morales que fundamenten una intervención meramente perfeccionadora de marcas o características genéticas, definida de acuerdo con las preferencias individuales (eugenesia positiva). A diferencia de lo que sostiene una eugenesia liberal,[570] es imprescindible establecer fronteras entre la intervención terapéutica y la mera intervención perfeccionadora.[571]

---

[568] Nino, 2017a, p. 99.
[569] En extenso, ver: Singer, 2002.
[570] Se entiende en el marco de una filosofía liberal ortodoxa.
[571] "Primero, se impone entre la población, en la esfera pública y en el Parlamento la convicción de que, *contemplado en* sí, el empleo del diagnóstico de preimplantación es admisible moralmente o aceptable legalmente si su aplicación se limita a pocos casos, y bien definidos, de enfermedades hereditarias graves que no puede exigirse *al potencial afectado* que soporte. Más tarde, en el curso del avance biotécnico y los éxitos de la terapia genética, la permisividad se extiende a las intervenciones genéticas en células corporales (o incluso en líneas embrionarias) con el objetivo de prevenir estas (y parecidas) enfermedades hereditarias. Con este segundo paso, que no sólo no es impensable sino perfectamente consecuente con las premisas de la primera decisión, surge la necesidad de deslindar esta eugenesia

Visto desde una perspectiva de la "auto-instrumentalización" y "auto-optimización" de la humanidad, tanto el DGP como la investigación con células madres actúan en el mismo sentido. En él es preciso distinguir la "inviolabilidad" (que ordena la moral y garantiza el derecho) de la "indisponibilidad" (propia de lo biológico o corporal).[572] La primera es la que involucra el núcleo de la dignidad humana.

La legislación se impone, por lo tanto, ante el riesgo que representa el relajamiento de las cadenas sociales y morales frente al avance biotécnico, que encuentra en el neoliberalismo globalizado un medio apropiado de expresión y expansión.

Con la intención de arrojar alguna luz a las respuestas intuitivas al fenómeno eugenésico –del cual de manera extrema dan cuenta los personajes de las obras de César Aira o Aldous Huxley–, y con ello delimitar las fronteras imprecisas entre "la naturaleza que *somos* y la dotación orgánica que nos *damos*",[573] se puede recurrir a las herramientas que ofrece Habermas. En este autor parece claro el contenido de esta ética, de esta forma de realización de la comunidad política. Los presupuestos y bases teóricas de las que parte son: (1) la indisponibilidad (no inviolabilidad) de los fundamentos genéticos de la existencia corporal (como principio, quedando a salvo la intencionalidad terapéutica); (2) el derecho a una herencia genética no manipulada; (3) la manipulación genética afecta a cuestiones que se vinculan con la identidad de la especie, en tanto afecta la autocomprensión del ser humano que conforma el piso de sus representaciones legales y morales; (4) la diferencia entre lo "crecido" y lo "hecho" cambia la autocomprensión subjetiva y objetiva que teníamos hasta ahora de la ética de la especie; (5) la programación o intervención genética afecta la autocomprensión de una persona; (6) la programación eugenésica restringe la configuración autónoma y en consecuencia socava la relación simétrica que debe existir entre personas libres e iguales; y (7) la investigación consumidora de embriones y el diagnóstico de

---

«negativa» (como supuestamente justificada) de la eugenesia «positiva» (no justificada de entrada). Como dicho límite es fluctuante por motivos conceptuales y prácticos, el propósito de *detener* la manipulación genética ante la frontera de la modificación perfeccionadora de características genéticas nos enfrenta a un desafío paradójico: debemos trazar e imponer fronteras precisamente allí donde éstas son fluctuantes. Este argumento sirve ya hoy día para defender una eugenesia liberal, que no reconoce ninguna frontera entre intervención terapéutica e intervención perfeccionadora y que deja que sean las preferencias individuales de los participantes en el mercado las que elijan los objetivos de la modificación de marcas características". (Habermas, 2002b, p. 32-33).

[572] Habermas, 2002b, p. 34-35.

[573] Habermas, 2002b, p. 37.

preimplantación se percibe como una anticipación de los peligros de la eugenesia liberal.[574]

Asimismo, Habermas establece una diferencia conceptual entre *disponibilidad y dignidad*. Algo puede ser indisponible, aunque no tenga estatus de persona portadora de derechos fundamentales, es decir, de dignidad.[575] En la diferencia entre lo indisponible y lo inviolable (lo que tiene dignidad) aparece un elemento fáctico: el nacimiento. Para el naturalismo cientificista, el nacimiento es el punto de corte relevante. Por su parte, quienes lo ven desde la metafísica o de la religión el punto de partida es la fecundación. No obstante, con independencia del momento de corte que se valore, ambas teorías tienen algo de arbitrario: parten de un comienzo orgánico. Las dos intentan sentar un comienzo absoluto vinculante. Se trata de estipulaciones moralmente unívocas y, por ello mismo, insuficientes para resolver la ambivalencia.[576]

Surge entonces la necesidad de valorar los enunciados morales cosmovisivamente neutrales, con pretensión de aceptación racional, lo que determinará la prevalencia de la solución justa sobre lo que es bueno para mí o nosotros.[577] Estas cuestiones –que se vinculan a la concepción de Justicia– otorgan fundamento a la moral; ésta, así determinada, es fundamental para la estipulación de derechos y deberes que prescindan de la clave ontológica.[578] La justificación deriva de lo decidido por una comunidad de miembros que se rigen mutuamente por mandatos y prohibiciones reconocidos intersubjetivamente. La dignidad humana, en sentido estricto y legal, está ligada a esa simetría de relaciones interpersonales.[579] De allí surge

---

[574] Habermas, 2002b, p. 37-38.
[575] Habermas, 2002b, p. 48.
[576] "Solo sobre la base de una descripción cosmovisiva de los estados de cosas que las sociedades pluralistas *debaten racionalmente,* puede conseguirse llegar a una determinación precisa del estatus moral, ya sea en el sentido de la metafísica cristiana o en el del naturalismo. Nadie duda del valor intrínseco de la vida humana antes del nacimiento, se la denomine «sagrada» o se rechace esta «sacralización» de lo que es un fin en sí mismo. Pero la sustancia normativa de la protegibilidad de la vida humana prepersonal no encuentra una expresión racionalmente aceptable para todos los ciudadanos ni en el lenguaje objetivante del empirismo ni en el lenguaje de la religión." (Habermas, 2002b, p. 49-50).
[577] "La pretensión de aceptabilidad racional diferencia los enunciados sobre la solución «justa» de los conflictos de acción de los enunciados sobre lo que es «bueno» «para mí» o «para nosotros» en el contexto de una biografía o de una forma de vida compartida." (Habermas, 2002b, p. 50).
[578] "La comunidad de seres morales que se dan a sí mismos sus leyes se refiere a todas las circunstancias que requieren regulación normativa con el lenguaje de los derechos y los deberes, pero sólo los miembros de esta comunidad pueden obligarse *recíprocamente* y esperar los *unos de los otros* comportamientos conformes a normas." (Habermas, 2002b, p. 50).
[579] "No es una propiedad que se posea por naturaleza como la inteligencia o los ojos azules, sino que, más bien, destaca aquella inviolabilidad que únicamente tiene algún significado en las relaciones interpersonales de reconocimiento recíproco, en el trato que las personas mantienen entre ellas." (Habermas, 2002b, p. 50-51).

que no debe confundirse el concepto inviolabilidad (específico de la persona humana) con el de indisponibilidad.[580]

El comportamiento moral es visto como una construcción, una respuesta a las dependencias y necesidades de la existencia humana[581] que se explican a partir de la vulnerabilidad.[582] En este contexto, es posible considerar que el ser humano ha nacido "inacabado" en sentido biológico. Ello explica que necesite ayuda, respaldo o, dicho de otra manera, el reconocimiento de su entorno social (socialización que necesitará, es oportuno aclararlo, durante toda la vida). Es la interacción intersubjetiva lo que convierte a un "organismo" en persona.

No se trata de otra cosa, dice Hannah Arendt, que vivir. "Así, el idioma de los romanos, quizás el pueblo más político que hemos conocido, empleaba las expresiones «vivir» y «estar entre hombres» (*inter homines esse*) o «morir» y «cesar de estar entre hombres» (*inter homines esse desinere*) como sinónimos".[583] Todo aquello que ingresa al mundo humano por "su propio acuerdo" pasa a formar parte de la "condición humana".[584]

El niño entra en el mundo de las personas solo a partir de que rompe la simbiosis con la madre. Las personas salen a su encuentro, le dirigen la palabra y hablan con él. Mientras está en el claustro materno no es "ya" persona. El ser natural se convierte en individuo en el espacio discursivo de una sociedad hablante. Al recién nacido se lo identifica como uno de nosotros en la red simbólica de las relaciones intersubjetivas que implican reconocimiento recíproco. Y así, poco a poco, comienza a identificarse a sí mismo como individuo moralmente insustituible. Se trata de la "autorreferencia" en la estructura de la comunicación hablada. "Antes de su entrada en el contexto

---

[580] "No utilizo «inviolabilidad» como sinónimo de «indisponibilidad» porque el precio a pagar por una respuesta *posmetafísica* a la pregunta de qué trato debemos dar a la vida humana prepersonal no puede ser la determinación *reduccionista* del ser humano y la moral" (Habermas, 2002b, p. 51).

[581] "La regulación normativa de las relaciones interpersonales puede entenderse como una envoltura protectora porosa contra las contingencias a las que se ven expuestos el cuerpo (*Leib*) vulnerable y la persona en él encarnada". (Habermas, 2002b, p. 51).

[582] "La dependencia de los demás explica la vulnerabilidad del uno con respecto a los otros… En su versión destranscendentalizada, la «voluntad libre» de Kant ya no es una propiedad de seres inteligibles caída del cielo. La autonomía es más bien una conquista precaria de las existencias finitas, existencias que solo teniendo presente su fragilidad física y su dependencia social pueden obtener algo así como «fuerzas». Si éste es el «fundamento» de la moral, de él también se derivan sus «fronteras». Lo que necesita y es capaz de regulaciones morales es el universo de posibles relaciones e interacciones interpersonales. Solo en esta malla de relaciones de reconocimiento reguladas legítimamente pueden los seres humanos desarrollar y mantener una identidad personal (a la vez que su integridad física)". (Habermas, 2002b, p. 51-52).

[583] Arendt, 2017, p. 22.

[584] Arendt, 2017, p. 23.

público de interacción, la vida humana goza, como punto de referencia de nuestros deberes, de protección legal sin ser ella misma sujeto de deberes y portadora de derechos humanos."[585]

No obstante, algo debe quedar claro en esta visión: lo antes dicho no significa restar valor a esa forma de vida no nacida. Existen sobre ella deberes morales y legales. De ahí la necesidad de distinguir entre *dignidad de la vida humana* y *dignidad humana* garantizada legalmente a toda persona. Un ejemplo de ello "se refleja en la fenomenología del trato que damos a nuestros muertos..."[586] Modelos de esta clase de honores se encuentran en la historia, y también en la literatura, como se aprecia en la tragedia de Antígona.[587]

> Antígona: ¿No ha determinado Creonte honras fúnebres para uno de nuestros hermanos y no tiene al otro privado de sepulcro? A Eteocles, haciendo valer, según dicen, la ley y el justo derecho, lo hizo ocultar bajo la tierra, honrado ante los muertos de abajo. Pero dicen que a los ciudadanos ha ordenado que nadie lamente ni sepulte el cadáver del desdichado muerto Polinices; que se lo deje sin lloros, sin sepulcro, dulce tesoro para las aves de rapiña, que lo contemplan gozosas de saciarse con su carne. Esto, dicen, ha ordenado el noble Creonte, a ti y a mí, también a mí, y que viene acá para proclamarlo claramente ante aquellos que lo ignoren, y que no lleva el asunto como cosa de poco, sino que, lapidado, la muerte tiene aparejada en la ciudad el que hiciere alguna de estas cosas. Esto tienes, y enseguida habrás de mostrar, si, hija de nobles, has nacido noble o eres villana.
>
> [...]
>
> Ismene: ¿Es que piensas sepultarlo aunque está prohibido a la ciudad?
>
> Antígona: Sí, a mi hermano y al tuyo, aunque por tal no quieras tú tenerlo. A mí nadie podrá acusarme de traidora.
>
> Ismene: ¡Desdichada! ¿Contra los decretos de Creonte?

---

[585] Habermas, 2002b, p. 53-54.

[586] Habermas, 2002b, p. 54. Mas adelante agrega: "Más allá de las fronteras de una comunidad de personas morales en sentido estricto, no se extiende ninguna zona gris en la que, desde un punto de vista normativo, podamos actuar sin atenciones y manipular sin freno. Por otra parte, los conceptos jurídicos saturados de moral, como «derechos humanos» y «dignidad humana», tienen una extensión tan excesiva que resultan contraintuitivos, con lo que no solo pierden agudeza distintiva sino también su potencial crítico. Las violaciones de derechos humanos no pueden verse reducidas a faltas contra representaciones de valor. La diferencia entre derechos firmemente establecidos y bienes que pueden ser de rango preferente o secundario según se los pondere no debería borrarse". (Habermas, 2002b, p. 55).

[587] Es válida aquí la referencia al tratamiento de esta obra realizado en la Parte I.

Antígona: Ninguna autoridad tiene Creonte para separarme de los míos.[588]

Más adelante, la obra da cuenta del interrogatorio del propio Creonte a Antígona, sobre si era cierto que lo había desobedecido, a lo que ella responde (confiesa) que sí. Y agrega que no le dolerá su propia muerte tanto como dejar insepulto a su hermano. "Pero si dejara insepulto el cadáver de mi hermano muerto, por eso sí me dolería. Por esto no me aflijo. Y si ahora te parezco que hago cosas necias, mira que no sea yo acusada de necedad por un necio."[589]

Habermas llama *umbrales inhibitorios* al trato que se da a la vida humana después de la muerte. Esta vida humana *anónima* también goza de dignidad (utilizada aquí en el sentido de honor) y por lo tanto exige que se le rindan honores. Pero esta cosmovisión amplia de dignidad no debe confundirse con el específico –dignidad humana–, propio de la persona como tal.

d) A modo de cierre: ética de la especie y ética de la humanidad, a fin de no convalidar un nuevo tipo de desigualdad estructural sobre la gestante

(i) La ética de la especie se basa en el derecho a una herencia genética no modificada, cuyo carácter de indisponible está vinculado con la propia identidad. Sostiene que la manipulación genética perfeccionadora (eugenesia positiva) afecta la autocomprensión existencial del ser humano como perteneciente a la especie, que es el piso de sus representaciones legales y morales. La intervención eugenésica restringe la autonomía al provocar una asimetría entre personas libres e iguales. No obstante, la eugenesia negativa, esto es, aquella que persigue un fin terapéutico o está destinada a evitar la transmisión de enfermedades graves, sí puede admitirse. Ello en virtud de que, en una comunidad dialógica, la aceptación anticipada de la persona en tal sentido puede presumirse. Su fundamento radica en la lógica de la curación.

Sin embargo, la ética de la especie no aporta elementos de análisis significativos para resolver la posible vulneración de la dignidad humana de la gestante en la GS, en el supuesto hipotético que un AGS incorpore la posibilidad de realizar estudios genéticos durante el embarazo (diagnóstico prenatal *in útero*).

Tampoco ofrece una salida a la posible tensión entre el derecho de la gestante y los del niño por nacer y los padres de intención, por ejemplo, para el caso de que aquella deba o quiera realizar alguna intervención genética sobre sus propias células corporales durante la gestación. Una interpretación formal de la ética de la especie

[588] Sófocles, 2014, p. 49-51.
[589] Sófocles, 2014, p. 85.

habilitaría a sostener que, con base a la diferencia entre lo indisponible y lo inviolable (lo que tiene dignidad), el derecho de la gestante debería privilegiarse. A igual resultado se podría arribar si se enmarca la cuestión en la polémica sobre la interrupción voluntaria del embarazo (en este caso se deberían ponderar los derechos en crisis, de acuerdo con el tiempo de gestación, a la luz de los principios de proporcionalidad y razonabilidad).[590]

(ii) Tal como se anticipó, el análisis de la dignidad de la especie es uno de los sentidos habituales de referencia de la temática. En su marco, la ética de la especie de Habermas se presenta como la mirada contemporánea preponderante desde el campo filosófico. Ello justifica su incorporación en esta investigación, teniendo en miras la posibilidad de identificar algún elemento del concepto dignidad humana de la especie, que contribuya a reflexionar sobre la dignidad humana de la gestante en la GS, dadas las posibilidades técnicas que permiten los diagnósticos genéticos prenatales y su probable inclusión en los AGS. Pero, por lo visto, la ética de la especie no parece contribuir con ninguna propiedad material significativa. Aun cuando se parta del presupuesto de que la gestante en ningún caso debe aportar material genético propio, ya sea por prevención identitaria o para evitar cualquier eventual afectación en la autocomprensión revisora del futuro niño o niña, esta particular noción de la dignidad no termina de justificar alguna conclusión vinculada a su instrumentalización (o no) en la GS.

Una respuesta posible es que la dignidad humana de la gestante debe ubicarse en el ámbito de la cultura (y en las condiciones de validez del discurso), antes que en el de la naturaleza.

(iii) Por otra parte, cabe destacar que la ética de la especie de Habermas ha recibido críticas. En algún punto son las que recibe de todo intento justificativo de índole ontológico.[591] La queja parece atendible, en particular porque existe otra manera de encarar el fenómeno bioético, sin hacerlo depender de alguna determinada concepción de la especie humana. Por ejemplo, a partir de la capacidad que poseemos para hacer uso de la libertad.[592] Victoria Camps sostiene que "casi" todas las preguntas

---

[590] Artículo 4 CADH y fallo "Artavia" (ver Corte IDH, caso "Artavia Murillo", 2012).

[591] "El recurso a la ontología como justificación última de nuestros puntos de vista no es sino la búsqueda de ese confort metafísico que la posmodernidad, con Rorty a la cabeza, ha tenido a bien rechazar". (Camps, 2002, p. 69).

[592] "La eugenesia no nombra una realidad que ya estaba ahí antes de que el concepto existiera. Nombra una serie de posibilidades nacidas del uso de la técnica y del quehacer humanos." (Camps, 2002, p. 55).

éticas de nuestro tiempo tienen que ver con la "comprensión posmoderna de la libertad". De manera que, de lo que se trata, es de elucidar cuál es su alcance (el de la libertad).[593]

Y esta noción de libertad debe ser analizada en correlación con el valor adjetivo de la igualdad, que en la GS asume un papel preponderante. Aquí sí, se puede encontrar una relación directa con el objeto de esta investigación.

Otra crítica que se realiza a la ética de la especie es el concepto de irreversibilidad. Es decir, aquella noción de que la manipulación genética afectaría de modo insanable la autocomprensión personal y con ello la propia identidad. Para esta posición filosófica, tal irreversibilidad, que atentaría contra la posibilidad revisora del individuo, no estaría presente en la herencia genética no manipulada, en cuyo caso, a pesar de la carga educativa y cultural, el agente sí estaría en condiciones de poder variar las pautas morales impuestas, conforme su voluntad. Ante ello, Camps argumenta que la negativa a cualquier tipo de manipulación debe recaer en el concepto de "imprevisibilidad" de las consecuencias poco contrastadas, antes que en la irreversibilidad (que no sería tal).[594]

(iv) En suma, parece que la problemática que ocupa a esta tesis impone un tipo de razonamiento que parta, antes que de la ética de la especie (o de la dignidad de la especie), de la consideración de la *condición humana*. "La condición humana es

---

[593] Camps, 2002, p. 56.

[594] Sin perjuicio de ello, cabe destacar que tanto la postura de Camps como la de Habermas llegan al mismo resultado: a la oposición de la eugenesia liberal. Dice Camps: "La eugenesia liberal, entendida como la ausencia de normas que la controlen, es un mal punto de partida para la ética. Hay que partir del supuesto de que la libertad debe tener unos límites. ¿Por qué razón? No porque la eugenesia amenace nuestra «autocomprensión como seres morales», sino porque muchas consecuencias de las prácticas eugenésicas son aún imprevisibles y plantean cantidad de problemas científicos que desaconsejan su uso. Otra cosa es que queramos plantearnos cómo habría que juzgar éticamente lo que hoy es solo una especulación sin demasiada base científica. No está mal que la filosofía, por una vez, se adelante a los hechos. Lo que puede ocurrir es que esos hechos no lleguen jamás." (Camps, 2002, p. 67).
De manera que, sobre este punto, se conviene que ambas posiciones aparecen como atendibles. Dicho de otra forma, no existe razón para pensar que una excluye necesariamente a la otra.
En primer lugar, la posibilidad revisora de la propia identidad no parece ser la misma según nos encontremos ante un condicionamiento educativo de los padres o ante una alteración genética. Ello es así aun cuando se acepte que ni siquiera la libertad es un incondicionado absoluto (no existe tal cosa para los humanos). Es probable que la transdisciplinariedad (psiquiatría, sociología) pueda arrojar mayor luz sobre aquella presunción de *irreversibilidad*. Por el momento, lo que se sabe es que la cultura no sustituye lo innato (al menos la capacidad innata para adquirir), sino que lo complementa. Se integra en el circuito interrelacionado que da lugar al desarrollo de toda la complejidad humana; lo que afecta a la especie, al individuo, a la cultura y a la sociedad. Al sujeto *biosociocultural* del que habla Edgar Morin (Morin, 2005, p. 101 y sig.).
En segundo lugar, sin perjuicio de lo antes dicho, nada impide la inclusión de la propuesta de la imprevisibilidad de las consecuencias de aquellas prácticas no contrastadas, como elemento fundante de la prohibición de la eugenesia liberal (este sentido parece ser el de la legislación positiva argentina —art. 58 CCyC—).

maleable y transformable, pero no debe ser transformada en su contrario que sería lo inhumano. Lo que nos hace falta es un criterio de humanidad que sirva de pauta para distinguir las manipulaciones genéticas aceptables de las que no lo son. Ese criterio nos lo dio Kant con su imperativo de la dignidad."[595]

Desde luego, se trataría de una reformulación en clave actual y social del imperativo kantiano de la legitimidad universal de las acciones, que impone no proceder nunca "de otro modo salvo que pueda querer también ver convertida en ley universal a mi máxima".[596] En una dimensión actual y social, Hans Jonás reformula la máxima apelando a otro tipo de concordancia: "no a la del acto consigo mismo, sino a la concordancia de sus *efectos* últimos con la continuidad de la actividad humana en el futuro".[597] Desde este lugar, previendo los resultados (efectos) de la acción humana, se puede comprender mejor cualquier estipulación regulativa (y su aceptación autónoma por parte de la gestante), vinculadas a la intervención artificial sobre el proceso de reproducción humana.

5. LA DIGNIDAD DE LOS INDIVIDUOS

La dignidad entendida en sentido individual se vincula, por un lado, a la posibilidad de la persona de diseñar su propia vida y tomar las decisiones por uno mismo y, por el otro, a reconocer los sentimientos de la persona hacia sí mismo.[598]

Se trata de la concepción de dignidad que con mayor frecuencia aparece en los textos jurídicos. Pero ello no significa que su interpretación no pueda hacerse en forma conjunta con otros sentidos (con la dignidad de la especie humana y con su conexa, la dignidad de los grupos). Antes bien, en casos complejos como el que nos ocupa, donde el estudio bioético está inserto en un contexto regional de desigualdad estructural, lo recomendable es no perder de vista ninguno de los sentidos.

Para Dworkin, este sentido de dignidad del individuo puede basarse en intereses de experiencia o en intereses críticos. En cuanto a los primeros, los asentados en intereses de experiencia, los supuestos de indignidad se derivan de la causación a la víctima de algún tipo de sufrimiento, físico o mental, que afecta su *autorrespeto*.[599] Se

[595] Camps, 2002, p. 70.
[596] Kant, 2012, p. 94.
[597] Jonas, 1995, p. 41. El autor reformula el imperativo categórico, entre otras, con las siguientes fórmulas: "Obra de tal modo que los efectos de tu acción sean compatibles con la permanencia de una vida humana auténtica en la Tierra". (Jonás, 1995, p. 40).
[598] Perez Triviño, 2007c, p. 121.
[599] Dworkin, 1994, p. 306-307.

puede deducir que esta noción no logra explicar el respeto que se les debe otorgar a la dignidad de aquellas personas que estén privadas de la conciencia del daño (por ejemplo, enfermos terminales o sujetos con discapacidades mentales severas, entre otros supuestos). El propio autor lo pone en estos términos: "El respeto por uno mismo –como la autonomía– requiere un grado de competencia general y, especialmente, un sentido de la autoidentidad a lo largo del tiempo, el que los individuos afectados seriamente de demencia han perdido".[600]

Por ello opta por el segundo sentido. La dignidad basada en intereses críticos, que es aquella que le otorga un *valor intrínseco* –inviolabilidad– a la vida. Parte de reflexionar sobre el valor de la vida como un todo; éste debe considerarse como el más apropiado. La protección de esta dignidad no solo cabe al individuo, sino que –en él– se proyecta a toda la sociedad.[601]

> Ahora sugerimos que el derecho de una persona a que se la trate con dignidad es el derecho a que otros reconozcan sus intereses críticos genuinos: que reconozcan que es el tipo de criatura y que se encuentra en la posición moral con respecto a la cual es intrínseca y objetivamente importante la forma como transcurre su vida. La dignidad es un aspecto central del valor que hemos estado examinando a lo largo de este libro: la importancia intrínseca de la vida humana.[602]

En este punto, y con el propósito de contribuir a la posible resolución de la problemática que nos ocupa, es posible seguir la clasificación de Perez Triviño, quien sostiene que hablar de dignidad aplicada a individuos es una expresión ambigua, que reconoce dos sentidos: uno relativo y otro absoluto.[603] Lo que a continuación se expone, complementa con criterio netamente filosófico lo ya visto en un registro más jurídico en el punto 3 (la dignidad humana en la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO).

a) Dignidad relativa

La dignidad individual en sentido relativo se utiliza para referirse a determinadas personas, a una cualidad del carácter de determinadas personas, a una forma de comportarse en determinadas circunstancias (autocontrol, serenidad, confianza), a la habilidad para desarrollar una tarea o profesión, entre otras situaciones similares.

---

[600] Dworkin, 1994, p. 306-307.
[601] Perez Triviño, 2007a, p. 77.
[602] Dworkin, 1994, p. 308-309.
[603] Perez Triviño, 2007c, p. 122.

Las personas que poseen estas cualidades o se comportan de esas maneras merecen *respeto*. Así concebida, la dignidad está asociada a una cualidad de la personalidad que es perceptible o visible, que se presenta ante otros.

También se la asocia a cosas u objetos, por ejemplo, la alusión constitucional a la vivienda digna. La referencia normativa en este caso no se vincula solo a las características de la vivienda en sí (que puede variar conforme la época histórica y el lugar), sino también al debido respeto que merecen las personas que la van a ocupar.

Para Perez Triviño, se trata de un criterio empírico que presenta tres rasgos distintivos: (i) *convencionalidad,* en el sentido que puede variar de un grupo social a otro y está supeditada a transformaciones en el tiempo; (ii) *gradualidad*, que sea gradual o contingente implica que se puede ganar o perder según las circunstancias y capacidades de cada individuo (por ejemplo, rehuir trabajos serviles); y (iii) *propiedad no moral,* es decir, aquello que el individuo valora como positivo o digno, no implica necesariamente que se trate de una acción moral (atribuir dignidad a una profesión).[604] Lo expuesto, le permite concluir que el criterio no es suficiente para sostener una relación justificada entre dignidad y fundamentación de los derechos humanos, tal y como se los reconoce en nuestro Estado de derecho constitucional. La razón de su pensamiento radica en que la posición no garantiza una distribución universal e igualitaria entre todos los hombres (las personas se comportan dignamente de diferente forma y grado).[605]

García Manrique, en cambio, sostiene que sí es posible hablar de una noción de dignidad gradual.[606] Es más, este autor defiende la necesidad de diferenciar un concepto específico de dignidad para cuestiones bioéticas que contiene, entre otras, esa cualidad gradual.[607] A su vez, ensaya su propia clasificación que, por su interés en el tema objeto de esta investigación, ya fue destacada *ut supra* (punto 3). Cabe recordar aquí que la cualidad gradual está vinculada a la *capacidad para la autonomía* que, en la interpretación jurídica, persigue alcanzar un *ideal* de excelencia.

b) Dignidad absoluta

El segundo es un concepto absoluto de dignidad –de valor intrínseco–. De él se sostiene que le pertenece por igual a toda la humanidad, a todos los seres humanos. Se

[604] Perez Triviño, 2007c, p. 123.
[605] Perez Triviño, 2007c, p. 124.
[606] Ver punto 3, de este mismo Capítulo III.
[607] García Manrique, 2009, p. 56.

trata de un valor permanente, inmutable y que establece límites con relación a cómo los seres humanos deben ser tratados. "No es una cualidad gradual, sino una cualidad «todo o nada»"[608]

Desde esta visión, Perez Triviño sostiene que la dignidad se conecta con los derechos humanos, los que derivan de la dignidad humana entendida como concepto absoluto. Así entendida, exige el deber de respeto de los demás individuos. Habermas resalta el vínculo conceptual interno que existe entre derechos humanos y dignidad humana.[609]

Ahora bien, este sentido absoluto del concepto –o dignidad como valor de la humanidad– puede enfocarse a su vez desde dos perspectivas.

La primera de ellas es *subjetiva;* se vincula con la libre elección de las preferencias de la persona, con la determinación de sus propios planes de vida personales. Esto es, con su autonomía.

La otra es *objetiva*, y está vinculada con los estándares de valoración de las personas, es decir, se analiza con independencia de los propios planes de vida de cada uno. Se trata de criterios que *no* son disponibles por el individuo. A esta vertiente se la conecta en forma directa con la concepción kantiana de dignidad.

c) Posible ubicación conceptual de la dignidad de la gestante

De lo expuesto en el apartado anterior surge que la dignidad en sentido absoluto es una propiedad inherente a todo ser humano por su sola condición de tal, basada en dos tipos de elementos: el subjetivo (autonomía) y el objetivo (estándares de valoración de la dignidad que prescinden de la autonomía personal).

Dicho de otra manera, y en lo que aquí interesa resaltar, el concepto absoluto no relega la autonomía o, más técnicamente, la capacidad para la autonomía que, dada su nota de gradualidad, queda comprendida en el criterio relativo.

Por eso, si se ubica a la decisión de la gestante en este contexto, aun cuando no opere la nota gradualidad (característica propia del concepto relativo de dignidad), aparece como elemento esencial su voluntad expresada en forma libre (nota del concepto absoluto de dignidad, en su perspectiva subjetiva).

De manera que el razonamiento contrario a la GS, por la adhesión a un criterio de dignidad humana con base en su concepto absoluto, no está justificado. La

[608] Perez Triviño, 2007c, p. 124.
[609] Habermas, 2010, p. 6.

alegación de la utilización de la persona gestante como medio, en este caso, parte de una visión parcial e incompleta de dicho carácter absoluto. Al prescindir del elemento *subjetivo*, la mirada es sesgada porque aborda en forma lineal un problema complejo.

Aún más, tal como se analiza en el apartado siguiente, tampoco esta postura lineal y parcial (dignidad en un sentido absoluto y objetivo) reconocería identidad completa con el pensamiento kantiano. Al menos no en la GS altruista.

d) El concepto absoluto desde el punto de vista objetivo

Con el fin de demostrar la tesis antes expuesta, esto es, que la dignidad en un sentido absoluto y objetivo tampoco reconocería una identidad completa con el pensamiento kantiano, al menos no en la GS altruista, a continuación, se profundiza sobre dicha filosofía.

(i) Deberes. Voluntad. Fin

En una primera aproximación, resulta legítimo aceptar que el concepto absoluto de dignidad que se analiza, el inherente a toda persona por su sola condición de tal, visto desde un punto de vista objetivo, está vinculado a la filosofía ética kantiana.

Más específicamente, a la segunda formulación de su imperativo categórico, conocida como fórmula de *humanidad*, que expresa: "Obra de tal modo que uses a la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre al mismo tiempo como fin y nunca simplemente como medio".[610] Desde esta visión, se considera al hombre como un fin en sí mismo y, en tanto y en cuanto se trata de un imperativo categórico, esta noción es vinculante de manera absoluta. La humanidad misma, en tanto *bien* objetivo e incondicional, es entonces una dignidad.[611] En este sentido, no puede quedar fuera de valoración que Kant establece dos clases de deberes: para consigo mismo y para con otros.

Otro tópico de análisis indispensable es el valor que corresponde asignarle a la *voluntad*, entendida como la capacidad, propia de todo ser racional, de autodeterminarse a obrar según la representación de ciertos principios. Y esta noción está ligada con el concepto de fin. Ahora bien, esta vinculación voluntad-fin se debe examinar con cuidado, pues los fines, para Kant, tienen un valor relativo. Como explica Beade, "estos fines «relativos» no pueden ser fundamento de un «imperativo

[610] Kant, 2012, p. 139.
[611] Esta afirmación es extrema al punto que, para Kant, la vida es necesaria vivirla solo si se la vive dignamente (Kant, 1988, p. 192).

categórico» –es decir, de un mandato absolutamente incondicionado–, sino que sólo pueden dar lugar a «imperativos hipotéticos».»[612]

Estas breves reflexiones sobre la filosofía kantiana son suficientemente demostrativas de la densidad del problema. A primera vista, no parece que esté delimitada con claridad la diferenciación de las perspectivas subjetiva/objetiva. Por lo tanto, de utilizarse el concepto de dignidad kantiana como método de impugnación de la GS se debe ser muy preciso; ello se impone como una exigencia previa a toda consideración valorativa sobre su aplicabilidad.

Con mayor profundidad, fijar y sostener el "principio supremo de la moralidad" implica reconocer que lo único *bueno* en sentido absoluto es la *buena voluntad*, "esto es: una voluntad buena en sus propósitos, con independencia del éxito que pueda alcanzarse en la realización de los fines que se propone. Una voluntad buena posee valor absoluto."[613]

La voluntad se expresa con una acción: la acción moral, que tiene en miras a un valor fundamental que es el valor de la humanidad. Y una acción moral es buena –de manera incondicional– si la guía un valor incondicional.[614]

La noción de hombre (persona), fin en sí mismo (de valor absoluto), se diferencia de la noción de "cosa" que sirve como medio (valor relativo) para la realización de (otros) fines. Ello significa que lo que es un fin en sí (persona humana) no puede ser utilizada como medio para la consecución de otros fines. La humanidad es pensada *fin* en virtud de que "proporciona a la voluntad [racional] un fundamento objetivo para su autodeterminación."[615]

Un ejemplo de utilización de la persona como "medio", se aprecia en el precedente de la Corte Constitucional Federal de Alemania que declaró la inconstitucionalidad de la Ley de Seguridad Aérea (en el año 2006). La ley autorizaba a las fuerzas armadas para que, en una situación similar a la vivida en Estados Unidos el 11-S, pudieran derribar un avión de pasajeros convertido en un proyectil viviente.[616]

---

[612] Beade, 2016, p. 25.
[613] Beade, 2016, p. 25.
[614] Rivera Castro, 2004, p. 4.
[615] Beade, 2016, p. 26.
[616] Habermas, 2010, p. 4-5. "La inviolabilidad de la dignidad humana reclamó la atención del público alemán cuando la Corte Constitucional Federal declaró inconstitucional la Ley de Seguridad Aérea en el año 2006. Al momento de promulgarla, el parlamento tenía en mente el escenario internacional creado el 11 de septiembre [de 2001] por el ataque terrorista a las torres gemelas en el World Trade Center [de la ciudad de Nueva York]. En dicha ley se pretendía autorizar a las fuerzas armadas para que, en una situación similar, pudieran derribar un avión de pasajeros que se hubiera convertido en un proyectil viviente, previniendo así la amenaza a un número incierto, aunque considerable de personas que se

Todas estas nociones se introducen en la segunda formulación del imperativo categórico kantiano. Por ello, la intersubjetividad impone a toda persona el mandato de no violar la dignidad del otro (su voluntad racional, de utilizarlo *solo* como medio), pues eso importaría violentar la ley moral.

En rigor, las tres formulaciones del imperativo categórico kantiano (ley universal, humanidad y autonomía) son equivalentes, porque son formulaciones del mismo principio. De manera que su análisis no puede hacerse por compartimentos separados. Por eso se ha dicho que: "Actuar de acuerdo con máximas que podamos querer como leyes universales es lo mismo que tratar a la humanidad siempre como fin y nunca como un mero medio, lo cual, a su vez, es lo mismo que actuar de manera autónoma."[617]

Interesa resaltar la siguiente interrelación de Kant entre las formulaciones de humanidad y autonomía.

> Otra de las formulaciones del «imperativo categórico» –aquella que suele ser caracterizada como la «fórmula de la autonomía»– establece que el hombre debe actuar "sólo de tal modo que la voluntad pueda considerarse a sí misma por su máxima al mismo tiempo como universalmente legisladora" (Kant GMS, AA 4: 434). Esta formulación aporta un nuevo elemento a ser considerado en el análisis de la concepción kantiana del hombre como «fin en sí». El sujeto racional se dicta la ley moral a sí mismo, esto es, se «auto-legisla», y en ello reside, precisamente, su «dignidad», a saber: en el hecho de que en el ámbito de la libertad «interna» –i.e. de la libertad en el «ejercicio interno del arbitrio» (cf. Kant MS, AA 6: 214)– el sujeto no se halla sometido al arbitrio constrictivo de otros, sino únicamente al mandato de ley moral, originada en su propia razón. […] En ello reside, según se ha indicado, la 'dignidad' del hombre: en su capacidad de no obedecer a ninguna otra ley más allá de la que él se dicta a sí mismo (cf. Kant GMS AA 4: 434), es decir, en su 'autonomía', entendida aquí como la facultad de la voluntad de "dar leyes

---

encontraran en tierra. Para la corte, sin embargo, la muerte de los pasajeros producida en esas circunstancias por agentes estatales constituía una acción no amparada por el orden constitucional alemán. La corte argumentó que el deber del Estado (conforme al artículo 2.2. GG) de proteger la vida de las víctimas potenciales de un ataque terrorista era secundario frente al deber de respetar la dignidad humana de los pasajeros. "La manera en la que el Estado podría haber dispuesto unilateralmente de la vida de las personas a bordo del avión les habría negado el valor debido por sí mismo a todo ser humano." Sin lugar a dudas, el eco del imperativo categórico kantiano se escucha en las palabras de la corte. El respeto a la dignidad de todo ser humano prohíbe que el Estado trate a una persona simplemente como un medio para alcanzar un fin, incluso si ese otro fin fuera el de salvar la vida de muchas otras personas."

[617] Rivera Castro, 2004, p. 5.

> universales, aunque con la condición de quedar sometida ella misma a esa legislación" (Kant GMS, AA 4: 400). La 'autonomía' no sólo eleva nuestra dignidad por encima del valor de todo ser natural (cf. Kant GMS, AA 4: 436), sino que es además "el fundamento de la dignidad humana y de toda naturaleza racional" (GMS, AA 4: 436).[618]

(ii) El hombre fin en sí mismo. La propia perfección y la felicidad ajena

¿Es posible pensar en un fin altruista de la gestante sin afectación de su dignidad?

Ensayaré una respuesta a este interrogante con apoyo en la segunda parte de *La metafísica de las costumbres*, en la que Kant establece una distinción entre las distintas clases de los deberes: para consigo mismo y para con los otros. El fin es el propósito de la acción, lo que impulsa a realizarla. Los fines pueden ser representados como deberes, esto es, como *fines necesarios*. Estos son la propia perfección y la felicidad ajena.[619] Los fines representados como deberes (fines necesarios) para sí mismo pretenden la propia perfección (valor de la humanidad en la propia persona). Los fines representados para con otros, la felicidad ajena.

La propia perfección está dada en el desarrollo de nuestras propias capacidades tales como el entendimiento y la voluntad, en superar la ignorancia, en rectificar errores, en suma, en el esfuerzo personal.[620] Esta concepción, la que implica que determinados fines valen como deberes, es lo que otorga razón de existencia a la ética kantiana. De lo contrario, de no existir este aserto, dado que toda acción humana contiene un fin, todos los fines valdrían o podrían ser interpretados solo como medios, lo que imposibilitaría la construcción de cualquier imperativo categórico.[621] En esta clave se debe interpretar la noción de fin.

En cuanto a los deberes para con otros, el concepto de felicidad ajena importa guías de acción *altruistas*. Se incluyen allí la benevolencia, la gratuidad y la solidaridad. El respeto por la dignidad de la persona humana implica tanto el deber de

---

[618] Beade, 2016, p. 26-27.

[619] "Como ha sido señalado, el «fin» de una acción es aquello que la acción persigue como propósito, i.e. aquello que nos lleva a realizarla. Toda acción humana persigue un «fin», y entre los múltiples «fines» que persiguen los hombres al actuar, algunos son representados por la razón como «deberes», esto es, como fines que tienen que ser buscados de manera «necesaria». Kant sostiene que estos «fines» que la razón se representa como «deberes» son, específicamente, la propia perfección y la felicidad ajena (cf. Kant MS, AA 6: 386)." (Beade, 2016, p. 27-28).

[620] "El fundamento de estos deberes reside —y este es el punto que interesa destacar— en la dignidad propia de la humanidad: la propia perfección es, en efecto, uno de los «fines» que nos representamos necesariamente como «deberes», pues debemos «hacernos dignos de la humanidad que habita en nosotros» (cf. Kant MS, AA 6: 387)." (Beade, 2016, p. 28).

[621] Conf. MENDOÇA, Wilson: "Die Person als Zweck an sich", Kant-Studien 84 (1993) 167-184, cit. por Beade, 2016, p. 28 (cita 12).

autoestima como su correlato que es el deber para con otros. Y ello significa impedir el uso de sí (o del otro) como algo susceptible de precio.[622] De manera tal que, para Kant, la obligación moral es para con la humanidad[623] (que incluye, lógicamente, al propio agente moral); ello significa que no solo debe considerarse al otro como fin en sí mismo, sino también en lo atinente a su propio fin.

Así expuesto, si una persona con capacidad para gestar decide contribuir a que otros puedan realizar sus propios fines (ser padres o madres), ello implica reconocerse y reconocerles dignidad. Y, en tal sentido, "parte de lo que significa tratar a alguien como un fin es que esa persona pueda consentir a mis acciones."[624]

En razón de lo expuesto, la visión de dignidad que surge de la propia filosofía kantiana parece no limitarse de forma exclusiva a la dignidad humana en su visión *absoluta objetiva* (lo indisponible), ya que también incluye elementos de la *absoluta subjetiva* (autonomía). En otras palabras, la dignidad humana, para esta filosofía, es una propiedad inherente a todo ser humano, de carácter incondicionado, cuyos principales presupuestos son la racionalidad y la autonomía. El fin altruista que persigue el agente es un valor de humanidad y, por lo tanto, digno.

Así es que se sostiene, entiendo con razón, que "existe una estrecha conexión entre la dignidad y la autonomía, y precisamente Kant acaba caracterizando la dignidad alejada del mundo sensible porque, dada la autonomía de la voluntad, el agente moral puede escapar de las determinaciones del mundo sensible."[625]

(iii) La dignidad y la igualdad como no interferencia

¿La prohibición del AGS puede ser considerada una interferencia?

Para Kant, la noción de igualdad entre las personas deviene de una igual subordinación a la ley moral. La percepción de la igualdad se vincula con la universalidad y la racionalidad, "ya que por un lado la dignidad es una propiedad que

---

[622] "La benevolencia, la gratitud, la solidaridad, son deberes que nacen del respeto que se debe a otros en tanto se reconoce y valora su dignidad humana (cf. Kant MS, AA 6: 323, 462). El respeto por la dignidad de la persona humana es, así pues, no sólo el fundamento de los «deberes para consigo mismo» sino que es asimismo el fundamento de nuestros deberes para con otros […] El deber de la autoestima tiene como correlato un deber para con otros, esto es: el deber de no realizar acciones que pudiesen impedir, en el otro, su propia autoestima. Todo hombre tiene así derecho a exigir estima de otros, y a impedir que se haga uso de sí como como algo susceptible de «precio», es decir, que se lo utilice como un mero medio para la satisfacción de ciertos fines. En síntesis, todo hombre debe respetarse a sí mismo y a otros hombres por iguales razones: el respeto mutuo que los hombres deben profesarse se funda en la «dignidad» inherente al género humano." (Beade, 2016, p. 28-29).

[623] "Por *humanidad* Kant entiende la capacidad racional que tenemos los seres humanos de proponernos fines." (Rivera Castro, 2004, p. 6).

[624] Rivera Castro, 2004, p. 6.

[625] Pérez Triviño, 2007a, p. 20.

es común entre los seres humanos, y por otro lado, porque la dignidad se fundamenta en la racionalidad.»[626]

De manera que la no interferencia está implícita en la noción kantiana de dignidad. Se vincula con el respeto de la dignidad de otros para que persigan los fines y propósitos elegidos autónomamente. Se consagra entonces un deber negativo, el deber de no interferir en la autonomía del otro.[627]

De lo expuesto se deduce que un Estado que prohíbe el AGS con base en la filosofía kantiana incurre en una incongruencia teórica. Lo mismo puede decirse de un Estado que no la regula, pues está creando de facto inequidades, por caso, entre quienes poseen recursos suficientes para acceder a la GS transfronteriza y quienes están impedidos materialmente.

(iv) Propiedad de todos los seres humanos. Respeto y autorrespeto

¿Cómo funciona el deber de respeto y de autorrespeto en el AGS?

Lo expuesto hasta aquí permite concluir que el concepto de *inviolabilidad* que aporta Nino, también se introduce en la interrelación dignidad-autonomía desde la perspectiva estudiada. No obstante, parece oportuno realizar alguna referencia a otras nociones, las de *respeto* y *autorrespeto* (deberes para con otros y deberes para sí mismo), ya que éstas parecen estar en mejores condiciones de explicar la noción kantiana de *deber*.

Garzón Valdés establece una diferenciación importante entre dignidad, conciencia de dignidad y expresión de dignidad.[628] La primera, la dignidad, es una propiedad adscriptiva de todo individuo que pertenece a la especie humana. Pero ello no implica que todos los individuos sean conscientes de su dignidad y/o que la expresen de manera correcta.[629] Por ejemplo, un recién nacido puede no tener conciencia de su dignidad, pero eso no significa que deba negársele su condición de agente moral. Otra persona, en cambio, puede tener conciencia de su dignidad, aunque elija expresarse de manera indigna. En este caso, tampoco se destruye ni desaparece su dignidad.

Esta clasificación lleva a Pérez Triviño a considerar que las nociones conciencia de dignidad y expresión de dignidad se vinculan –están integradas– en la idea de

[626] Pérez Triviño, 2007a, p. 24.
[627] Pérez Triviño, 2007a, p. 25-26.
[628] Garzón Valdés, 2006
[629] Garzón Valdés, 2006, p. 46.

autorrespeto. No sucede lo mismo, esto es, no habría una correspondencia conceptual completa entre las nociones de dignidad y respeto, aunque se retroalimenten entre sí.[630] Mantener esta diferenciación, agrega este autor, permite resolver la paradoja que en forma habitual se señala cuando se habla de vulneración de la dignidad. En rigor, dado que es una propiedad inherente a todos los seres humanos, ninguna acción exterior podría afectarla.[631]

Por lo tanto, cabría entender que quienes afirman que la GS viola la dignidad de la gestante, se refieren, en todo caso, a una vulneración del *deber* de *respeto* hacia la dignidad humana de la gestante. La premisa "X vulneró la dignidad de Y" debe entenderse como "X no respetó la dignidad de Y". La consecuencia de mantener la diferenciación radica en que "la dignidad queda intacta, mientras que el reproche se dirige a X por no realizar las conductas, las actitudes y comportamientos debidos".[632]

El autorrespeto, por su parte, es similar en su estructura al respeto, solo que aquí existe una confusión subjetiva: el poseedor del valor dignidad es el mismo individuo que (se) debe respeto. El autorrespeto se presenta entonces como la consideración kantiana de fines en nosotros mismos o, si se prefiere, de deberes para con nosotros mismos; o, en términos de Garzón Valdés, individuos con conciencia y expresión de dignidad.

Los presupuestos de operatividad del autorrespeto son, por una parte, el reconocimiento de ciertos fines y valores considerados positivos y, por la otra, la realización de ciertas acciones y conductas adecuadas para la obtención de esos fines.[633]

Estas precisiones conceptuales permiten calificar a la dignidad como una propiedad inherente a todo individuo perteneciente a la especie humana, con especial consideración de aquellas personas que integran colectivos estructuralmente desventajados, constituida por elementos subjetivos y objetivos contenidos en las nociones de respeto y autorrespeto.

Para Rawls, el autorrespeto es un bien primario, junto con los derechos, las libertades y las oportunidades. Lo que él denomina respeto propio o autoestimación resulta ser el bien primario más importante.[634] "La idea principal es que el bien de una

[630] Pérez Triviño, 2007b, p. 160.
[631] Pérez Triviño, 2007b, p. 161.
[632] Pérez Triviño, 2007b, p. 161.
[633] Pérez Triviño, 2007b, p. 162.
[634] Rawls, 2012, p. 375.

persona está determinado por lo que para ella es el plan de vida más racional a largo plazo, en circunstancias razonablemente favorables. Un hombre es feliz en la medida en que logra, más o menos, llevar a cabo este plan… el bien es la satisfacción del deseo racional".[635]

Desde el punto de vista conceptual, se sostiene que existe una dependencia entre respeto y autorrespeto. Y, de manera general, la respuesta valorativa de ambos se puede caracterizar como algo de consideración necesaria, lo que remite a la filosofía kantiana.[636] El autorrespeto se basa en la opinión favorable de uno mismo asentada en méritos o cualidades personales. El respeto es esta misma opinión, pero respecto de otros.

La valoración que conlleva tal opinión está construida sobre estándares. Es decir, se trata de un criterio subjetivo. A su vez existe un criterio objetivo que es el deseo que se debe tener siempre de comportarse de manera valiosa. En suma, el autorrespeto supone aceptar: "1) Ciertos fines y valores que consideramos positivos y deseables para nuestra visión personal; 2) ciertas acciones y conductas que consideramos adecuadas para el logro de esos fines."[637]

María Casado identifica dos principios básicos de la dignidad humana: "que toda vida es intrínseca e igualmente valiosa, y que toda persona es individual e inalienablemente responsable de identificar y realizar el valor de su propia vida."[638] Estos principios, agrega, sirven como base para cualquier argumentación bioética y filosófico-política.

La dignidad, en conclusión, conlleva la obligación de *respetar* la dignidad del otro y del *autorrespeto* de la propia. En la GS es claro cuál *deber* se impone a los padres de intención –y por su intermedio a toda la comunidad moral– y cuál a la persona que gesta.

Para cerrar este inciso, vale la pena recordar que Nino sustenta su filosofía en la relación entre los tres principios —inviolabilidad, autonomía y dignidad—.

> […] así como el principio de inviolabilidad establece la *función* de los derechos y el principio de autonomía […] su *contenido*, el principio de dignidad es el que está subyacente a la *dinámica* de tales derechos, porque es el que fundamenta la posibilidad de sus beneficiarios de operar con ellos,

[635] Rawls, 2012, p. 87.
[636] Pérez Triviño, 2007a, p. 49.
[637] Pérez Triviño, 2007a, p. 51.
[638] Casado, 2017, p. 34.

renunciando a algunas de las ventajas a las que tenían derecho a cambio de otras en persecución de sus distintos fines.[639]

(v) Autonomía y "buena voluntad"

¿Cómo opera la "buena voluntad" de la gestante en el AGS?

Bien se ha dicho que la autonomía es otro concepto estructural dentro del paradigma de los derechos humanos y uno de los pilares en que se sustenta el ordenamiento jurídico argentino. Al punto de condicionar el accionar de todos los órganos del Estado, en especial del legislador quien no puede dictar leyes que restrinjan o impidan en forma arbitraria la libertad individual, familiar o social.[640]

Para entender cómo funciona la cuestión en un acuerdo de AGS, es necesario insistir en la vinculación entre dignidad y libertad.

En la novela *Eres como eres*, la gestante de Eva no quiso un recuerdo fotográfico. "Nada de fotografías… No sé si quiero acordarme de esto…"[641] Y antes de eso, lo único que anhelaba era que su marido muerto estuviese a su lado.[642] Por otra parte, su padre, afuera de la habitación, daba garantías a la pareja italiana que cumplirían su convenio. Claramente se trata de señales de alerta que algo no estaba bien en la comunión exigible entre dignidad y libertad.

Tal como sostiene Bidart Campos, la dignidad posee íntimas vinculaciones con el principio de libertad: hace inviolable y exenta de interferencias la órbita de la intimidad o privacidad; preserva la moral autorreferente; da curso al desarrollo individual del propio plan de vida por más que sea considerado disvalioso o resulte incómodo para los demás, mientras no los afecte, y permite sostener el principio de que solo bienes sociales superiores convalidan la injerencia del Estado o de los demás en esa esfera.[643] Se está, entonces, ante la "difusa pero poderosa idea de la dignidad humana estriba en esa afirmación de la autonomía personal, sin la cual cualquier discurso moral carece de sentido."[644] La interrelación se puede expresar también de la siguiente manera: "ese valor moral esencial está vinculado […], a la posibilidad de elegir los propios fines (autonomía); llevarlos a cabo (libertad); y asumir las consecuencias (responsabilidad)."[645]

---

[639] Nino, 2017, p. 293.
[640] Lloveras y Salomón, 2009, p. 104.
[641] Mazzucco, 2016, p. 207.
[642] Mazzucco, 2016, p. 206.
[643] Bidart Campos, 1991, p. 77.
[644] Hierro, 2001, p. 25.
[645] Beltrán, 2017, p. 73.

En *El cuento de la criada*[646] no se trata de señales, sino de certezas de la utilización instrumental de la gestante derivada de decisiones políticas totalitarias.

En una obra clásica que (re)interpreta en clave de un Estado de derecho constitucional esta temática, propia de la ética, me refiero a *El Constructivismo ético,* Carlos Nino sostiene que el problema principal de la ética no es ontológico ni epistemológico sino conceptual y que "la cuestión que plantean los hechos morales no está relacionada con su existencia o con su conocimiento, sino con su reconocimiento como tales."[647]

Para comprender cómo opera la buena voluntad de la gestante en este proceso, se impone realizar una relectura actualizada de las formulaciones del imperativo kantiano. La dignidad humana consiste en tratar al otro conforme sus acciones voluntarias (la "buena voluntad" del agente).

> La práctica misma del discurso moral, que es […] la única plataforma firme de la justificación moral, tiene incorporado el valor de autonomía. El discurso está dirigido a la libre aceptación de principios de conducta, que es lo que constituye la autonomía moral en el sentido amplio propuesto por Kant y, por lo tanto, la participación honesta en esa práctica implica asumir el valor de esa libre adopción de principios. Por otra parte, mientras esa autonomía moral se limita a sí misma cuando se trata de principios de moralidad social o intersubjetiva –puesto que la libre elección de ciertas pautas de conducta puede conducir a que se restrinja la capacidad de elección de otros– ello no ocurre así en el caso de la libre elección de ideales personales o de pautas que valoran acciones que solo afectan al propio agente. En este caso la autonomía no se limita a sí misma, lo que da lugar al valor de la autonomía personal, o sea de la autonomía de sentido restringido que se refiere a la libre elección de ideales personales o de excelencia humana. De modo que si partimos de la base del discurso moral tal como él se ha desarrollado en nuestra cultura, la materia prima para elaborar principios de justicia que generan derechos individuales no está dada solamente por el criterio procedimental de aceptabilidad de principios universales, generales, etc., en condiciones ideales de racionalidad e imparcialidad, sino que también incluye el valor substantivo de la autonomía personal que subyace a ese discurso."[648]

---

[646] Atwood, 2017.
[647] Nino, 1989, p. 62.
[648] Nino, 1989, p. 147-148.

La cuestión conecta, en el terreno jurídico, con la recepción expresa en el sistema constitucional-convencional argentino. De los principios de autonomía o libertad de intimidad.

Entre los instrumentos internacionales lo estipulan la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 12)[649]; el artículo V de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre[650], el artículo 11.2 de la CADH (Pacto de San José de Costa Rica)[651]; el artículo 17, ap.1 y 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.[652] La Constitución Nacional lo hace en el artículo 19,[653] norma que constituye el engranaje fundamental de la vida en la sociedad argentina.[654] Para Nino, los conceptos "acciones privadas de los hombres", "acciones que no ofendan el orden y la moral pública" y "acciones que no perjudiquen a terceros" deben ser entendidas como co-extensivas, como tres formas de referirse a la misma clase de acciones.[655]

La privacidad protegida no está limitada a las acciones internas, sino que también comprende ciertas acciones externas.[656] La visión liberal igualitaria de la Corte Federal,[657] en su primera composición luego de recuperado el sistema democrático de gobierno en los años ochenta del siglo XX, ratifica y fija el rumbo que no admite dudas

---

[649] "Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques." (artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos)

[650] "Toda persona tiene derecho a la protección de la Ley contra los ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada y familiar." (artículo V de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre).

[651] "Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación." (artículo 11.2 CADH).

[652] "1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación.
2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques." (artículo 17, ap. 1 y 2 del Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos).

[653] "Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe."

[654] "En esta línea, esta Corte ha interpretado en forma amplia el artículo 7 de la Convención Americana al señalar que éste incluye un concepto de libertad en un sentido extenso como la capacidad de hacer y no hacer todo lo que esté lícitamente permitido. En otras palabras, constituye el derecho de toda persona de organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones. La libertad, definida así, es un derecho humano básico, propio de los atributos de la persona, que se proyecta en toda la Convención Americana" (Corte IDH, causa I.V. Vs. Bolivia, 2016, párr. 151).

[655] Nino, 1992, p. 316-317.

[656] Nino, 1992, p. 304.

[657] Por definición, la visión liberal igualitaria de los derechos humanos excluye a la visión liberal conservadora. Para ampliar sobre este postulado filosófico ver: Dworkin, 2017, p. 259 y ss.; Nino, 1989; Nino, 2014; Nino, 2017a; entre otros.

respecto a cuál debe ser el criterio rector interpretativo del principio de autonomía. Deberán entenderse como acciones privadas de los hombres aquellas que no interfieran con acciones legítimas de terceras personas, que no dañen a otros, o que no lesionen sentimientos o valoraciones compartidos por un conjunto de personas en cuya protección está interesada la comunidad toda.[658]

La contrapartida al principio de autonomía, su "gran enemigo"[659] es el *perfeccionismo*. Bajo esta mirada, lo que es bueno o conveniente para el individuo no radicaría en su elección libre de una forma de vida, sino en lo que el Estado determine como tal. Es fácil advertir que esta posición perfeccionista no es la que recepta el artículo 19 de la CN. En el viejo precedente "Sejean"[660] se advierte un claro ejemplo del límite que se impone al perfeccionismo estatal y se sientan las bases de una doctrina sobre la protección de la autonomía personal, con impacto especial en el derecho regulatorio de las familias.

Esta mirada es compartida por la Corte IDH en la causa I.V. Vs. Bolivia, 2016:

> […] el artículo 11 de la Convención Americana protege uno de los valores más fundamentales de la persona humana, entendida como ser racional, esto es el reconocimiento de su dignidad. En efecto, el inciso primero de dicho artículo contiene una cláusula universal de protección de la dignidad, cuyo basamento se erige tanto en el principio de la autonomía de la persona como en la idea de que todos los individuos deben ser tratados como iguales, en tanto fines en sí mismos según sus intenciones, voluntad y propias decisiones de vida. Por su parte, el inciso segundo establece la inviolabilidad de la vida privada y familiar, entre otras esferas protegidas. Este ámbito de la vida privada de las personas, ha sostenido la Corte, se caracteriza por ser un espacio de libertad exento e inmune a las injerencias abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública.[661]

A continuación, la Corte IDH refuerza su postura, siempre en concordancia con lo aquí sostenido.

---

[658] CSJN, "Bazterrica", párr. 12, 1986.
[659] Saba, 2014, p. 38-60.
[660] CSJN, "Sejean", 1986.
[661] Corte IDH, causa I.V. Vs. Bolivia, 2016, párr. 149.
La Corte IDH incluye, al finalizar este parágrafo, la cita 164 remitiéndose a los precedentes Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia, párr. 194, y Caso Comunidad Campesina de Santa Bárbara Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C, No. 299, párr. 200.

> Ahora bien, un aspecto central del reconocimiento de la dignidad constituye la posibilidad de todo ser humano de auto-determinarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones. En este marco juega un papel fundamental el principio de la autonomía de la persona, el cual veda toda actuación estatal que procure la instrumentalización del individuo, es decir, que la convierta en un medio para fines ajenos a las elecciones sobre su propia vida, su cuerpo y el desarrollo pleno de su personalidad, dentro de los límites que impone la Convención.[662]

En este contexto, la privacidad adquiere un rol preponderante.

En su clasificación de privacidad, Dworkin informa que se puede hablar de privacidad territorial (limitada a un espacio determinado), privacidad como confidencialidad (no relevar determinadas convicciones religiosas, políticas) o privacidad como soberanía en la toma de decisiones personales (por ejemplo, en materia de contracepción, elección sexual, la que detentan los padres respecto a la escuela adonde enviar a sus hijos).[663] Esta distinción facilita la posibilidad interpretativa respecto a cuál es el ámbito de operatividad de la autonomía de los intervinientes en la GS. Y qué límites puede disponer el Estado, cuando el AGS garantiza la autonomía de todos los intervinientes.

La buena voluntad de la gestante, entonces, recae en el fin altruista perseguido, libre de condicionantes externos e internos.

e) Corolario desde un enfoque de la dignidad individual

En razón de lo expuesto, se puede concluir que el concepto absoluto de dignidad humana en Kant no contradice el AGS altruista, apriorísticamente porque:

(i) La dignidad humana comprende la posibilidad de autodeterminarse y la libertad de decisión de la gestante (perspectiva subjetiva).

(ii) La filosofía kantiana aplicada a la persona concreta indica que, al asumir la gestación para otros, la persona no sería un medio sino un fin en sí. Siendo el fin buscado por la agente moral la benevolencia, la gratuidad o la solidaridad tiene valor absoluto (fin necesario). Y, en consecuencia, se respeta el imperativo categórico (perspectiva objetiva).

---

[662] Corte IDH, causa I. V. Vs. Bolivia, 2016, párr. 150.
[663] Dworkin, 1994, p. 73-74.

La cuestión se centra en las relaciones íntimas e inescindibles que tienen los conceptos de respeto, autorrespeto, autonomía, inviolabilidad, libertad, buena voluntad y fines (fin necesario). Allí se encuentra el marco adecuado desde el cual debe entenderse la dignidad de la persona humana en sentido individual. Tanto en derechos fundamentales en general, como en cuestiones bioéticas en particular.

Y éste es el contexto donde debe valorarse la situación de la gestante y su (buena) voluntad manifestada en un AGS.

CAPÍTULO IV. LA PERSPECTIVA DE GÉNERO EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Es probable que ningún filósofo del derecho, dogmático u operador jurídico, responda en forma afirmativa –al menos no con razones justificadas– si se le pregunta acerca de si es posible emprender el estudio de la dignidad humana de la gestante en la GS sin asumir la perspectiva de género. Y es posible también, que la misma respuesta brinden en relación con el análisis de cualquier otra problemática jurídica en la que estén involucrados los derechos humanos de las mujeres. Por ello, dado que el fenómeno jurídico integra el social, se comparte la tesis de Alda Facio: "La teoría de género, tan desarrollada en nuestro tiempo, nos ha enseñado que no se puede comprender ningún fenómeno social si no se lo analiza desde la perspectiva de género y que ésta generalmente implica reconceptualizar aquello que se está analizando."[664]

Esta visión exige establecer la correcta relación entre sexo y género, que impone asumir la corresponsabilidad en las distintas funciones humanas que realizan mujeres y hombres, corresponsabilidad que persigue la igualdad real en la diferencia. Con ello, se construyen los estándares orientados hacia una reformulación igualitaria de las funciones que, durante el desarrollo histórico, fueron atribuidas culturalmente a mujeres.[665]

La adopción de este enfoque de análisis responde al papel prioritario de los derechos fundamentales de la persona gestante, y a su característica singular o propiedad específica en tanto sujeto normativo: la capacidad de gestar. La visión de género es indispensable para comprender este fenómeno a través de una reconceptualización, en el caso, de los principios que sustentan los derechos humanos anclados en la dignidad humana.

De allí que la posibilidad de precisar un contenido concreto del concepto de dignidad humana de la gestante en la GS impone asumir, como presupuesto de estudio, la perspectiva de género. La OC 24/2017 indica que el género "Se refiere a las identidades, las funciones y los atributos construidos socialmente de la mujer y el

---

[664] Facio, 2002, p. 86.

[665] La noción de igualdad en la diferencia es el punto de partida correcto, desde un punto de vista de la racionalidad práctica, pues permite la construcción de estándares orientados hacia una reformulación igualitaria del Derecho. No se desconoce, aunque no se aplique aquí, lo sostenido por Catharine MacKinnon, quien sostiene que el género "es una desigualdad de poder, un estatus social basado en quién tiene permitido hacer qué a quién. Sólo por derivación es una diferencia" (MacKinnon, 2014, p. 23).

hombre y al significado social y cultural que se atribuye a esas diferencias biológicas."[666]

Nancy Fraser lo estudia como una categoría bidimensional. Explica que, con una lente, el género tiene afinidades con la clase; con la otra, con el estatus. Cada una de esas lentes enfoca un aspecto importante de la subordinación de las mujeres. No obstante, por sí mismas, son insuficientes para dar cuenta de la integralidad del problema. De allí que el género se entienda como una categoría comprensiva de dos dimensiones del ordenamiento social: la "distribución" y el "reconocimiento". La primera, la distribución, es similar a la clase y está arraigada en la estructura económica. Esta estructura económica se organiza en la división del trabajo, que la autora distingue entre el trabajo productivo remunerado, y el trabajo reproductivo y doméstico no remunerado. Este segmento de la visión bidimensional se vincula con la injusticia distributiva específica del género. El segundo enfoque se refiere a la estructura del reconocimiento. En este sentido, lo que hace el género es codificar "patrones culturales de interpretación y evaluación dominantes", funcionales al orden del estatus. En este supuesto, la injusticia se muestra en su rasgo de androcentrismo; es decir, se privilegia y se exalta la masculinidad, mientras que se realiza lo contrario respecto de lo femenino.[667] Agrega Fraser que estos patrones se advierten en muchas áreas. En sus propias palabras:

> [están]Expresamente codificados en muchas áreas del derecho (incluido el derecho de familia y el penal), inspiran interpretaciones jurídicas de la intimidad, la autonomía, la defensa propia y la igualdad. También están atrincherados en muchas áreas de la política gubernamental (incluida la reproductiva, la inmigración y la política de asilo) y en prácticas profesionales habituales (como la medicina y la psicoterapia). Los patrones de valor androcéntricos impregnan también la cultura popular y la interacción cotidiana. Las mujeres sufren, como resultado, formas de subordinación de

[666] Corte IDH, OC 24/17, párr. 32, ap. e). Al comenzar el párrafo 32, la Corte aclara que el concepto elegido, al igual a lo que sucede con los restantes que conforman el "Glosario", es tomado "de diferentes fuentes orgánicas internacionales, al parecer son los más corrientes en el plano internacional."
Las fuentes que toma en consideración para sostener el concepto son las siguientes: "*Cfr. Naciones Unidas, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer – CEDAW, Recomendación general Nº 28 relativa al artículo 2 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, CEDAW/C/GC/28, 16 de diciembre de 2010, párr. 5, y OEA, Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos, Comisión de asuntos jurídicos y Políticos. Orientación sexual, identidad de género y expresión de género: algunos términos y estándares relevantes. Estudio realizado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, OEA/Ser.G. CP/CAJP/INF. 166/12. 23 abril 2012, párr. 14.*"
[667] Fraser, 2015, p. 192-193.

> estatus específicas del género, como el acoso sexual, la violación y la violencia doméstica; representaciones estereotipadas triviliazadoras, objetificantes y despectivas en los medios de comunicación; menosprecio en la vida cotidiana; exclusión o marginación en esferas públicas y organismos deliberativos; y denegación de los derechos plenos y de protecciones iguales en lo referente a la ciudadanía. Estos daños son injusticias provocadas por la falta de reconocimiento. Son relativamente independientes de la economía política y no son meramente superestructurales. Es imposible, por lo tanto, superarlas solo mediante la redistribución, y exigen remedios de reconocimiento adicionales e independientes.[668]

Desde otro lado, cabe recordar el documento que contiene las denominadas 100 Reglas de Brasilia, donde se expresa con claridad que la discriminación que sufre la mujer en ciertos ámbitos implica un impedimento para el acceso a la justicia, que se agrava en situaciones de vulnerabilidad.[669] Allí también se conceptualizan discriminación y violencia contra la mujer.[670]

Según se sabe, en general, la cuestión de género se puede abordar desde cada una de las disciplinas que la tienen entre su objeto de estudio; por ejemplo, desde la sociología, la antropología, la filosofía, la psicología, la historia o el derecho. Todas ellas cuentan con estudios específicos, conforme sean los distintos tópicos de análisis elegidos. O bien, tal como sucede con cada problema humano fundamental, el estudio puede hacerse desde el entrecruzamiento del derecho con cada una de esas otras áreas de conocimiento.

La Corte IDH parte de este paradigma transdisciplinario. Los fallos que se presentan en este capítulo dan cuenta de ese camino. De ahí deriva mi elección por esta clave dialógica, el entrecruzamiento del derecho con otras áreas de las ciencias sociales, al que agrego la literatura, pues entiendo que el conjunto favorece la comprensión de aspectos que conforman este fenómeno complejo y multifacético de género.

---

[668] Fraser, 2015, p. 193.

[669] Reglas de Brasilia, 2008, regla n°17.

[670] Regla 18: "Se entiende por *discriminación contra la mujer* toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera." Regla 19: "Se considera *violencia contra la mujer* cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado, mediante el empleo de la violencia física o psíquica." (Reglas de Brasilia, 2008).

A modo de aclaración adicional, la delimitación a los precedentes de la Corte IDH tiene un fundamento práctico que deriva de uno normativo. En efecto, el artículo 62-3 de la CADH establece que la Corte IDH "tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido…"[671] Por su lado, el artículo 1 del Estatuto de la Corte IDH expresa que "es una institución judicial autónoma cuyo objetivo es la aplicación e interpretación de la Convención Americana sobre derechos Humanos. La Corte ejerce sus funciones de conformidad con las disposiciones de la citada Convención y del presente Estatuto."[672]

De manera que circunscribir los contornos de la observación de esta problemática específica a la visión de la Corte IDH, responde a un sentido práctico consistente en recoger las ideas rectoras –estándares interpretativos– del máximo intérprete regional. Se otorga así una atención privilegiada a los criterios hermenéuticos de la Corte, a la construcción de sus estándares cuando se deciden cuestiones de género y a las características especiales y espaciales de la casuística que conforma el contexto de la realidad latinoamericana,[673] aplicable a nuestro ámbito de estudio (sistema jurídico argentino).

La metodología elegida, atender a la doctrina elaborada por la Corte IDH en materia de género como perspectiva de análisis, también se abre paso en la jurisprudencia nacional. Efectivamente, en la sentencia dictada por la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires, en el año 2015, causa "G., A. M. p/Insania y curatela", el magistrado Hitters destaca en su voto que la jurisprudencia de la Corte IDH es una herramienta de valor hermenéutico en la práctica de cuestiones vinculadas a la "equidad de género" y, asimismo, pondera la construcción de sus "estándares" específicos y generales.[674]

---

[671] Artículo 62, ap. 3 de la CADH.

[672] Artículo 1 del Estatuto de la Corte IDH.
Acceso público en: http://www.corteidh.or.cr/index.php/es/acerca-de/estatuto (última consulta: 18-01-2019).

[673] Se recuerda que Canadá no suscribió la CADH, mientras que Estados Unidos, si bien la firmó, no la ratificó.
A mayor abundamiento, ver el sitio web oficial de la OEA: https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos_firmas.htm

[674] Suprema Corte Justicia de la provincia de Buenos Aires, 2015, causa "G., A. M. p/insania y curatela". Más adelante, siempre en su voto a la segunda cuestión, el magistrado Hitters agrega: "Por último, vale la pena tener en claro que los pronunciamientos de la Corte I.D.H. poseen efectos vinculantes en el modelo de los países plegados al Pacto de San José de Costa Rica. En efecto, considerando lo resuelto no hace mucho en el caso "Gelman vs. Uruguay" (Fondo y Reparaciones, sentencia del 24 de febrero de 2011) y en la supervisión de cumplimiento del mismo (Resolución del 20 de marzo de 2013) es dable

En suma, a partir del estudio de los precedentes y teniendo en cuenta el posicionamiento filosófico aludido, sistematizaré los grandes temas conflictivos, partiendo del examen de un caso paradigmático, sin perjuicio de referenciar, cuando el objeto de estudio lo exige, otros precedentes de la misma Corte IDH.

Con este propósito examinaré las consecuencias disvaliosas que derivan de distintos casos resueltos, donde predomina la llamada cultura de discriminación contra la mujer y luego profundizaré sobre la violencia de género y su impacto sobre el principio dignidad humana, todo ello desde diversas perspectivas de análisis (por ejemplo, mujeres indígenas, privadas de la libertad, desplazadas, revictimizadas). Cabe aclarar que esta metodología de sistematización en dos grandes ejes temáticos tiene una finalidad meramente expositiva, pues, en rigor, todos los asuntos tratados giran alrededor de una cultura de discriminación de la mujer, de su lamentable consecuencia inmediata, como son las violencias física, sexual, reproductiva o masiva, y de la dignidad humana.

Como una suerte de trama secundaria, el examen de los precedentes demuestra asimismo la necesidad de seguir trabajando en la modificación de las pautas culturales, que conducen a la discriminación y violencias por razones de género. Y, con ellas, la consecuente afectación a la dignidad humana. Por eso, desde la defensa de una postura humanista no cabe más que asumir como pauta ética la importancia de mantener visibilizado el conflicto, a fin de intentar una construcción social en la cual, en algún momento, converjan en la misma nota, realidad y derecho igualitario.

Finalmente, el análisis de la perspectiva de género se enriquece desde la intersección "derecho *en* la literatura", a partir de dos casos. El primero resuelto por la Corte IDH (caso Castro versus Perú), que en su voto razonado el juez Cançado Trindade lo vincula con la obra *Ensayo sobre la ceguera*, del escritor portugués José

---

considerar que dicho Tribunal ha dado un paso adelante al sostener, sin requilorios, que sus sentencias no sólo son atrapantes en el caso concreto (vinculación directa interpartes), sino que también originan efectos vinculantes *para todos los Estados signatarios de la C.A.D.H.*, en lo que respecta a la interpretación que dicho Tribunal efectúa de las normas convencionales (vinculación indirecta *erga omnes*). Puede decirse finalmente, que la doctrina legal o judicial de ese cuerpo jurisdiccional es obligatoria (vinculante) para el conjunto de los países plegados al sistema en cuanto a la hermenéutica que él hace de las normas regionales interpretadas (*res interpretata*) (ver Voto Razonado del Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, Caso "Gelman vs. Uruguay", párrs. 67, 69 y 72). De todos modos -sea cual fuere la posición del intérprete doméstico- lo cierto es que al menos producen efectos que no deben desdeñarse en el derecho interno."

Saramago. El segundo, mediante el aporte de *El cuento de la criada*, una obra tan extraordinaria como cruel de Margaret Atwood.

1. CULTURA DE DISCRIMINACION CONTRA LA MUJER

El artículo 1 de la CEDAW establece que se entiende por discriminación contra la mujer.

> A los efectos de la presente Convención, la expresión "discriminación contra la mujer" denotará toda distinción, exclusión a restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.[675]

Una fórmula de contenido similar se aprecia en las Reglas de Brasilia (regla 18).

De manera que toda exclusión o restricción de derechos de cualquier naturaleza por la sola condición de mujer, atenta contra el principio de igualdad y no discriminación previsto en los artículos 2, 3, 5 a 16 de la CEDAW. En el ámbito regional, la remisión corresponde a los artículos 1 y 24 de la CADH. Cabe destacar, que numerosas disposiciones de derecho internacional regulan este principio.[676]

De allí que el artículo 5 de la CEDAW compromete a los Estados a tomar las medidas para modificar los patrones socio-culturales de conducta y, de igual modo, eliminar la discriminación y garantizar el principio de la igualdad (art. 7). Se trata de

---

[675] Artículo 1, CEDAW, 1979.

[676] Entre otros: Carta de la OEA (artículo 3.1); Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (artículo 2); Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "Protocolo de San Salvador" (artículo 3); Carta de las Naciones Unidas (artículo 1.3); Declaración Universal de Derechos Humanos (artículos 2 y 7); Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículos 2.2 y 3); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículos 2 y 26); Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (artículo 2); Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 2); Declaración de los Derechos del Niño (Principio 1); Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (artículos 1, 7, 18.1, 25, 27, 28, 43, 45.1, 48, 55 y 70); Declaración sobre la Eliminación de Todas las Formas de Intolerancia y Discriminación Fundadas en la Religión o las Convicciones (artículos 2 y 4); Declaración de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo y su Seguimiento (2.d).

principios reconocidos como pertenecientes al dominio del *ius cogens* en el ámbito regional.[677]

La Corte IDH expresa en la Opinión Consultiva 18/2003 que, tanto la "no discriminación" como la "igualdad ante la ley y la igual protección de la ley", son elementos constitutivos de un principio básico y general relacionado con la protección de los derechos humanos. "El elemento de la igualdad es difícil de desligar de la no discriminación. Incluso, los instrumentos ya citados (*supra* párr. 71), al hablar de igualdad ante la ley, señalan que este principio debe garantizarse sin discriminación alguna…"[678] Los instrumentos citados a los que hace referencia son: los artículos 3.1 y 17 de la Carta de la OEA, el artículo 24 de la CADH, el artículo II de la Declaración Americana, el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 2.1 de la Declaración Universal.

Por lo tanto, deben diferenciarse conceptualmente los vocablos "distinción" y "discriminación".

> El término distinción se empleará para lo admisible, en virtud de ser razonable, proporcional y objetivo. La discriminación se utilizará para hacer referencia a lo inadmisible, por violar los derechos humanos. Por tanto, se utilizará el término discriminación para hacer referencia a toda exclusión, restricción o privilegio que no sea objetivo y razonable, que redunde en detrimento de los derechos humanos.[679]

A continuación, se analizan distintos supuestos concretos de discriminación contra la mujer, de los que se intentará obtener estándares relevantes. En el primer caso, mediante un registro jurídico transdisciplinario con la literatura.

a) Discriminación contra la mujer *en* la literatura

Dos autores brasileros se preguntan: *"Quanta realidade se encontra nas ficções? E quanta ficção conforma nossa realidade? Este é o argumento que atravessa a proposta aquí apresentada para a continuação dos estudos relativos ao Direito e literatura no Brasil."*[680]

---

[677] Corte IDH, OC 18/03, párr. 97-111. "Finalmente, en lo que atañe a la segunda parte de la cuarta pregunta de la solicitud de opinión consultiva (supra párr. 4), todo lo señalado en los párrafos anteriores se aplica a todos los Estados miembros de la OEA. Los efectos del principio fundamental de la igualdad y no discriminación alcanzan a todos los Estados, precisamente por pertenecer dicho principio al dominio del *jus cogens*, revestido de carácter imperativo, acarrea obligaciones *erga omnes* de protección que vinculan a todos los Estados y generan efectos con respecto a terceros, inclusive particulares." (OC 18/03, párr. 110).

[678] Corte IDH, OC 18/03, párr. 83.

[679] Corte IDH, OC 18/03, párr. 84.

[680] Streck y Karam Trindade, 2013, p. 3.

La elección de la cita no es casual. En primer lugar, anticipa de manera expresa la propuesta transdisciplinaria elegida, la relación entre derecho y literatura, en el idioma del país de la Región que más desarrollo ha tenido, como ya se anticipó en la primera parte. La segunda razón consiste en la expresión de un símbolo: el reconocimiento a la nacionalidad del Juez de la Corte IDH, que recurrió a la relación entre derecho y literatura para fundar su voto razonado, en un caso de discriminación y violencia contra mujeres privadas de su libertad. La última justificación se encuentra en la respuesta que las preguntas sugieren; esto es, que determinadas ficciones conforman una parte importante de la realidad jurídica (me refiero a las formas del discurso y a las construcciones jurídicas) y, a su vez, que en la ficción literaria se pueden reconocer muchos datos reales, que reciben un tratamiento diferenciado, enriquecido, conmovedor, propio de la literatura.

(i) Un caso real que se parece a otro ficcional. Y viceversa

Los hechos del caso "Castro Castro"[681] se desarrollaron en un contexto de conflicto armado en el Perú. En el período comprendido entre el 6 y 9 de mayo de 1992, el Estado peruano llevó adelante el operativo denominado "Mudanza 1". La finalidad declarada de ese operativo consistía en el traslado de aproximadamente 90 mujeres (detenidas junto a varones en el penal Miguel Castro Castro) hacia centros penitenciarios femeninos. Como consecuencia del operativo "Mudanza 1" murieron –al menos– 41 internos, y otros 175 resultaron heridos. Muchos más (332) fueron sometidos a tratos crueles, inhumanos y degradantes, una vez finalizado. Los internos sobrevivientes sufrieron golpes y agresiones. Un gran número de heridos fue mantenido sin atención médica por varios días y aquellos trasladados al hospital, no recibieron los medicamentos ni la atención médica que requerían.[682]

En este precedente, la Corte IDH asume como propia la decisión del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, en el sentido de considerar que las mujeres detenidas o bajo arresto, "no deben sufrir discriminación, y deben ser protegidas de todas las formas de violencia o explotación".

En congruencia con ese postulado, sostiene que las detenidas debieron ser "supervisadas y revisadas por oficiales femeninas y las mujeres embarazadas y en

[681] Corte IDH, caso "Castro Castro", 2006.
[682] A mayor abundamiento, ver relatos de los hechos en: Corte IDH, caso "Castro Castro", 2006.

lactancia deben ser proveídas con condiciones especiales durante su detención".[683] El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer ha señalado que cualquier discriminación sufrida en el sentido indicado es violencia basada en el sexo. Para la Corte, ello significa que se está ante algún tipo de violencia dirigida contra la mujer por su sola condición de tal o porque la afecta o la sufre de una manera desproporcionada.[684] Quedan comprendidos los "actos que infligen daños o sufrimientos de índole física, mental o sexual, amenazas de cometer esos actos, coacción y otras formas de privación de la libertad."[685]

Se trató de un ataque perpetrado por las fuerzas de seguridad del Estado, en contra de personas desarmadas, privadas de su libertad, sin amotinamiento. Muchas mujeres murieron, otras fueron sometidas a tratos crueles, inhumanos y degradantes, no se le brindó atención médica por varios días y las que fueron trasladadas al hospital no recibieron los medicamentos ni la atención médica que requerían. Algunas mujeres sufrieron abusos sexuales. El 25/11/2006, la Corte IDH dictó sentencia condenatoria contra el Estado del Perú, por violación al derecho a la vida, a la integridad personal y a las garantías judiciales y protección judicial, receptados en la CADH (arts. 4, 5.1, 5.2, 8.1 y 25, en relación con el art. 1.1.), en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer -Belém do Pará- (art. 7.b), y en la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (arts. 1, 6, 8).

Este precedente es muy importante porque:

(1) La Corte IDH aplica por primera vez la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer ("Convención de Belém do Pará"). Este instrumento internacional se constituye así en una de las columnas esenciales[686] sobre la cual se construye la resolución condenatoria contra el Estado del Perú. Es decir, la Corte adopta de manera inequívoca la perspectiva de género.[687]

---

[683] Corte IDH, caso "Castro Castro", 2006, párr. 303. La Corte cita la siguiente fuente: *"Cfr. O.N.U., Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, Adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977, párrs. 23 y 53." (nota 159).*

[684] Además de lo resuelto en el caso "Castro Castro", en igual sentido puede verse la sentencia dictada en el precedente: Corte IDH, caso "Espinoza Gonzáles", 2014.

[685] Cfr. O.N.U., Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, 11° período de sesiones. Recomendación general 19 "La violencia contra la mujer". Doc. HRI/GEN/1/Rev. 1at84 (1994), párr. 6.

[686] Las otras son la CADH y la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.

[687] Ver Convención Belém do Pará, artículo 7.b).

(2) El Tribunal asume como propia la decisión del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, en el sentido de considerar que las mujeres detenidas o bajo arresto, no deben ser discriminadas y están protegidas contra todas las formas de violencia o explotación.[688]

(3) La Corte fija un criterio de interpretación amplia del artículo 12 de la Convención Belém do Pará, por lo que asume la plena jurisdicción para fallar con base en ese instrumento internacional, a pesar de que tal pedido no lo hizo la CIDH sino la representación de las víctimas.

(4) La perspectiva de género es pauta hermenéutica.[689]

(ii) Catorce años cambian y no cambian las cosas. El tiempo y el derecho. El voto razonado del juez Cançado Trindade

Elías sostiene que del estudio de los problemas del tiempo "se aprenden algunas cosas sobre la humanidad".[690] Para la humanidad, en tanto *ideal* de la ética e *idea* del derecho[691], la valoración del factor tiempo es crucial. El caso Castro Castro muestra cómo el transcurso del tiempo en el derecho evidencia la "fragilidad de la condición humana ante la voracidad de la Historia."[692]

De manera que toda consideración del tópico tiempo y derecho exige adoptar la posición crítica de colocarlo en una situación de análisis prevalente. Tiempo y derechos humanos son inescindibles; ese vínculo es uno de los pilares donde reposa la idea de humanidad que he venido sosteniendo. Este postulado contribuye a la construcción de una mejor interpretación de los derechos humanos, aquella que facilita que ideal (ordenamiento moral) e idea (ordenamiento jurídico) converjan en un concepto objetivo y universalmente aceptado de género.[693] Una comprensión completa

---

[688] Las detenidas deben ser "supervisadas y revisadas por oficiales femeninas y las mujeres embarazadas y en lactancia deben ser proveídas con condiciones especiales durante su detención" (Corte IDH, caso "Castro Castro", 2006, p. 303). La Corte cita la siguiente fuente: "Cfr. O.N.U., Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, Adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977, párrs. 23 y 53." (nota 159).

[689] La Corte interpreta la demanda de la Comisión como una etapa más del proceso y por lo tanto recepta la alegación de la representación de las víctimas. A mayor abundamiento, ver Corte IDH, caso Castro Castro, 2006, párrafos 29 a 32 del voto razonado del juez Sergio García Ramírez y párrafos 67 a 73 del voto razonado del juez Antonio Cançado Trindade.

[690] Elías, 1989, p. 10.

[691] Mayer, 2015, p. 198.

[692] García Martín, 2016, p. 33.

[693] El valor moral de los DDHH está previsto expresamente en el art. 41, a) de la CADH, que establece como función principal de la Comisión "estimular la conciencia de los derechos humanos en los pueblos de América".

del problema jurídico favorece el encuentro con su solución, y ello se refleja en un mejor derecho.

En su voto razonado, el Juez de la Corte IDH Cançado Trindade otorga un trato privilegiado al factor tiempo. Lo considera inherente a la interpretación y aplicación del derecho. Además, cuestiona con dureza al positivismo y al realismo, en tanto éstos prescinden del factor tiempo en la tarea interpretativa del ordenamiento y en la valoración de los hechos. "En consecuencia, positivismo y realismo, al hacer abstracción de la relación [...] entre el tiempo y el derecho, se muestran ineluctable y patéticamente subservientes al poder, lo que considero inaceptable, al sostener el primado del derecho en toda y cualquier situación."[694]

En el caso concreto, la preeminencia y necesidad del análisis del tiempo adquiere mayor importancia si se valora que los hechos ocurrieron en 1992 y la sentencia de la Corte IDH se dictó en 2006. Catorce años, "tiempo de los humanos [que] requiere la verdad, la memoria y la justicia, pues el olvido y la impunidad privarían la vida de sentido y la llenarían de malicia."[695]

En la audiencia pública que se realizó ante la Corte, la representante de las víctimas (Mónica Feria Tinta), también víctima, señaló que:

> "14 años cambian y no cambian las cosas". En cierto sentido, "el tiempo se ha paralizado", por cuanto su vida ha sido consumida por nueve años en la investigación de este caso; entre las madres victimadas, una (Sra. Auqui) ha fallecido el año pasado, y otra le comentó sobre la muerte de su hijo. Los muertos no se han ido, [...] están presentes en las reflexiones y los sueños de las sobrevivientes de la masacre de la Prisión de Castro Castro. Agregó que todo está frenado hasta que "pueda desencadenarse la justicia", pero, mientras tanto, pasa el tiempo, "nos hacemos viejos y no viene la justicia y corre el reloj. Muchas de nosotras no hemos podido ser madres todavía"; hay un derecho a la memoria que "es parte del derecho a la verdad", y en el presente caso "hicimos un esfuerzo sobre-humano para presentar evidencia que nos permita una sentencia" que ampare "este grupo de víctimas".[696]

[694] Corte IDH, caso Castro Castro, 2006, p. 3 del voto razonado del Juez A. Cançado Trindade.
[695] Corte IDH, caso Castro Castro, 2006, p. 6 del voto razonado del Juez A. Cançado Trindade. Más adelante agrega: "Tiempo y Derecho desunidos conllevan a la desesperación, paralizando el curso de la vida circundada de sentido y realización. Tiempo y Derecho unidos ponen fin a la impunidad, tornando la vida un privilegio nutrido por la paz de espíritu y la tranquilidad. El tiempo con justicia es el tiempo que vale recordar, es el tiempo de la levedad del ser. El tiempo con impunidad es el tiempo que cabe soportar, es el tiempo de la pesadilla del ser..." (ídem, párrafo 8).
[696] Corte IDH, caso Castro Castro, 2006, p. 13 del voto razonado del Juez A. Cançado Trindade.

El Juez reconoce distintas manifestaciones del tiempo; el cronológico, el biológico, el psicológico y el existencial. Mientras el tiempo cronológico y el biológico continúan, lo que aumenta la desesperación de las víctimas, el tiempo psicológico frena lo que denomina el "curso natural de la vida", pues las víctimas buscan la realización de la justicia, y ello "consume tiempo".[697] Y en el extremo están los muertos (41), a quienes se los privó de su tiempo existencial.

Este análisis en registro humanista, de alguna manera evoca el diálogo de los personajes de Borges, Albert y Yu Tsun, en *El jardín de senderos que se bifurcan*, cuando el primero reflexiona que el antepasado de su interlocutor, a diferencia de Newton y de Schopenhauer, no creía en un tiempo uniforme y absoluto. "Creía en infinitas series de tiempos, en una red creciente y vertiginosa de tiempos divergentes, convergentes y paralelos. Esa trama de tiempos que se aproximan, se bifurcan, se cortan o que secularmente se ignoran, abarca *todas* las posibilidades."[698] Es decir, un laberinto vital temporal antes que espacial.

(iii) La ceguera blanca

En lo que respecta a la brutalidad humana, Cançado Trindade reconoce que los hechos del caso Castro Castro superan con amplitud lo que la imaginación pudo prever en una representación literaria. Así, al estudio del tiempo y del derecho, el Juez agrega otro concepto de interés iusfilosófico: la maldad, que cabe interpretarse en un contexto de abuso de poder estatal. La relación Poder y derecho es inevitable.

El análisis parte de la obra *Ensayo de la ceguera,* de José Saramago.[699]

> Dentro del edificio, el estruendo de los disparos, con resonancia ensordecedora en el espacio limitado del zaguán, había causado pavor. En los primeros momentos se creyó que los soldados iban a irrumpir en las salas barriendo a balazos todo lo que encontraran en su camino, que el Gobierno había cambiado de idea, optando por la liquidación física en masa (...). Vieron a los cuerpos amontonados, la sangre sinuosa arrastrándose lentamente por las losas como si estuviese viva, y las cajas de comida. (...) El peligro acecha a los imprudentes, en aquellos cuerpos sin vida, sobre todo en la sangre, quién podría saber qué vapores, qué emanaciones, qué venenosos miasmas estarían desprendiéndose ya de la carne destrozada de los ciegos. Están muertos, no pueden hacernos

[697] Corte IDH, caso Castro Castro, 2006, p. 14 del voto razonado del Juez A. Cançado Trindade.
[698] El relato de Jorge Luis Borges, *El jardín de senderos que se bifurcan*, integra *Ficciones* (ver Borges, 2011, p. 776).
[699] Saramago, 2015.

> nada, dijo alguien [; ...] fijaos, ni se mueven ni respiran, pero quién nos dice que esta ceguera blanca no será precisamente un mal de espíritu, y si lo es, partamos de esta hipótesis, los espíritus de aquellos ciegos nunca habrían estado tan sueltos como ahora, fuera de los cuerpos, y por tanto libres de hacer lo que quieran, sobre todo el mal, que, como es de conocimiento general, siempre ha sido lo más fácil de hacer.[700]

El voto se apoya en la descripción de la representación literaria, para concluir que bien podría tratarse de las consecuencias del ataque a la prisión Castro Castro; de la "masacre" Castro Castro, como la denomina en ocasiones. Y rápidamente vuelve a la obra.

> La conciencia moral, a la que tantos insensatos han ofendido y de la que muchos más han renegado, es cosa que existe y existió siempre, no ha sido un invento de los filósofos del Cuaternario, cuando el alma apenas era un proyecto confuso. Con la marcha de los tiempos, (...) acabamos metiendo la conciencia en el color de la sangre y en la sal de las lágrimas, y, como si tanto fuera aún poco, hicimos de los ojos una especie de espejos vueltos hacia dentro, con el resultado, muchas veces, de que acaban mostrando sin reserva lo que estábamos tratando de negar con la boca.[701]

José Saramago (Azinhaga, Portugal, 1922 - Tías, Lanzarote, España, 2010), autor también de: *El evangelio según Jesucristo, El hombre duplicado, Todos los nombres,* entre otros títulos, es uno de los escritores portugueses más conocidos. Su reconocimiento alcanza no solo al canon literario (fue premio Nobel de literatura en 1998), sino también a estudiosos de otras disciplinas, tales como sociólogos, filósofos, juristas (recibió numerosos *Honoris Causa* de diferentes universidades europeas y americanas).

En *Ensayo sobre la ceguera,* Saramago utiliza un narrador omnisciente, que se focaliza de manera privilegiada sobre uno de los personajes principales, la mujer del médico. Luego de una pandemia, la ceguera blanca se expande de manera indiscriminada, transformando la sociedad en una distopía. La obra muestra cómo las personas y el Estado son capaces de realizar las acciones más dañinas y egoístas, bajo el justificativo de la supervivencia o de una situación de excepción. La mujer del

---

[700] Saramago, 2015, p. 104 y 105. Estos párrafos del libro de Saramago, con algunas omisiones señaladas con puntos suspensivos, está incorporada en el párrafo 17 del voto razonado del Juez A. Cançado Trindade.

[701] Saramago, 2015, p. 29. Este párrafo del libro de Saramago, con algunas omisiones señaladas con puntos suspensivos, está incorporada en el párrafo 18 del voto razonado del Juez A. Cançado Trindade.

médico (en la obra no se conocen los nombres de los protagonistas) es la única que no fue "contagiada" del mal de la ceguera blanca, aunque finge estarlo. Ella asume la responsabilidad de guiar a los ciegos por el camino comunitario, degradado por la maldad humana.

La obra es totalmente apropiada para encarar un estudio iusfilosófico sobre la maldad y el abuso del poder, cuando éste se la apropia. Muestra que no existe ningún justificativo para el uso desproporcionado de la fuerza contra otro ser humano, detenido, indefenso y enfermo. En el caso de las mujeres, el trato cruel e inhumano se entiende agravado por su percepción diferenciada.

La representación literaria que trae Cançado Trindade nos coloca ante un test de humanidad, desde lo moral y desde lo jurídico. Es elocuente la reflexión final de la protagonista: "Creo que no nos quedamos ciegos, creo que estamos ciegos, Ciegos que ven, Ciegos que, viendo, no ven".[702] ¿Es el derecho de los derechos humanos un remedio contra cualquier eventual pandemia de ceguera blanca?

En el pabellón 1A del penal se encontraban detenidas 131 mujeres. Entre ellas había mujeres embarazadas y ancianas. El ataque contra éstas se realizó el 06 de mayo de 1992 (de madrugada), y estuvo a cargo de 500 miembros de la policía y cerca de 1.000 efectivos de las fuerzas armadas. Utilizaron armas pesadas. Más tarde, gas de fósforo blanco, que causó asfixia y "un sufrimiento excruciante: la sensación que la tráquea se partía en dos y que el sistema respiratorio se quemaba químicamente; piel y órganos internos quemaban como si hubiera sido prendido en fuego. (...) Los explosivos causaban ondas expansivas que herían los tímpanos en fuego" (párr. 20)."[703]

En el párrafo 25, Cançado Trindade reproduce lo relatado por la representación de las víctimas, a fin de dar cuenta el sufrimiento masivo de las mujeres, aún después de terminada la incursión militar y policial.

> […] varias mujeres quienes estaban seriamente heridas pero quienes pudieron resistir y llegar vivas al hospital y a donde llegaron transportadas en camiones, una encima de la otra, fueron violadas en el hospital por personas encapuchadas quienes supuestamente las revisaban al llegar. No se les dio ninguna atención médica y algunas murieron como consecuencia. Los sobrevivientes varones

[702] Saramago, 2015, p. 375.
[703] Corte IDH, caso Castro Castro, 2006, p. 24 del voto razonado del Juez A. Cançado Trindade.

> fueron obligados a permanecer por casi 15 días sin atención médica sometidos a posiciones forzadas, de cúbito ventral con las manos en la nuca (...). El 10 de mayo Fujimori inspeccionó la Prisión de Castro Castro personalmente, paseándose por entre los prisioneros torturados en la posición forzada de cúbito ventral, y aprobando el resultado de la operación. (...) Las prisioneras mujeres fueron divididas en dos grupos. Un grupo fue llevado a [la] prisión de Cachiche en Ica, y el otro a la prisión de Santa Mónica en Lima. Las mujeres de Santa Mónica fueron sujetas a similares condiciones a las de los varones: fueron forzadas a permanecer con las mismas ropas que habían usado desde la masacre y no se les permitió el ducharse por más de 15 días. Permanecieron completamente *incomunicados* del mundo exterior por caso 5 meses posterior a la masacre y sus paraderos fueron desconocidos por todo ese tiempo a sus familiares. Ningún acceso a abogados o visitas de familiares fue permitido hasta finales de septiembre de 1992. (...) Sólo una mujer sabe lo que es estar sangrando cada mes sin tener forma de cuidar de su higiene. Estas privaciones fueron intencionales: para infligir sufrimiento psicológico severo (párrs. 25-27 y 29).[704]

Otras dos mujeres perdieron su salud mental como consecuencia de la violencia sufrida.[705]

Cabe destacar que el uso del recurso literario por este Juez no es nuevo, En otro precedente de la Corte IDH, dictado meses antes, había recurrido a las tragedias griegas de Eurípides y Sófocles para advertir la necesidad de defender la humanidad, ante la total indefensión de las personas víctimas de las prácticas criminales del Estado.[706]

(iv) La necesidad e importancia del análisis de género como estándar relevante

El voto razonado resalta la necesidad e importancia de analizar este caso bajo la perspectiva de género.[707] Recuerda que el artículo 5 de la CEDAW impone a los Estados la obligación de tomar las medidas necesarias para modificar los "patrones socio culturales de conducta".[708] Asimismo, aplica los principios de igualdad y no

[704] Corte IDH, caso Castro Castro, 2006, cita que contiene el p. 25 del voto razonado del Juez A. Cançado Trindade.
[705] Corte IDH, caso Castro Castro, 2006, p. 26 del voto razonado del Juez A. Cançado Trindade.
[706] Ver Corte IDH, caso Masacres de Ituango vs. Colombia, 2006, voto razonado del Juez A. Cançado Trindade, párrafos 18 a 24.
[707] Corte IDH, caso Castro Castro, 2006, p. 58 a 74 del voto razonado del Juez A. Cançado Trindade.
[708] CEDAW, 1979, art. 5.

discriminación, explicitados por la Opinión Consultiva 18/2003,[709] que forman parte del dominio del *ius cogens*.

La perspectiva de género parte de la consideración que "las mujeres se vieron afectadas por los actos de violencia de manera diferente a los hombres, [por]que algunos actos de violencia se encontraron dirigidos específicamente a ellas y otros les afectaron en mayor proporción que a los hombres."[710]

En este entendimiento, la visibilización de la maldad, antónimo de ideal e idea (de humanidad) que persigue el sistema internacional de derechos humanos, justifica el análisis del caso con perspectiva de género. Y en ese marco, la incidencia del factor tiempo muestra las diferentes afectaciones temporales (cronológico, biológico, psicológico y existencial) de violencias:

(1) violencia prenatal, física y psicológica, contra las mujeres embarazadas,[711]

(2) violencia en la propia vivencia de la maternidad, frente a la brutalidad perpetrada contra los hijos e hijas detenidos en la prisión,[712]

(3) violencia por la maternidad denegada o postergada; muchas mujeres no pudieron ser madres (al momento de la sentencia), porque habían consumido su tiempo existencial (14 años) en busca de la verdad y justicia,[713]

(4) la dimensión de la post vida también se vio afectada en la vivencia de la maternidad (por ejemplo, en la búsqueda desesperada en las morgues, entre los restos de los internos muertos en el ataque), frente a la indiferencia de las autoridades estatales.[714]

b) La consideración de inferioridad de la mujer. El patrón de conducta discriminatorio

Los hechos del caso "González y otras ("Campo Algodonero") vs. México",[715] sucedieron en Ciudad Juárez, México. Al Estado se le imputó responsabilidad internacional por falta de diligencia en las investigaciones relacionadas con la desaparición y posterior muerte de Claudia Ivette Gonzáles, Esmeralda Herrera Monreal y Laura Berenice Ramos Monárrez. Claudia Ivette Gonzáles, de 20 años, era

[709] Corte IDH, OC 18/2003, p. 97 a 111.
[710] Corte IDH, caso Castro Castro, 2006, p. 226.
[711] Ver *in extenso*, Corte IDH, caso Castro Castro, 2006, p. 197.57, 292 y 298.
[712] Corte IDH, caso Castro Castro, 2006, párr. 62 del voto razonado del juez Antonio Cançado Trindade. Es impactante el relato testimonial que valora el juez, transcripto en este mismo párrafo de su voto razonado.
[713] Ver Corte IDH, caso Castro Castro, 2006, p. 63 del voto razonado del Juez A. Cançado Trindade.
[714] Corte IDH, caso Castro Castro, 2006, p. 64 del voto razonado del Juez A. Cançado Trindade.
[715] Corte IDH, caso "Campo Algodonero", 2009.

trabajadora en una empresa maquiladora y desapareció el 10 de octubre de 2001. Esmeralda Herrera Monreal, de 15 años, era empleada doméstica y desapareció el lunes 29 de octubre de 2001. Laura Berenice Ramos, era una estudiante de 17 años, quien desapareció el 22 de setiembre de 2001. A pesar de que sus familiares habían denunciado su desaparición, no se iniciaron mayores investigaciones. Las autoridades solo se limitaron a elaborar los registros de desaparición, los carteles de búsqueda, la toma de declaraciones y el envío del oficio a la Policía Judicial. El 6 de noviembre de 2001 se encontraron los cuerpos de las tres jóvenes. Todos presentaban signos de violencia sexual, concluyéndose que estuvieron privadas de su libertad antes de su muerte. A pesar de los recursos interpuestos por sus familiares, no se investigó ni se sancionó a los responsables.[716]

El precedente informa que en Ciudad Juárez se desarrollan diversas formas de delincuencia organizada y que, desde el año 1993, se verifica un aumento de homicidios de mujeres, influenciado por una cultura de discriminación con base en una consideración de inferioridad de la mujer.[717] De la valoración de la prueba presentada por las partes, la Corte IDH asume que la violencia desplegada hacia las víctimas se basó en la condición de mujer, es decir, se trató de violencia de género. Los representantes de las víctimas resaltaron que la discriminación por razones de género es el denominador común en Ciudad Juárez. Alegaron que las "niñas y mujeres son violentadas con crueldad por el solo hecho de ser mujeres y sólo en algunos casos son asesinadas como culminación de dicha violencia pública y privada".[718]

Para la Corte, el Estado admitió este extremo en tanto señaló que los homicidios, si bien tienen causas diversas, reconocen una cultura de discriminación estructural contra la mujer.[719] De manera que es el propio Estado quien hizo referencia a la

---

[716] Corte IDH, caso "Campo Algodonero", 2009, hechos resumidos en la ficha técnica oficial del caso.
[717] En este fallo de la Corte IDH se resalta que el artículo 7 de la Convención Belém do Pará estipula: "Los Estados Partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente:
[…]
b) Actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer;
c) Incluir en su legislación interna normas penales, civiles y administrativas, así como las de otra naturaleza que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y adoptar las medidas administrativas apropiadas que sean del caso;
[...]
[718] Corte IDH, caso "Campo Algodonero", 2009, párr. 128.
[719] "[…] Según el Estado, uno de los factores estructurales que ha motivado situaciones de violencia contra las mujeres en Ciudad Juárez es la modificación de los roles familiares que generó la vida laboral de las mujeres. El Estado explicó que desde 1965 empezó en Ciudad Juárez el desarrollo de la industria maquiladora, el cual se intensificó en 1993 con el Tratado de Libre Comercio con América del Norte.

existencia de un patrón que habilitó a considerar a los crímenes de "Campo Algodonero" como de género. El cambio de rol social de la mujer, tanto en la vida familiar como en la laboral (lo que significa, por ejemplo, independencia económica o una posibilidad de mayor formación[720]), se topó con la matriz patriarcal (y su consecuente minusvaloración de la mujer), pretendidamente inmodificable por parte de los varones.[721] En el párrafo 133 de la sentencia, la Corte IDH cita distintos informes que son indicativos de la violencia de género verificable "en un contexto de discriminación sistemática contra la mujer".[722]

Señaló que, al dar preferencia a la contratación de mujeres, las maquiladoras causaron cambios en la vida laboral de éstas, lo cual impactó también su vida familiar porque "los roles tradicionales empezaron a modificarse, al ser ahora la mujer la proveedora del hogar". Esto, según el Estado, llevó a conflictos al interior de las familias porque la mujer empezó a tener la imagen de ser más competitiva e independiente económicamente. Además, el Estado citó el Informe del CEDAW para señalar que «[e]ste cambio social en los papeles de las mujeres no ha sido acompañado de un cambio en las actitudes y las mentalidades tradicionales -el cariz patriarcal- manteniéndose una visión estereotipada de los papeles sociales de hombres y mujeres»". (Corte IDH, caso "Campo Algodonero", 2009, párr. 129).

[720] "Estos factores, aunque a la larga permitan a las mujeres superar la discriminación estructural, pueden exacerbar la violencia y el sufrimiento a corto plazo. La incapacidad de los hombres para desempeñar su papel tradicionalmente machista de proveedores de sustento conduce al abandono familiar, la inestabilidad en las relaciones o al alcoholismo, lo que a su vez hace más probable que se recurra a la violencia. Incluso los casos de violación y asesinato pueden interpretarse como intentos desesperados por aferrarse a normas discriminatorias que se ven superadas por las cambiantes condiciones socioeconómicas y el avance de los derechos humanos." (Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, Yakin Ertürk, *Integración de los Derechos Humanos de la Mujer y la Perspectiva de Género: La Violencia contra la Mujer*, Misión a México, E/CN.4/2006/61/Add.4, 13 de enero de 2006, folios 2001 y 2002).

[721] Ello sin perjuicio de reconocer que existen otros factores a los que el Estado alude como generadores de violencia, tales como el narcotráfico, el tráfico de armas, la criminalidad, el lavado de dinero y la trata de personas, junto al consumo de drogas, el alto índice de deserción escolar, y la existencia de "numerosos agresores sexuales. (Corte IDH, caso "Campo Algodonero", 2009, párr. 130).

[722] Corte IDH, caso "Campo Algodonero", 2009, párr. 133. "Según Amnistía Internacional, las características compartidas por muchos de los casos demuestran que el género de la víctima parece haber sido un factor significativo del crimen, influyendo tanto en el motivo y el contexto del crimen como en la forma de la violencia a la que fue sometida. El Informe de la Relatoría de la CIDH señala que la violencia contra las mujeres en Ciudad Juárez "tiene sus raíces en conceptos referentes a la inferioridad y subordinación de las mujeres". A su vez, el CEDAW resalta que la violencia de género, incluyendo los asesinatos, secuestros, desapariciones y las situaciones de violencia doméstica e intrafamiliar "no se trata de casos aislados, esporádicos o episódicos de violencia, sino de una situación estructural y de un fenómeno social y cultural enraizado en las costumbres y mentalidades" y que estas situaciones de violencia están fundadas "en una cultura de violencia y discriminación basada en el género" (párr. 133 cit.)

Los informes a los que se hace referencia están identificados en las citas 117 a 120 y son los siguientes:

"117. Cfr. CIDH, Situación de los Derechos de la Mujer en Ciudad Juárez, supra nota 64, folio 1735; Informe de México producido por el CEDAW, supra nota 64, folio 1922; Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, supra nota 64, folios 2001 a 2002, y Amnistía Internacional, Muertes intolerables, supra nota 64, folios 2259 y 2269."

"118. Amnistía Internacional, Muertes intolerables, supra nota 64, folio 2269."

"119. CIDH, Situación de los Derechos de la Mujer en Ciudad Juárez, supra nota 64, folio 1766 (citando carta del Secretario de Gobierno de Chihuahua a la Relatora Especial de 11 de febrero de 2002)."

"120. Cfr. Informe de México producido por el CEDAW, supra nota 64, folios 1937 y 1949."

A las cuestiones aludidas, se suman las irregularidades de la investigación, la falta de esclarecimiento y la actitud discriminatoria de las autoridades, que siguen el mismo patrón. El tribunal valora distintas pruebas que "señalaron, *inter alia*, que funcionarios del estado de Chihuahua y del Municipio de Juárez minimizaban el problema y llegaron a culpar a las propias víctimas de su suerte, fuera por su forma de vestir, por el lugar en que trabajaban, por su conducta, por andar solas o por falta de cuidado de los padres."[723]

La Corte es elocuente en su conclusión:

> […] desde 1993 existe en Ciudad Juárez un aumento de homicidios de mujeres, habiendo por lo menos 264 víctimas hasta el año 2001 y 379 hasta el 2005. Sin embargo, más allá de las cifras, sobre las cuales la Corte observa no existe firmeza, es preocupante el hecho de que algunos de estos crímenes parecen presentar altos grados de violencia, incluyendo sexual, y que en general han sido influenciados, tal como lo acepta el Estado, por una cultura de discriminación contra la mujer, la cual, según diversas fuentes probatorias, ha incidido tanto en los motivos como en la modalidad de los crímenes, así como en la respuesta de las autoridades frente a éstos. En este sentido, cabe destacar las respuestas ineficientes y las actitudes indiferentes documentadas en cuanto a la investigación de dichos crímenes, que parecen haber permitido que se haya perpetuado la violencia contra la mujer en Ciudad Juárez. La Corte constata que hasta el año 2005 la mayoría de los crímenes seguían sin ser esclarecidos, siendo los homicidios que presentan características de violencia sexual los que presentan mayores niveles de impunidad.[724]

Por otra parte, la Comisión Interamericana de derechos Humanos (CIDH) solicitó a la Corte IDH que declare responsable al Estado de México por el incumplimiento de las obligaciones asumidas en el artículo 7 de la Convención Belém do Pará y por la violación de otros derechos contenidos en la CADH.[725] En efecto, a pesar de que la demanda fue notificada al Estado mexicano luego de dictado el fallo

---

[723] Corte IDH, caso "Campo Algodonero", 2009, párr. 154.
[724] Corte IDH, caso "Campo Algodonero", 2009, párr. 164.
[725] "La Comisión solicitó a la Corte que declare al Estado responsable por la violación de los derechos consagrados en los artículos 4 (Derecho a la Vida), 5 (Derecho a la Integridad Personal), 8 (Garantías Judiciales), 19 (Derechos del Niño) y 25 (Protección Judicial) de la Convención, en relación con las obligaciones establecidas en los artículos 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos) y 2 (Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno) de la misma, y el incumplimiento de las obligaciones que derivan del artículo 7 de la Convención para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (en adelante "Convención Belém do Pará"). La demanda fue notificada al Estado el 21 de diciembre de 2007 y a los representantes el 2 de enero de 2008." (Corte IDH, caso "Campo Algodonero", 2009, párr. 3).

en el caso "Castro Castro"[726], en el que la Corte ya había aceptado su competencia para aplicar la Convención Belém do Pará, México interpuso la excepción de incompetencia en razón de la materia; alegó que la Corte IDH no podía entender respecto de las denuncias por cuestiones incorporadas en esa Convención.[727] Sostuvo que solo puede, en los casos contenciosos o sometidos a su jurisdicción, interpretar la CADH y los instrumentos que, de manera expresa, le otorguen competencia. El tribunal rechazó la excepción con fundamento en la Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados, cuyo artículo 31 establece una regla general de interpretación: "1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin." En tal virtud, la Corte IDH explica:

> La Convención de Viena contiene una regla que debe interpretarse como un todo. El sentido corriente de los términos, la buena fe, el objeto y fin del tratado y los demás criterios confluyen de manera unida para desentrañar el significado de una determinada norma. Por otra parte, la Corte recalca que el derecho Internacional de los derechos Humanos se compone tanto de un conjunto de reglas (las convenciones, pactos, tratados y demás documentos internacionales), como de una serie de valores que dichas reglas pretenden desarrollar. La interpretación de las normas se debe desarrollar entonces también a partir de un modelo basado en valores que el Sistema Interamericano pretende resguardar, desde el "mejor ángulo" para la protección de la persona. En este sentido, el Tribunal, al enfrentar un caso como el presente, debe determinar cuál es la interpretación que se adecua de mejor manera al conjunto de las reglas y valores que componen el derecho Internacional de los derechos Humanos. Concretamente, en este caso, el Tribunal debe establecer los valores y objetivos perseguidos por la Convención Belém do Pará y realizar una interpretación que los desarrolle en la mayor medida. Ello exige la utilización en conjunto de los elementos de la norma de interpretación del artículo 31 citado (supra párr. 32).[728]

Esta decisión demuestra una clara toma de posición iusfilosófica frente al derecho, que determina cuál es el componente esencial del *corpus iuris* internacional en materia de derechos humanos: las reglas y valores de los instrumentos internacionales. Por consiguiente, rechazó el planteo de incompetencia, agregando a

[726] Corte IDH, caso "Castro Castro", 2006.
[727] La excepción se limitó a los casos contenciosos, como el que nos ocupa, dejando a salvo la competencia de la Corte IDH en materia interpretativa a través de Opiniones Consultivas.
[728] Corte IDH, caso "Campo Algodonero", 2009, párr. 33.

su vez otro argumento ya aplicado en el precedente "Las Palmeras",[729] donde había establecido la posibilidad de ejercer su competencia contenciosa respecto a otros instrumentos interamericanos distintos a la Convención Americana, en tanto y en cuanto éstos "establezcan un sistema de peticiones objeto de supervisión internacional en el ámbito regional". Y éste resulta ser el caso de la Convención Belem do Pará, conforme los artículos 10, 11 y 12.[730]

La Corte considera que no le asiste razón al Estado, ni desde una interpretación literal,[731] ni desde una sistemática,[732] ni desde una teleológica[733] (aplicación del

---

[729] Corte IDH, caso "Las Palmeras", 200, párr. 34.

[730] Artículo 10: *"Con el propósito de proteger el derecho de la mujer a una vida libre de violencia, en los informes nacionales a la Comisión Interamericana de Mujeres, los Estados Partes deberán incluir información sobre las medidas adoptadas para prevenir y erradicar la violencia contra la mujer, para asistir a la mujer afectada por la violencia, así como sobre las dificultades que observen en la aplicación de las mismas y los factores que contribuyan a la violencia contra la mujer."*
Artículo 11: *"Los Estados Partes en esta Convención y la Comisión Interamericana de Mujeres podrán requerir a la Corte Interamericana de Derechos Humanos opinión consultiva sobre la interpretación de esta Convención."*
Artículo 12: *"Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos peticiones que contengan denuncias o quejas de violación del Artículo 7 de la presente Convención por un Estado Parte, y la Comisión las considerará de acuerdo con las normas y los requisitos de procedimiento para la presentación y consideración de peticiones estipulados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el Estatuto y el Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos."*
La Corte IDH interpretó el artículo 12 de la Convención Belem do Pará en función de los artículos 51 de la CADH, 44 del Reglamento de la Comisión y 19.b del Estatuto de la Comisión.
En consecuencia: "El Tribunal considera errados los alegatos del Estado. La Convención Belém do Pará establece que la Comisión considerará las peticiones respecto de su artículo 7 "de acuerdo con las normas y los requisitos de procedimiento para la presentación y consideración de peticiones estipulados en la Convención Americana […] y en el Estatuto y el Reglamento de la Comisión". Esta formulación no se excluye ninguna disposición de la Convención Americana, por lo que habrá que concluir que la Comisión actuará en las peticiones sobre el artículo 7 de la Convención Belém do Pará "de conformidad con lo dispuesto en los artículos 44 al 51 de [la Convención Americana]", como lo dispone el artículo 41 de la misma Convención. El artículo 51 de la Convención y el artículo 44 del Reglamento de la Comisión se refieren expresamente al sometimiento de casos ante la Corte cuando ocurre incumplimiento de las recomendaciones del informe de fondo al que se refiere el artículo 50 de la Convención Americana. Asimismo, el artículo 19.b del Estatuto de la Comisión establece que entre las atribuciones de la Comisión está la de "comparecer ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos previstos en la Convención". (Corte IDH, caso "Campo Algodonero", 2009, párr. 40).

[731] "En suma, parece claro que el tenor literal del artículo 12 de la Convención Belém do Pará concede competencia a la Corte, al no exceptuar de su aplicación ninguna de las normas y requisitos de procedimiento para las comunicaciones individuales." (Corte IDH, caso "Campo Algodonero", 2009, párr. 41)

[732] Ver, a mayor abundamiento, Corte IDH, caso "Campo Algodonero", 2009, párr. 43 a 58.

[733] "En el presente caso el Estado señaló que la interpretación teleológica deriva de que, mientras el artículo 12 es omiso en señalar a la Corte, "el artículo 11 sí le otorga competencia exclusiva para emitir opiniones consultivas", lo cual indica que "la intención de las partes en el tratado era precisamente delimitar las facultades de la Corte a su función consultiva". Por su parte, la Comisión y los representantes señalaron que la Corte no puede dejar de asumir competencia para conocer de violaciones a la Convención Belém do Pará, pues ello desconocería el "principio del efecto útil". Sobre esto último, el Estado señaló que "el efecto útil se encuentra ya garantizado en la Convención y la aplicación del mismo no implica que la Corte ejerza su jurisdicción sobre la misma"; toda vez que ello sería "desconocer y descalificar" las funciones que desempeñan la Comisión Interamericana de Mujeres y la

principio de "efecto útil"). Por otra parte, el argumento de México vinculado a que en la sentencia dictada en el caso "Castro Castro" no se analiza la competencia de la Corte IDH para juzgar en función a la Convención Belém do Pará, debido a que no hubo controversia entre las partes, es errónea. En efecto, la sola circunstancia de que en aquel precedente se declarara violada la Convención, equivale o presupone expedirse sobre su competencia.

> Asimismo, la Corte resalta que no sólo en dicho caso ha establecido su competencia en la materia. En efecto, en los casos Ríos y otros vs. Venezuela y Perozo y otros vs. Venezuela, si bien la Corte declaró que "no correspond[ía] analizar los hechos de [dichos casos] bajo las […] disposiciones de la Convención de Belém do Pará" porque no se demostró que las agresiones fueron "especialmente dirigid[as] contra las mujeres" ni que "éstas se hayan debido a su condición [de mujer]", esta conclusión de no violación fue posible a partir del análisis de dicha Convención. En ello se proyectó entonces la competencia del Tribunal sobre la misma.[734]

Sin embargo, dado que la Comisión no alegó la competencia contenciosa en función de los artículos 8 y 9 de la Convención Belém do Pará (cuestión que sí hicieron los representantes de las víctimas), sino que tan solo lo hizo por el artículo 7, la Corte IDH declara su competencia solo respecto de este último. La interpretación "*pro personae*" y el principio del "efecto útil", alegado por los representantes de las víctimas, no pueden derivar en un contenido normativo inexistente.[735]

Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el marco de los mecanismos de protección establecidos por la Convención Belém do Pará."

"La alegación que el Estado hace en el sentido de que la Corte no tendría competencia contenciosa porque el artículo 11 de la Convención Belém do Pará sólo se refiere a la jurisdicción consultiva de la Corte, no apoya esta posición, sino que, por el contrario, la contradice. En efecto, la competencia consultiva no está incluida en los artículos 44 a 51 de la Convención Americana, por lo cual era necesario establecerla expresamente en otra disposición."

"Con respecto al efecto útil, la Corte reitera lo señalado en su primer fallo contencioso, en el sentido de que una finalidad inherente a todo tratado es la de alcanzar este efecto. Ello es aplicable a las normas de la Convención Americana relacionadas con la facultad de la Comisión de someter casos a la Corte. Y es ésta una de las normas a la que remite la Convención Belém do Pará." (Corte IDH, caso "Campo Algodonero", 2009, párr. 63-65).

[734] Corte IDH, caso "Campo Algodonero", 2009, párr. 75.

Los otros precedentes a los que alude la cita son los siguientes: "Caso Ríos y otros Vs. Venezuela." Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 194, párr. 280; y "Caso Perozo y otros Vs. Venezuela". Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 195, párr. 296.

[735] "La Corte considera que los criterios sistemáticos y teleológicos son insuficientes para superponerse a lo que indica claramente el tenor literal del artículo 12 de la Convención Belém do Pará, donde se señala que el sistema de peticiones se concentrará exclusivamente en la posible violación del artículo 7 de dicha Convención. Al respecto, la Corte resalta que a partir del principio de interpretación más favorable no se puede derivar un enunciado normativo inexistente, en este caso, la integración de los artículos 8 y 9 al tenor literal del artículo 12. Ello no obsta a que los diversos artículos de la Convención

Otra cuestión importante que se deriva del estudio de este precedente es la imposición de la carga probatoria al Estado. Atento a lo manifestado por la representación de las víctimas y lo expuesto en la denuncia por la Comisión, en el sentido de que las autoridades demoraron setenta y dos horas en iniciar las investigaciones, por una parte, y, por la otra, la negativa del Estado de esa circunstancia bajo el argumento de que no estaba probado, la Corte IDH entiende que la carga probatoria le cabía a la denunciada. Ello es así porque los medios de prueba de su actuación (oportuna) estaban a su disposición; en consecuencia, éste tenía el deber de colaborar en materia probatoria, no siendo suficiente descansar en que la representación y la Comisión probaran un hecho negativo (la no actuación).[736]

En síntesis, el reconocimiento -aunque parcial- del Estado en el sentido de que los homicidios de Ciudad Juárez se encuentran influenciados por una cultura de discriminación contra la mujer,[737] los informes de la CIDH, la CEDAW y Amnistía Internacional, junto a la condición de las víctimas: mujeres jóvenes, de escasos recursos, estudiantes o trabajadoras, quienes sufrieron antes de la muerte agresiones físicas y sexuales, son circunstancias que provocaron el convencimiento de la Corte IDH de que las víctimas de "Campo Algodonero" lo fueron en razón de su género.[738]

La existencia de una cultura de discriminación contra las mujeres surge, además, del motivo, de las modalidades de los crímenes y de la falta de una respuesta oportuna, diligente y eficaz de las autoridades.[739]

El fallo recuerda que en el preámbulo de la Convención Belém do Pará, los Estados partes expresan su preocupación, porque la violencia contra la mujer, además de ser una ofensa a la dignidad humana, es "una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres."[740]

Belém do Pará sean utilizados para la interpretación de la misma y de otros instrumentos interamericanos pertinentes." (Corte IDH, caso "Campo Algodonero", 2009, párr. 79)

[736] Corte IDH, caso "Campo Algodonero", 2009, párr. 179.

[737] "De otro lado, al momento de investigar dicha violencia, ha quedado establecido que algunas autoridades mencionaron que las víctimas eran "voladas" o que "se fueron con el novio", lo cual, sumado a la inacción estatal en el comienzo de la investigación, permite concluir que esta indiferencia, por sus consecuencias respecto a la impunidad del caso, reproduce la violencia que se pretende atacar, sin perjuicio de que constituye en sí misma una discriminación en el acceso a la justicia. La impunidad de los delitos cometidos envía el mensaje de que la violencia contra la mujer es tolerada, lo que favorece su perpetuación y la aceptación social del fenómeno, el sentimiento y la sensación de inseguridad en las mujeres, así como una persistente desconfianza de éstas en el sistema de administración de justicia." (Corte IDH, caso "Campo Algodonero", 2009, párr. 400).

[738] Corte IDH, caso "Campo Algodonero", 2009, párr. 227-231.

[739] Corte IDH, caso "Campo Algodonero", 2009, párr. 164.

[740] Convención Belém do Pará, preámbulo, tercer párrafo.

Además, la Recomendación General 19 de la CEDAW expone que la violencia contra la mujer es una forma de discriminación (párrafo 1) y que tal violencia basada en el sexo, lo es por su condición de mujer o porque "la afecta en forma desproporcionada" (párrafo 6).[741]

La Corte IDH tiene en cuenta,[742] asimismo, el precedente "Opuz c. Turquía",[743] donde el TEDH consideró que, aunque la pasividad judicial en Turquía no era intencional, afectaba de manera principal a las mujeres y, en consecuencia, podía considerarse a la violencia como basada en género. En tal virtud, configura una forma de discriminación en contra de las mujeres, lo que significa que es el Estado quien debe probar que la actividad deficiente no fue discriminatoria. El TEDH constató que el lugar donde sucedieron los hechos contaba con el número más alto de víctimas de violencia, todas mujeres, del mismo origen, quienes, además, se enfrentaban con autoridades que no investigaban porque asumían que se trataba de tema familiar.[744]

Remarca que los conceptos aquí estudiados se comprenden en la concepción errónea de la condición de inferioridad femenina.[745]

Por otra parte, en este caso la Corte expresa que los Estados tienen la obligación de adoptar medidas integrales que brinden un marco jurídico de protección a las mujeres, con especial atención a las políticas de prevención y procedimientos, que permitan actuar eficazmente ante las denuncias. Comprende tanto las *medidas genéricas*, que surgen de la CADH, como las *medidas reforzadas*, derivadas de la Convención Belén do Pará.

La estrategia de prevención debe ser integral, esto es, no solo advertir los factores de riesgo sino también fortalecer las instituciones, para que puedan otorgar una respuesta efectiva a las mujeres, "en los que es evidente que determinadas mujeres y niñas pueden ser víctimas de violencia."[746] El fallo destaca que a pesar del contexto de

---

[741] CEDAW, Recomendación General n°19, 1992, párrafos 1 y 6.
[742] Corte IDH, caso "Campo Algodonero", 2009, párr. 394-401
[743] TEDH, caso "Opuz vs. Turkey", sentencia del 9 de junio de 2009.
[744] TEDH, caso "Opuz vs. Turkey", sentencia del 9 de junio de 2009, p. 180, 191 y 200.
[745] "En el presente caso, el Tribunal constata que el Estado señaló ante el CEDAW que la "cultura de discriminación" de la mujer "contribuyó a que [los] homicidios [de mujeres en Ciudad Juárez] no fueran percibidos en sus inicios como un problema de magnitud importante para el cual se requerían acciones inmediatas y contundentes por parte de las autoridades competentes". Además, el Estado también señaló que esta cultura de discriminación contra la mujer estaba basada "en una concepción errónea de su inferioridad" (supra párr. 132)" (Corte IDH, caso "Campo Algodonero", 2009, párr. 398).
[746] Corte IDH, caso "Campo Algodonero", 2009, párr. 258.
En el caso en estudio, no se tomaron las medidas genéricas, conforme la CADH, ni las reforzadas, tal como lo prevé la Convención Belém do Pará. Dijo la Corte IDH: "Según los hechos del presente caso, las víctimas González, Ramos y Herrera eran mujeres jóvenes de 20, 17 y 15 años respectivamente,

violencia contra las mujeres que se vivía en Ciudad Juárez, el Estado no demostró haber tomado medidas efectivas de prevención que redujeran los factores de riesgo para las mujeres.[747]

Con el fin de precisar la responsabilidad del Estado, la Corte establece dos momentos diferentes en los que debe ser analizado el *deber de prevención*: el primero, antes de la desaparición de las víctimas; el segundo, antes de la localización de los cuerpos sin vida.[748] Con relación al primer momento, la falta de prevención de la desaparición no conlleva, *per se*, la responsabilidad internacional del Estado. Y ello, a pesar del contexto de riesgo en que vivían las mujeres en Ciudad Juárez. La idea que expresa (que sobre el Estado recae una responsabilidad reforzada), no significa que se trate de una responsabilidad ilimitada frente a cualquier hecho ilícito de particulares.[749] Pero, y ya relacionado con el segundo momento, esto es, antes del hallazgo de los cuerpos sin vida de las mujeres, la visión varía en razón del propio contexto del caso. En efecto, el Estado tenía conocimiento del riesgo concreto de las mujeres en Ciudad Juárez y, por lo tanto, debió extremar los medios eficaces y conducentes a su hallazgo.[750]

Además de las medidas de prevención, la Corte IDH señala la obligación del Estado de "tomar medidas integrales" a fin de erradicar la violencia contra la mujer.[751]

---

todas humildes, una estudiante, las otras dos trabajadoras. Salieron de su casa un día y sus cuerpos fueron encontrados días o semanas más tarde en un campo algodonero con signos de violencia sexual y demás maltratos. En los días entre sus desapariciones y el hallazgo de sus cuerpos, sus madres y familiares acudieron a las autoridades en busca de respuestas, pero se encontraron con juicios de valor respecto al comportamiento de las víctimas y con ninguna acción concreta destinada a encontrarlas con vida aparte de la recepción de declaraciones." (Corte IDH, caso "Campo Algodonero", 2009, párr. 277).

[747] En efecto: "Aunque el deber de prevención sea uno de medio y no de resultado (supra párr. 251), el Estado no ha demostrado que la creación de la FEIHM[747] y algunas adiciones a su marco legislativo, por más que fueran necesarias y demuestren un compromiso estatal, fueran suficientes y efectivas para prevenir las graves manifestaciones de la violencia contra la mujer que se vivía en Ciudad Juárez en la época del presente caso." (Corte IDH, caso "Campo Algodonero", 2009, párr. 279).

[748] Corte IDH, caso "Campo Algodonero", 2009, párr. 281.

[749] Corte IDH, caso "Campo Algodonero", 2009, párr. 282. En sentido similar, ver Corte IDH, caso "Veliz Franco", 2014, párr. 138-139.

[750] "[…] el Estado, dado el contexto del caso, tuvo conocimiento de que existía un riesgo real e inmediato de que las víctimas fueran agredidas sexualmente, sometidas a vejámenes y asesinadas. La Corte considera que ante tal contexto surge un deber de debida diligencia estricta frente a denuncias de desaparición de mujeres, respecto a su búsqueda durante las primeras horas y los primeros días. Esta obligación de medio, al ser más estricta, exige la realización exhaustiva de actividades de búsqueda. En particular, es imprescindible la actuación pronta e inmediata de las autoridades policiales, fiscales y judiciales ordenando medidas oportunas y necesarias dirigidas a la determinación del paradero de las víctimas o el lugar donde puedan encontrarse privadas de libertad. Deben existir procedimientos adecuados para las denuncias y que éstas conlleven una investigación efectiva desde las primeras horas. Las autoridades deben presumir que la persona desaparecida está privada de libertad y sigue con vida hasta que se ponga fin a la incertidumbre sobre la suerte que ha corrido." (Corte IDH, caso "Campo Algodonero", 2009, párr. 283).

[751] Corte IDH, caso "Campo Algodonero", 2009, párr. 258.

Establece el deber de investigar efectivamente los hechos, de conformidad a los artículos 8.1 y 25.1 de la CADH, obligación derivada de la garantía efectiva de los derechos a la vida, a la integridad personal y a la libertad personal. Asimismo, el Estado debe observar lo dispuesto en el artículo 7.b y 7.c de la Convención Belém do Pará, "que [lo] obliga a actuar con la debida diligencia y a adoptar la normativa necesaria para investigar y sancionar la violencia contra la mujer."[752] En esa inteligencia, asimila la investigación por razones de violencia de género a la que correspondería a crímenes basados en razones de raza.[753]

De manera tal que, ante las irregularidades de la investigación (reconocidas parcialmente por el Estado mexicano), que incluye el manejo inapropiado de las evidencias, el retraso de las investigaciones, la prescindencia del contexto de violencia contra las mujeres, la grave negligencia de las actuaciones de funcionarios públicos, se vulneró el derecho de acceso a la justicia y a una tutela judicial efectiva.

A su vez, el fallo pone en evidencia el incumplimiento estatal de la obligación de garantizar los derechos a la vida, la integridad personal y la libertad personal de las víctimas. Con todo, se verifica el incumplimiento por parte del Estado de la obligación genérica del art. 2 CADH y la específica del artículo 7.c de la Convención Belém do Pará, lo cual ha propiciado "un ambiente de impunidad que facilita y promueve la repetición de los hechos de violencia en general y envía un mensaje según el cual la violencia contra las mujeres puede ser tolerada y aceptada como parte del diario vivir.[754]

A modo de *recapitulación de estándares relevantes*, el caso "Campo Algodonero" es paradigmático en lo que respecta a la consideración de la condición de inferioridad de la mujer. En relación con la posibilidad de intervenir, la Corte IDH

[752] Corte IDH, caso "Campo Algodonero", 2009, párr. 287. En igual sentido se puede ver: Corte IDH, caso "Gudiel Alvarez", 2012, párr. 275.
[753] "La Corte considera que el deber de investigar efectivamente, siguiendo los estándares establecidos por el Tribunal […] tiene alcances adicionales cuando se trata de una mujer que sufre una muerte, maltrato o afectación a su libertad personal en el marco de un contexto general de violencia contra las mujeres. En similar sentido, la Corte Europea ha dicho que cuando un ataque es motivado por razones de raza, es particularmente importante que la investigación sea realizada con vigor e imparcialidad, teniendo en cuenta la necesidad de reiterar continuamente la condena de racismo por parte de la sociedad y para mantener la confianza de las minorías en la habilidad de las autoridades de protegerlas de la amenaza de violencia racial. El criterio anterior es totalmente aplicable al analizarse los alcances del deber de debida diligencia en la investigación de casos de violencia por razón de género." (Corte IDH, caso "Campo Algodonero", 2009, párr. 293).
[754] Corte IDH, caso "Campo Algodonero", 2009, párr. 388.

reitera su competencia en función del art. 7 de la Convención Belém do Pará (aunque no así por los arts. 8 y 9), en los términos del artículo 62.3 de la CADH.[755]

En cuanto a la carga de la prueba, recae sobre el Estado, pues éste era quien tenía a su alcance las mejores posibilidades de demostrar su intervención oportuna e idónea.

Quizás el aspecto bisagra de la decisión sea el reconocimiento de un patrón de conducta que evidencia la cultura de discriminación contra la mujer, fundado en una concepción de su inferioridad asociado a la subordinación a la que se la somete a través de prácticas basadas en estereotipos de género. Tales estereotipos son socialmente dominantes, persistentes, y al reflejarse también en el discurso de las autoridades, de forma implícita o explícita, agravan aún más la condición de discriminación de la mujer. Y con ella, genera el ambiente propicio donde se desarrolla la violencia de género. Ello le permite concluir que la "creación y uso de estereotipos se convierte en una de las causas y consecuencias de la violencia de género en contra de la mujer."[756]

c) Mujer, pobre, migrante y refugiada. El impacto en la autonomía de la salud sexual y reproductiva.

En el caso "I.V. vs. Bolivia",[757] la Corte IDH analizó la situación de discriminación de la mujer por su sola condición de tal. A ello sumó su calidad de pobre, migrante y refugiada.[758]

La señora I.V. nació en la República del Perú el 20 de mayo 1964. Según su propio relato, había sido detenida en dos oportunidades en la Dirección Nacional Contra el Terrorismo de Perú (DINCOTE), lugar donde sufrió vejaciones físicas, sexuales y psicológicas. En el año 1982, tuvo a su primera hija. En 1989 formó pareja con el señor J.E. y, dos años más tarde, nació en Perú la hija común de ambos, N.V. En 1993, el hombre se trasladó a La Paz, Bolivia, con el fin de obtener la condición de refugiado. En febrero de 1994 se logró la reunificación familiar (I.V. y la niña se reunieron con J.E. en La Paz). Meses más tarde, ese mismo año, la familia obtuvo el estatuto de refugiado en Bolivia.[759]

El 1 de julio de 2000, en horas de la tarde, la señora I.V. ingresó al Hospital de la Mujer de La Paz, luego de que se le produjera una ruptura espontánea de membranas

[755] México es Estado Parte en la Convención Americana desde el 24 de marzo de 1981 y reconoció la competencia contenciosa del Tribunal el 16 de diciembre de 1998. Con respecto a la Convención Belém do Pará, la ratificó el 12 de noviembre de 1998.
[756] Corte IDH, caso "Campo Algodonero", 2009, párr. 401.
[757] Corte IDH, caso "I.V. vs. Bolivia", 2016.
[758] Corte IDH, caso "I.V. vs. Bolivia", 2016, párr. 242.
[759] Corte IDH, caso "I.V. vs. Bolivia", 2016, párr. 61.

a la semana 38.5 de gestación, con dolor a nivel de la cesárea que había tenido en el año 1982. El médico que la atendía constató la cesárea previa, que no tenía trabajo de parto y que el feto se encontraba en situación transversa. Con esos antecedentes decidió someterla a otra cesárea. Después de que el neonatólogo se llevara la niña recién nacida, el médico ginecólogo obstetra decidió realizar a I.V. una salpingoclasia bilateral, bajo la técnica Pomeroy, conocida comúnmente como ligadura de las trompas de Falopio. Ambos procedimientos quirúrgicos fueron realizados encontrándose la paciente bajo anestesia epidural.[760]

Los estereotipos de género, entre los que se incluye la desigualdad histórica y cultural que permitieron a los hombres tomar decisiones sobre el cuerpo de las mujeres, afectaron la libertad y autonomía de la señora I.V. en materia sexual y reproductiva. En el caso, a través de una esterilización no consentida.

> La Corte reconoce que la libertad y autonomía de las mujeres en materia de salud sexual y reproductiva ha sido históricamente limitada, restringida o anulada con base en estereotipos de género negativos y perjudiciales, tal como lo describió el propio médico durante la audiencia. Ello se ha debido a que se ha asignado social y culturalmente a los hombres un rol preponderante en la adopción de decisiones sobre el cuerpo de las mujeres y a que las mujeres son vistas como el ente reproductivo por excelencia. En particular, la Corte advierte que el fenómeno de la esterilización no consentida está marcado por estas secuelas de las relaciones históricamente desiguales entre las mujeres y los hombres. Aunque la esterilización es un método utilizado como anticonceptivo tanto por mujeres como hombres, las esterilizaciones no consentidas afectan de forma desproporcionada a las mujeres exclusivamente por esta condición en razón que se les asigna socialmente la función reproductora y de planificación familiar. Por otra parte, el hecho de que las mujeres son el sexo con la capacidad biológica de embarazo y parto, las expone a que durante una cesárea sea frecuente la ocurrencia de esterilizaciones sin consentimiento al excluirlas del proceso de adopción de decisiones informadas sobre su cuerpo y salud reproductiva bajo el estereotipo perjudicial de que son incapaces de tomar tales decisiones de forma responsable. En razón de lo anterior, la Corte considera que opera la protección estricta del artículo 1.1 de la Convención por motivos de sexo y género, pues las

[760] Corte IDH, caso "I.V. vs. Bolivia", 2016, hechos tomados del resumen oficial de la Corte.

> mujeres tradicionalmente han sido marginadas y discriminadas en esta materia. Por lo anterior, la Corte examinará el caso bajo un escrutinio estricto.[761]

La aplicación práctica del concepto de "escrutinio estricto" aludido por el tribunal se muestra, por ejemplo, en las consideraciones que se hacen respecto de la falta del consentimiento informado y de la carga de la prueba. En este último sentido, la Corte IDH entiende que el deber de probar que la decisión tomada sobre el cuerpo de la mujer no tenía un propósito ni un efecto discriminatorio recaía sobre la autoridad.[762] Lo mismo sucede con relación al argumento del Estado de Bolivia vinculado a que la práctica tenía por finalidad salvaguardar la vida de I.V., dado lo riesgoso que sería para su salud un nuevo embarazo. El tribunal concluye que se podría haber cumplido ese objetivo con otro tipo de medidas, que no resultaran lesivas de la autonomía y libertad reproductiva de I.V., ni invasivas de su vida privada y familiar.[763]

A su vez, y si bien no se deduce del relato de los hechos que la decisión de la práctica médica (ligadura de las trompas de Falopio) haya estado motivada en su condición de refugiada, en su nacionalidad (peruana) o en su posición económica, para la Corte IDH tales aspectos tienen incidencia sobre la magnitud de los daños que sufrió I.V., en la afectación de su esfera de su integridad personal.[764] De todo ello la Corte

---

[761] Corte IDH, caso "I.V. vs. Bolivia", 2016, párr. 243.
En el párrafo transcripto en forma textual, la Corte hace referencia a informes y testimonios presentados como notas 319 a 323:
"Nota 319. Cfr. ONU, Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, Anand Grover, A/64/272, 10 de agosto de 2009, párrs. 54 y 55."
"Nota 320. En la audiencia, el Dr. Torrico Ameller realizó un recuento histórico de la evolución de la autonomía de las mujeres respecto al consentimiento en procedimientos médicos durante su experiencia como ginecólogo. Dividió esta evolución en tres etapas: una primera etapa donde el médico era considerado "omnipotente" y no se discutía el tema del consentimiento informado en las facultades de medicina, una segunda etapa donde se le asignaba mayor poder decisorio al médico o esposo de la paciente, y una tercera etapa donde las mujeres tienen mayor autonomía sobre las decisiones relacionadas a sus cuerpos. Cfr. Declaración rendida por Edgar Torrico Ameller ante la Corte Interamericana en la audiencia pública celebrada el 2 de mayo de 2016."
"Nota 321. Cfr. Peritaje rendido por Luisa Cabal ante fedatario público el 28 de abril de 2016 (expediente de prueba, tomo XI, affidávits, folio 3960)."
"Nota 322. Cfr. ONU, Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, Anand Grover, A/64/272, 10 de agosto de 2009, párr. 55."
"Nota 323. Cfr. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03, supra, párr. 101."
[762] Corte IDH, caso "I.V. vs. Bolivia", 2016, párr. 244.
[763] Corte IDH, caso "I.V. vs. Bolivia", 2016, párr. 245.
[764] Corte IDH, caso "I.V. vs. Bolivia", 2016, párr. 248.
En tal virtud, "la Corte concluye que el Estado incurrió en responsabilidad internacional por la discriminación sufrida por la señora I.V. por su condición de mujer en el goce y ejercicio de los derechos establecidos en los artículos 5.1, 7.1, 11.1, 11.2, 13.1 y 17.2 de la Convención." (Corte IDH, caso "I.V. vs. Bolivia", 2016, párr. 249).

extrae que la discriminación de la que fue objeto la señora I.V. importa un acto de violencia en los términos de la Convención Belém do Pará.[765]

Recuerda, además, que la Declaración y Plataforma de Acción de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, celebrada en Beijing en 1995,[766] reconoció que la esterilización forzada es un acto de violencia contra la mujer.[767] En función de lo expresado, el Tribunal falló contra el estado boliviano por violación a la Convención Belém do Pará.[768]

A modo de *recapitulación de estándares relevantes*, la cultura de discriminación se evidencia en el razonamiento del médico, al decidir la práctica sin el consentimiento de la mujer sobre la disposición de su propio cuerpo, en la creencia de que él se encontraba en mejor posición para elegir la alternativa más beneficiosa para la mujer. Esa idea, que se mantuvo inmutable aún ante el conocimiento de que alteraría la posibilidad física de reproducción biológica de I.V., en definitiva, se tradujo en la vulneración de su autonomía y libertad reproductiva.[769] La intromisión sin consentimiento (informado y libre) que implica la esterilización, tal y como reconoce la Corte, afecta principalmente a las mujeres en razón al rol reproductivo que se les

---

[765] "La Convención de Belém do Pará ha establecido parámetros para identificar cuándo un acto constituye violencia y define en su artículo 1° que "debe entenderse por violencia contra la mujer, cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado". Asimismo, la Corte ha afirmado que la violencia basada en el sexo, "abarca actos que infligen daños o sufrimientos de índole física, mental o sexual, amenazas de cometer esos actos, coacción y otras formas de privación de la libertad" (Corte IDH, caso "I.V. vs. Bolivia", 2016, párr. 251).

[766] Cfr. Declaración y Plataforma de Acción de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, Beijing, A/CONF.177/20, 1995, párr. 115.

[767] En igual sentido, Cfr. ONU, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación General No. 19, La violencia contra la mujer, 1992, párr. 22; Declaración y Plataforma de Acción de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, Beijing, A/CONF.177/20, 1995, párr. 115; Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, Sra. Radhika Coomaraswamy, Políticas y prácticas que repercuten sobre los derechos reproductivos de la mujer y contribuyen a la violencia contra la mujer, la causan o la constituyen, E/CN.4/1999/68/Add.4, 21 de enero de 1999, párr. 51; Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 28, La igualdad de derechos entre hombres y mujeres, 29 de marzo de 2000, párrs. 11 y 22, e Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Juan E. Méndez, A/HRC/22/53, 1 de febrero de 2013, párr. 48.

[768] "[…] la esterilización no consentida o involuntaria a la que fue sometida la señora I.V. en un hospital público, bajo estrés y sin su consentimiento informado, le causó un grave daño físico y psicológico que implicó la pérdida permanente de su capacidad reproductiva, constituyendo un acto de violencia y discriminación contra ella. Por consiguiente, la Corte concluye que el Estado incumplió su obligación de abstenerse de cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer y velar por que las autoridades, sus funcionarios, personal y agentes e instituciones se comporten de conformidad con esta obligación, en contravención con el artículo 7.a) de la Convención de Belém do Pará." (Corte IDH, caso "I.V. vs. Bolivia", 2016, párr. 255).

[769] Corte IDH, caso "I.V. vs. Bolivia", 2016, párr. 252.

atribuye.[770] Ello, en sí mismo, se constituye además en un acto de violencia a la luz de la Convención Belém do Pará. Las condiciones personales de la víctima, mujer, pobre, migrante y refugiada agravan las consecuencias dañosas.

d) Invisibilidad de la violencia contra la mujer.

El caso "Veliz Franco"[771] se relaciona con el homicidio de María Isabel Veliz Franco, de 15 años. La adolescente era estudiante y acababa de finalizar el tercer año básico. En el momento de su desaparición se encontraba en el período de vacaciones escolares, y trabajaba como dependiente temporal en "Almacén Taxi", en la capital de Guatemala. La noche del 16/12/2001 no regresó a su casa. Su madre denunció la desaparición al día siguiente. De los antecedentes de la causa no surgen constancias de que las autoridades hayan realizado tareas investigativas para dar con la joven. El día 18/12/2001, la madre se enteró por televisión del hallazgo de un cadáver. Acudió a la morgue y constató que era el cuerpo de su hija.

En la sentencia, la Corte IDH valora las circunstancias históricas, sociales y políticas en la que sucedieron los hechos denunciados. Sostiene que toda información vinculada al contexto coadyuva, junto a los elementos fácticos que el propio caso presenta, a precisar cuál es el grado de exigibilidad al Estado, vinculado a la valoración que debió hacer del riesgo real para la niña y, consecuentemente, cuál hubiese sido su obligación de actuación.[772]

En este sentido, examina la situación social de Guatemala relativa a homicidios por razón de género, otros actos violentos contra mujeres y la impunidad en la investigación. Y cuestiona la invisibilidad de la violencia contra la mujer, verificada por la inexistencia de datos estadísticos oficiales respecto de los delitos por razón de género.[773] Algunos informes no estatales dieron cuenta que, para diciembre de 2001, Guatemala atravesaba una escalada de violencia homicida, cuyos índices eran altos en

---

[770] "El derecho de la mujer a vivir una vida libre de violencia se encuentra íntimamente relacionado con el derecho a la no discriminación. El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer ha señalado que "la violencia contra la mujer es una forma de discriminación que inhibe gravemente la capacidad de la mujer de gozar de derechos y libertades en pie de igualdad con el hombre". Esta "violencia de género […] va en menoscabo de la aptitud para disfrutar de los derechos económicos, sociales y culturales en pie de igualdad." (Corte IDH, caso "I.V. vs. Bolivia", 2016, párr. 253. Las citas corresponden a la ONU, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación General No. 19, La violencia contra la mujer, 1992, párr. 1. y al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 16, La igualdad de derechos del hombre y la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales, 11 de agosto de 2005, párr. 27).
[771] Corte IDH, caso "Veliz Franco", 2014.
[772] Corte IDH, caso "Veliz Franco", 2014, párr. 65.
[773] Corte IDH, caso "Veliz Franco", 2014, párr. 67.

comparación con los de otros países. Se observó un "aumento proporcionalmente significativo de los homicidios de mujeres. Asimismo, hay datos indicativos de que cierta parte de los atentados sufridos por mujeres, inclusive en 2001, serían homicidios por razones de género."[774] A modo de ejemplo, se valora que, entre 1995 y 2004, el aumento de la tasa de homicidios de mujeres fue casi el doble que la de hombres.

Con el propósito de comprobar las deficiencias investigativas, el tribunal toma en consideración que, para el año 2001, las actuaciones judiciales no culminaban, en su mayor número, en sentencias condenatorias.[775] En este fallo, la Corte expresa que, en relación con la violencia contra la mujer, el deber de garantía adquiere intensidad especial, un *plus*, cuando se trata de niñas. Ello en atención a la "vulnerabilidad consustancial" de la niñez, potenciada, en el caso, por ser mujer.[776]

En este sentido, el tribunal advierte que antes del hallazgo del cuerpo, las autoridades (policiales, judiciales) debieron adoptar medidas destinadas a dar con el paradero de la menor de edad. Los procedimientos debieron ser adecuados a las denuncias, y encaminados a una investigación efectiva "desde las primeras horas". Agrega que las autoridades "deben presumir que la persona desaparecida sigue con vida hasta que se ponga fin a la incertidumbre sobre la suerte que ha corrido."[777] Por ello, para determinar la responsabilidad internacional del Estado basta que se hayan verificado acciones u omisiones que permitan la comisión de las violaciones de derechos.[778]

En el caso existió una situación de riesgo concreta, en razón al incremento de violencia homicida verificado en Guatemala para la época de la desaparición. Por eso, en el marco de la debida diligencia esperada, el Estado debió actuar teniendo en miras el derecho a la vida y la integridad personal de la niña, y realizar las acciones

---

[774] Corte IDH, caso "Veliz Franco", 2014, párr. 73.
[775] Corte IDH, caso "Veliz Franco", 2014, párr. 88.
"En tal sentido, la perita María Eugenia Solís García manifestó que "[e]l Procurador de los Derechos Humanos el 2 de noviembre de 2004 […] señaló que de 1.118 casos de niñas y mujeres asesinadas entre 2001 y 2004, sólo se investigó el 9% de los casos". Por otra parte, hay información que indica que de las 591.933 denuncias de hechos violentos contra mujeres atendidas por el Ministerio Público en los años 2000, 2001 y 2002, solo llegaron a juicio 2.335, es decir, el 0,39%. La Comisión Interamericana, por otra parte, ha aseverado que "[s]e ha señalado que de las 8,989 denuncias que había recibido la Fiscalía de la Mujer a fines de 2001, sólo tres finalizaron con sentencias condenatorias". Del mismo modo, se ha informado que "de los 1.227 casos de asesinatos de mujeres que se presentaron entre el 2002 y el 2004 solamente 7 han llegado a sentencias condenatorias", es decir, el 0,57%. La situación descrita, de un alto índice de falta de sanción de actos violentos contra mujeres, tuvo continuidad, en términos generales, al menos, hasta principios de 2012."
[776] Corte IDH, caso "Veliz Franco", 2014, párr. 134.
[777] Corte IDH, caso "Veliz Franco", 2014, párr. 141.
[778] Corte IDH, caso "Veliz Franco", 2014, párr. 143.

preventivas orientadas a dar con su paradero[779], dado, insiste, el conocimiento estatal de una situación de riesgo.[780] El Estado "conocía, o debió conocer, que era posible que lo narrado en tal denuncia se insertara en un contexto que potenciaba la posibilidad de una lesión a los derechos de esa niña."[781]

A modo de *recapitulación de estándares relevantes*, se trata de un caso que revela la invisibilidad voluntaria de la problemática de violencia de género en contradicción con el contexto social, lo que no es admisible. A ello se suma la ineficiencia en la labor de investigación, aunque puede presumirse que esta ineficiencia sea consecuencia de la invisibilidad del fenómeno. Concluye que Guatemala violó su deber de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos a la vida e integridad personal (artículos 4.1 y 5.1 de la CADH), en especial, en relación con los derechos del niño (art. 19 de la Convención), "así como con las obligaciones contempladas en el artículo 7.b) de la Convención de Belém do Pará, en perjuicio de María Isabel Veliz Franco."[782]

La Corte IDH resalta la situación de discriminación en razón de la indiferencia mostrada por las autoridades ante el contexto de violencia generalizado, del cual las víctimas principalmente eran mujeres.

e) Estereotipos y roles asignados a la mujer

Los hechos de la causa "Atala Riffo vs. Chile"[783] se relacionan con el proceso de custodia interpuesto ante los tribunales chilenos por el padre de las niñas M., V. y R., en contra de la señora Karen Atala Riffo, por considerar que su orientación sexual y su convivencia con una pareja del mismo sexo producirían algún daño a las tres niñas. La Corte tuvo que resolver, entre otras cuestiones, respecto de la responsabilidad internacional del Estado por el trato discriminatorio y la interferencia arbitraria en la vida privada y familiar, que habría sufrido la señora Atala debido a su orientación sexual.

El fallo recuerda la definición de estereotipo precisada en el precedente "Campo Algodonero"; se trata de "una pre-concepción de atributos o características poseídas o

[779] Corte IDH, caso "Veliz Franco", 2014, párr. 147.
[780] Corte IDH, caso "Veliz Franco", 2014, párr. 153.
[781] Corte IDH, caso "Veliz Franco", 2014, párr. 154.
[782] Corte IDH, caso "Veliz Franco", 2014, párr. 158.
[783] Corte IDH, caso "Atala Riffo", 2012.

papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente."[784] El rol, por su parte, resulta ser una especie de puesta en práctica del estereotipo.

En consecuencia, el tribunal considera que tanto la concepción y creación de estereotipos, como su uso o puesta en práctica, se constituyen en "causa y consecuencia" de los hechos donde se verifican actos de violencia de género en contra de las mujeres. Es decir, los hechos de violencia de género están asociados a la "subordinación de la mujer a prácticas basadas en estereotipos de género socialmente dominantes y socialmente persistentes, condiciones que se agravan cuando los estereotipos se reflejan, implícita o explícitamente, en políticas y prácticas, particularmente en el razonamiento y el lenguaje de las autoridades de policía judicial…".[785]

Estas definiciones conceptuales traídas de otros precedentes del mismo Tribunal son transferibles y aplicables al caso. En este sentido, la Corte IDH se expresa en contra del rol social materno asignado en forma tradicional a las mujeres, con el cual se pretende justificar una situación de desigualdad.

> […] la Corte considera que exigirle a la madre que condicionara sus opciones de vida implica utilizar una concepción "tradicional" sobre el rol social de las mujeres como madres, según la cual se espera socialmente que las mujeres lleven la responsabilidad principal en la crianza de sus hijos e hijas y que en pos de esto hubiera debido privilegiar la crianza de los niños y niñas renunciando a un aspecto esencial de su identidad. Por tanto, la Corte considera que bajo esta motivación del supuesto privilegio de los intereses personales de la señora Atala tampoco se cumplía con el objetivo de proteger el interés superior de las tres niñas.[786]

A modo de *recapitulación de estándares relevantes*, se destaca que este precedente ha sido el primero en el que la Corte se introduce en el ámbito específico

---

[784] Corte IDH, caso "Campo Algodonero", 2009, párr. 401.

[785] Corte IDH, caso "Campo Algodonero", 2009, párr. 401.
En igual sentido se expresó la Corte en el caso "Velásquez Paiz vs. Guatemala" (Corte IDH, caso "Velásquez Pais", 2015, párr. 180).

[786] Corte IDH, caso "Atala Riffo", 2012, párr. 140.
En otro precedente (causa "Fornerón vs. Argentina"), la Corte IDH observa que las ideas del juez de primera instancia, que otorgó la guarda judicial al matrimonio en desmedro de la voluntad del padre biológico soltero, "responden a ideas preconcebidas sobre el rol de un hombre y una mujer en cuanto a determinadas funciones o procesos reproductivos, en relación con una futura maternidad y paternidad." (Corte IDH, caso "Fornerón", 2012, párr. 94).
Por su parte, en la causa "Artavia Murillo vs. Costa Rica"), el Tribunal remarca que los "estereotipos de género son incompatibles con el derecho internacional de los derechos humanos y se deben tomar medidas para erradicarlos." (Corte IDH, caso "Artavia Murillo", 2012, párr. 302).

de las relaciones intrafamiliares y resulta un aporte indiscutible a su doctrina de la discriminación por razones de género y de orientación sexual.

El estándar sobresaliente reside en que valora como discriminatorio la creación, reconocimiento y mantenimiento de estereotipos y la consecuente asignación de roles determinados fundados en género, tales como el "materno" a la mujer. Este concepto se extiende a quien espera de ella que los cumpla, a costa de renunciamientos personales que, socialmente, no le son exigibles al hombre. Todo lo dicho, con claridad, es incompatible con el derecho de los derechos humanos (art. 1.1 y 24 de la CADH).[787]

2. VIOLENCIA DE GENERO Y DIGNIDAD HUMANA

El preámbulo de la "Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer" afirma "que la violencia contra la mujer constituye una violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales y limita total o parcialmente a la mujer el reconocimiento, goce y ejercicio de tales derechos y libertades", que ofende su dignidad humana. Y la define como "cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado."[788]

En los apartados que siguen, se analizan distintos supuestos concretos de violencias contra la mujer, de los que, de igual forma a lo visto en el primer punto de este capítulo, se intentará obtener estándares relevantes. Asimismo, siguiendo la misma metodología, se comienza con un caso que muestra el aporte transdisciplinario derecho y literatura.

a) El derecho *en* la literatura. La violencia de género derivada del uso ideológico el derecho

Como expresara en el primer punto de este mismo capítulo, la maldad, interpretada en un contexto de abuso de poder estatal, marca un camino para analizar desde lo jurídico las diferentes relaciones que se pueden establecer entre poder y derecho. Por su lado, en forma previa (capítulo III, punto 2, ap. e), me referí al riesgo del uso ideológico del derecho o de algunos conceptos jurídicos a través del lenguaje.

---

[787] Cabe destacar que varias décadas antes, a nivel global, la CEDAW ya advertía sobre la necesidad de modificar los patrones estereotipados de conducta (art. 5).
[788] Convención Belém do Pará, 1996, preámbulo y art. 1.

Si bien ambas cuestiones fueron analizadas por separado desde la relación "derecho *en* la literatura", mediante dos obras diferentes, pueden considerarse unidas en *El cuento de la criada*.

Margaret Atwood, la autora de esta novela, nació en Ottawa, Canadá, en 1939. En la actualidad, se la considera una de las escritoras más importante a nivel global, reconociéndosele además un papel importante en la defensa de los derechos humanos[789] y del medio ambiente. Su producción no se limita a las novelas, ya que también escribe poesía, cuentos, estudios críticos, guiones, y libros infantiles. Sus obras han sido traducidas a más de 30 idiomas. Sus novelas se caracterizan por la creación de personajes femeninos fuertes; entre ellas se destacan: *La mujer comestible* (1969); *Resurgir* (1973); *Lady Oracle* (1977); *La vida antes del hombre* (1980); *Daño corporal* (1982); *El cuento de la criada* (1986); *Ojo de gato* (1989); *La novia ladrona* (1993); *Alias Grace* (1996); *El asesino ciego* (2000); y *Oryx y Crake* (2003). De estas obras, *Alias Grace*, *El cuento de la criada y Ojo de gato* fueron preseleccionados para el Premio Booker de ficción, el que finalmente le fue concedido por *El Asesino Ciego* en el año 2000. Algunos de los libros de Margaret Atwood han sido adaptados a guiones para cine y televisión. Los más recientes son: *Stone Mattress* (2014), una colección de cuentos cortos; *MaddAddam* (2013), una novela con la que concluye la trilogía distópica iniciada con *Oryx y Crake* (2003) y *El año del diluvio* (2009); *Por último, el corazón* (2015) y *Hag-Seed* (2016). Fue nominada para el premio Nobel de literatura y recibió, entre otros, el premio Príncipe de Asturias de las Letras (2008).

La historia de *The Handmaid's Tale (El cuento de la criada)* se sitúa a finales del siglo XX, en el territorio que pertenece actualmente a Estados Unidos. La acción concreta, tal como lo expresa la autora en la introducción, transcurre en Cambridge, Massachusetts, donde actualmente tiene su sede la Universidad de Harvard, la cual, si bien hoy es una institución educativa liberal, en tiempo anterior fue seminario teológico de los puritanos.[790]

Luego de un golpe de Estado, se instaura en "Gilead" un régimen político teocrático, cuyas características más evidentes son el establecimiento de una política

[789] En el año 2018 polemizó por carta con la Vicepresidenta argentina, en relación con el proyecto de ley de interrupción voluntaria del embarazo, al que la escritora defendía (ver https://www.infobae.com/cultura/2018/07/11/la-carta-de-margaret-atwood-a-los-argentinos-en-pleno-debate-por-el-aborto/).
[790] Atwood, 2017, p. 12.

del miedo (terror), la negación de los derechos humanos y el control total de las vidas de los ciudadanos. La sociedad está dividida en clases bien diferenciadas, organizadas jerárquicamente y compuestas por hombres: los "Comandantes" son la clase dirigente; los "Ojos" actúan como policía política; los "Guardianes" son los encargados de mantener el orden interno del país, y a la vez prestan servicios diferentes en las casas de los Comandantes; y, por último, a los "Ángeles" se les encomienda la lucha contra los enemigos externos. Por su lado, las mujeres están excluidas de toda función de decisión y dirección política o cualquier otra inherente al poder estatal o privado. Se las clasifica por grupos: "Esposas", "Tías", "Criadas", "Martas", y "No-Mujeres". Cada grupo tiene asignado un color de vestimenta uniforme y obligatorio, y sus integrantes deben observar un código de conducta reglamentado al detalle. Las Esposas gozan de ciertos privilegios y visten de azul. Las prendas de las Tías son de color castaño, y tienen a su cargo el adoctrinamiento de las Criadas; las Tías funcionan además como una especie de policía femenina. Las Martas visten de verde y son las encargadas de realizar las tareas domésticas en las casas de los Comandantes. Las No-Mujeres están relegadas al final de la escala, como castigo o pena derivado de su incapacidad de ser útiles al sistema o por haber expresado su oposición al régimen; a estas últimas se las expulsa de Gilead enviándolas a las Colonias, donde quedan expuestas a la radiación, la contaminación ambiental y la realización trabajos penosos. Dice la autora: "Como en los regímenes totalitarios –o, de hecho, en cualquier sociedad radicalmente jerarquizada–, la clase gobernante monopoliza todo lo que tenga algún valor, la élite del régimen se las arregla para repartirse las hembras fértiles como Criadas."[791]

Las Criadas, quienes visten de rojo, cumplen la función de reproducción para la clase dirigente. Lo que muestra la obra es que éstas conviven con las Esposas que no están en condiciones físicas de gestar, ya sea por razones de edad o por esterilidad, cuestión esta última que afecta a la mayoría de la población como consecuencia de la radiación. Las Criadas llevan el nombre de los patronímicos derivados de los Comandantes a los que fueron asignadas; así, a la protagonista principal se la conoce como *Offred*, pues reside en el hogar del Comandante Frederick ("*of Frederick*", cuya traslación a la versión castellana es "Defred"). La prohibición de utilizar su nombre verdadero y reemplazarlo por otro impersonal es el primer paso de la supresión de

[791] Atwood, 2017, p. 13.

identidad, a la que sigue la negación de los demás derechos fundamentales. Así, por ejemplo, a Offred (Defred) se la privó de su familia y seres queridos (madre, esposo, hija y amistades), de su anterior trabajo y de sus bienes. Al igual que al resto de las Criadas, también le está prohibido leer y escribir y, en relación con el habla, está restringida a saludos rituales. Ello asegura al Estado que las Criadas mantendrán el pensamiento dentro de los límites de su adoctrinamiento, otorgado por las Tías.

La función principal de las Criadas es la reproducción, actividad que está sujeta a condición: si al cabo de tres intentos no logran dar a luz un niño sano (que será instituido como hijo del Comandante y su Esposa), se la califica como No-Mujer, lo que implicará su deportación a las Colonias, donde la espera una muerte segura. En lo referente a la justificación moral de esta forma de gestación para otro, la obra remite a la Biblia, concretamente a un pasaje del Génesis (30: 1-13), que la autora transcribe como epígrafe.[792] En *El cuento de la criada,* esta forma de concebir se denomina "Ceremonia".

> La Ceremonia prosigue como de costumbre. Me tiendo de espaldas, completamente vestida a excepción de mis higiénicas bragas blancas de algodón[…] Detrás de mí, junto a la cabecera de la cama, está Serena Joy [la Esposa del Comandante], preparada. Permanece con las piernas abiertas, y entre éstas me encuentro yo, con la cabeza apoyada en su vientre y la base de mi cráneo sobre su pubis… Ella también está completamente vestida.[793]

La descripción de la Ceremonia remite, por su afinidad, al pedido bíblico de Raquel a Jacob, de que su sierva dé a luz sobre sus rodillas. Ambos procesos, el de la concepción y el del parto, incluyen la presencia de las Esposas.

Los aportes jurídicos de esta obra son numerosos. Permite estudios transversales (noción de justicia derivada de la divinidad versus noción de justicia anclada en los derechos fundamentales de todas las personas humanas, libertad, autonomía) y temáticos, por ejemplo, estudios de género (violencia, desigualdad, roles), derecho político (abuso de poder, teocracia, oligarquía), derecho constitucional (derechos humanos, vida privada, propiedad, derecho ambiental), entre otros. Asimismo, en el contexto del reto ficcional, esto es, de la propuesta transdisciplinaria "derecho *en* la

---

[792] "Y viendo Raquel que no daba hijos a Jacob, tuvo envidia de su hermana, y dijo a Jacob: «Dame hijos o me moriré.»
Y Jacob se enojó con Raquel, y le dijo: «¿Soy yo, en lugar de Dios, quien te niega el fruto de tu vientre?»
Y ella dijo: «He aquí a mi sierva Bilhá; únete a ella y parirá sobre mis rodillas, y yo también tendré hijos de ella»"

[793] Atwood, 2017, p. 139.

literatura" que se defiende en este trabajo, interesa destacar la función estructural del lenguaje en la construcción de la realidad de Offred.

En este sentido, la obra muestra a una persona que, cuando ya no le quedaba nada de su existencia anterior, descubre el lenguaje como tabla de salvación. Es la narración lo que le permite mantener su equilibrio mental. Así, y desafiando las prohibiciones del Estado, deja su testimonio en cintas magnetofónicas, que contienen grabaciones de narraciones de su pasado mezclados con su presente.[794] Un breve pasaje ilustra cómo la protagonista se aferra al lenguaje, a las palabras que le permiten su subsistencia:

> Hoy, a pesar del rostro impenetrable de Rita y de sus labios apretados, me gustaría quedarme en la cocina. Vendría Cora desde algún otro lugar de la casa con su botella de aceite de limón y su plumero, y Rita prepararía café –en las casas de los Comandantes aún hay café auténtico– y nos sentaríamos alrededor de la mesa de Rita –que no le pertenece más que a mí la mía– y charlaríamos de achaques, de enfermedades, de nuestros pies, de nuestras espaldas, de las diferentes clases de travesuras que nuestros cuerpos –como criaturas ingobernables– son capaces de cometer. Asentiríamos con la cabeza, como si cada una subraya la frase de la otra, indicando que sí, que ya sabemos de qué se trata. Intercambiaríamos remedios y cada una intentaría superar a las demás en la exposición de nuestras miserias físicas; nos lamentaríamos en voz baja y triste, en tono menor, como las palomas que anidan en los canalones de los edificios. […]
>
> Solía desdeñar este tipo de conversación. Ahora la deseo ardientemente. Al menos era una conversación, una manera de intercambiar algo. […]
>
> O ayudaría a Rita a hacer el pan, hundiendo las manos en esa blanda y resistente calidez que se parece tanto a la carne. Me muero por tocar algo, algo que no sea tela ni madera. Me muero por cometer el acto de tocar.

[794] De esta manera, Offred "[…]sabe que, en esas difíciles circunstancias, sólo las palabras le ayudarán a subsistir durante el tiempo de vida material que le concedan y, tras su muerte, quedarán fijadas en algún lugar. Por consiguiente, no resulta extraño que ella haga un uso extremadamente cuidadoso del lenguaje, disfrute reflexionando sobre determinados fenómenos lingüísticos (por ejemplo, la polisemia y la etimología de algunos términos) y se recree con juegos verbales. En particular, la elección de las metáforas empleadas por Offred parece obedecer a decisiones tomadas de manera consciente y no arbitraria." (Gibert Maceda, 1991, p. 478).

> Pero aunque me lo pidieran, aunque faltara al decoro hasta ese extremo, Rita no lo permitiría. Estaría demasiado preocupada. Se supone que las Martas no confraternizan con nosotras.
>
> Confraternizar significa comportarse como con un hermano. Me lo dijo Luke. Dijo que no existía ningún equivalente de comportarse como una hermana. Según él, tenía que ser sororizar, del latín. Le gustaba saber esa clase de detalles, la procedencia de las palabras y sus usos menos corrientes. Yo solía tomarle el pelo por su pedantería.
>
> Tomo los vales que Rita me extiende. Tienen dibujados los alimentos por los que se pueden cambiar: una docena de huevos, un trozo de queso, una cosa marrón que se supone que es un bistec. Me los guardo en el bolsillo de la cremallera de la manga, donde llevo el pase.
>
> —Diles que los huevos sean frescos —me advierte—. No como la última vez. Y que den un pollo, no una gallina. Diles para quién es y ya verás que no fastidian.
>
> —De acuerdo —respondo. No sonrío. ¿Para qué tentarla con una actitud amistosa?[795]

b) Violencia sexual contra una mujer indígena. Autopercepción

Los hechos del caso "Masacre Plan de Sánchez"[796] se refieren a la matanza perpetrada en la aldea Plan de Sánchez, localizada en el Municipio de Rabinal, en la región central de Guatemala. La zona está habitada predominantemente por miembros del pueblo indígena Maya, pertenecientes a la comunidad lingüística Achí. Desde 1982, el ejército de Guatemala mantuvo una fuerte presencia en la zona. El domingo 18 de julio de 1982 llegó a Plan de Sánchez un comando de aproximadamente 60 personas, entre miembros del ejército, comisionados militares, judiciales, denunciantes civiles y patrulleros, vestidos con uniforme militar y portando rifles de asalto. Las niñas y las mujeres jóvenes fueron apartadas para luego ser maltratadas, violadas y asesinadas. Las mujeres mayores, los hombres y los niños fueron llevados a otro lugar, y luego ejecutados. Los atacantes incendiaron las viviendas en las que se encontraban. En definitiva, alrededor de 268 personas fueron ejecutadas, en su mayoría miembros del pueblo Maya Achí. Algunas de estas personas eran residentes de otras comunidades aledañas como Chipuerta, Joya de Ramos, Raxjut, Volcanillo,

[795] Atwood, 2017, p. 33-35.
[796] Corte IDH, caso "Masacre Plan de Sánchez", 2004.

Coxojabaj, Las Tunas, Las Minas, Las Ventanas, Ixchel, Chiac, Concul y Chichupac.[797] No se realizaron mayores investigaciones por parte de las autoridades gubernamentales ni se sancionó a los responsables.

En lo que atañe a las mujeres que fueron objeto de violencia sexual, por parte de los agentes estatales, la Corte verifica que quienes sobrevivieron continúan padeciendo sufrimientos como consecuencia de dicha agresión.

Además de la evidente afectación diferenciada por razones de género, el caso se refiere a víctimas mujeres indígenas. Ello significa un contexto de vulnerabilidad agravada, en donde la violencia ejercida por los atacantes provocó la estigmatización de la mujer indígena en su entorno social, con repercusión directa sobre su dignidad, que aún persiste.

> Las mujeres que fueron objeto de violencia sexual por parte de agentes del Estado el día de la masacre y que sobrevivieron a la misma, continúan padeciendo sufrimientos por dicha agresión. La violación sexual de las mujeres fue una práctica del Estado, ejecutada en el contexto de las masacres, dirigida a destruir la dignidad de la mujer a nivel cultural, social, familiar e individual. Estas mujeres se perciben como estigmatizadas en sus comunidades y han sufrido por la presencia de los victimarios en las áreas comunes del municipio. Además, la impunidad en la que permanecen estos hechos ha impedido que las mujeres participen en los procesos de justicia.[798]

A modo de *recapitulación de estándares relevantes*, se destaca el reproche lógico y esperable que se hace respecto de la incidencia personal sobre la víctima de un acto deleznable, como es la violación sexual de la mujer (en el caso, además, masiva), al cual se incorpora como agravante la condición particular derivada de su condición de mujeres indígenas. Entiende que éstas son portadoras de una vulnerabilidad específica, con base en la repercusión social diferenciada de la violencia sexual, de la propia autopercepción de la mujer en su entorno.

c) Violencia sexual contra una mujer indígena como forma de tortura.[799]

El 22 de marzo de 2002, la señora Fernández Ortega, una mujer indígena perteneciente a la comunidad *Me'phaa*, residente en Barranca Tecoani, estado de Guerrero, México, se encontraba en su casa en compañía de sus cuatro hijos. Durante las primeras horas de la tarde, tres militares (de un total de 11 que formaba el grupo)

[797] Corte IDH, caso "Masacre Plan de Sánchez", 2004, párr. 49.2.
[798] Corte IDH, caso "Masacre Plan de Sánchez", 2004, párr. 49.19.
[799] Corte IDH, caso "Fernández Ortega", 2010.

ingresaron a la vivienda y la violaron (los ocho restantes habían permanecido fuera del domicilio). Todos vestían uniformes y portaban armas. La señora Fernández Ortega declaró que los tres militares ingresaron a su casa sin su consentimiento, que habían preguntado, en varias ocasiones, a "donde [había ido] a robar carne [su] marido". Ella no les contestó por no hablar bien el castellano y por miedo. En los días posteriores, la señora Fernández Ortega fue víctima nuevamente, esta vez, de la cadena de desidia investigativa. En primer término, cuando le tomaron la denuncia; luego, al no poner a resguardo las pruebas biológicas de la violación y, finalmente, por la falta de contención por parte de las autoridades y por la inadecuada asistencia médica sanitaria y psicológica.[800]

Al igual que en el caso anterior, los actos de violencia se produjeron en perjuicio de una mujer víctima de una doble situación de vulnerabilidad: una general derivada de su género, y otra específica derivada de su condición de mujer indígena. El entorno, la residencia en una zona apartada, no comprender bien el idioma, incrementaron su situación de indefensión.

Además, la Corte IDH agrega en este fallo que se está frente a un caso de tortura, en tanto concurren los requisitos de intencionalidad,[801] el acto causa severos sufrimientos físicos o mentales[802] ("la señora Fernández Ortega se encontraba lastimada, con malestares y dolores físicos, e incluso requirió la asistencia de un médico particular"[803]) y perseguía una determinada finalidad.[804] Asimismo, es

---

[800] Ver *in extenso* en: Corte IDH, caso "Fernández Ortega", 2010, párr. 80-89.

[801] "Con respecto a la existencia de un acto intencional, de las pruebas que constan en el expediente queda acreditado que el maltrato fue deliberadamente infligido en contra de la víctima. En efecto, la Corte considera probado que uno de los atacantes tomó a la señora Fernández Ortega de las manos, la obligó a acostarse en el suelo, y mientras era apuntada al menos con un arma, un militar la penetró sexualmente mientras los otros dos presenciaban la ejecución de la violación sexual." (Corte IDH, caso "Fernández Ortega", 2010, párr. 121).

[802] "Con el fin de analizar la severidad del sufrimiento padecido, la Corte debe tomar en cuenta las circunstancias específicas de cada caso. Para ello, se deben considerar las características del trato, tales como la duración, el método utilizado o el modo en que fueron infligidos los padecimientos, los efectos físicos y mentales que éstos pueden causar, así como las condiciones de la persona que padece dichos sufrimientos, entre ellos, la edad, el sexo, el estado de salud, entre otras circunstancias personales." (Corte IDH, caso "Fernández Ortega", 2010, párr. 122. En igual sentido: Corte IDH, caso "Rosendo Cantú", 2010, párr. 112).

[803] Corte IDH, caso "Fernández Ortega", 2010, párr. 123. En sentido similar, ver Corte IDH, caso "Rosendo Cantú", 2010, párr. 113.

[804] "La Corte considera que, en términos generales, la violación sexual, al igual que la tortura, persigue entre otros, los fines de intimidar, degradar, humillar, castigar o controlar a la persona que la sufre. La violación sexual de la señora Fernández Ortega se produjo en el marco de una situación en la que los agentes militares interrogaron a la víctima y no obtuvieron respuesta sobre la información solicitada (supra párrs. 82 y 108). Sin descartar la eventual concurrencia de otras finalidades, la Corte considera probado que el presente caso tuvo la finalidad específica de castigo ante la falta de información

importante destacar que para la Corte IDH "una violación sexual puede constituir tortura aun cuando consista en un solo hecho u ocurra fuera de instalaciones estatales, como puede ser el domicilio de la víctima."[805]

Los hechos investigados, en tanto se enmarcan en la violencia de género, vulneran los derechos humanos y la dignidad de la mujer. Asimismo, expresan una relación de poder desigual entre hombres y mujeres que "trasciende todos los sectores de la sociedad independientemente de su clase, raza o grupo étnico, nivel de ingresos, cultura, nivel educacional, edad o religión y afecta negativamente sus propias bases."[806] La proyección social de este flagelo se refleja en que "la violación sexual constituye una forma paradigmática de violencia contra las mujeres cuyas consecuencias, incluso, trascienden a la persona de la víctima."[807]

Por último, en lo atinente a la reparación, tratándose de una víctima que además es una mujer indígena, el Tribunal valora que la "obligación de reparar en un caso que involucre víctimas pertenecientes a una comunidad indígena puede requerir de medidas de alcance comunitario…"[808]

A modo de *recapitulación de estándares relevantes*, el precedente retoma el problema de la violencia sexual ejercida contra una mujer indígena que es, como ya se expresó, una persona en situación de vulnerabilidad agravada. A su vez introduce el concepto de "tortura", en tanto se dan sus notas típicas (intencionalidad, daño físico o psíquico y finalidad –castigo, descrédito–), y consecuentemente aplica la Convención específica. Y sostiene que la violación puede constituir una tortura aun cuando se trate de un solo hecho o cuando ocurra en el domicilio de la víctima.

Por último, considera que la reparación puede incorporar medidas de alcance comunitario.[809]

---

solicitada." (Corte IDH, caso "Fernández Ortega", 2010, párr. 127. En igual sentido: Corte IDH, caso "Rosendo Cantú", 2010, párr. 117).

[805] Corte IDH, caso "Fernández Ortega", 2010, párr. 128.

[806] Corte IDH, caso "Fernández Ortega", 2010, párr. 118.

[807] Corte IDH, caso "Fernández Ortega", 2010, párr. 119.

[808] Corte IDH, caso "Fernández Ortega", 2010, párr. 223. La Corte remite, en igual sentido, a: "Cfr. Caso Aloeboetoe y otros Vs. Surinam. Reparaciones y Costas. Sentencia de 10 de septiembre de 1993. Serie C. No. 15, párrs. 96 y 97; Caso Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala. Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de noviembre de 2004. Serie C No. 116, párr. 86, y Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de junio de 2005. Serie C No. 124, párr. 194."

[809] Corte IDH, caso "Fernández Ortega", 2010, párr. 118.

d) Violencia sexual contra una mujer indígena y menor de edad.

El caso de Valentina Rosendo Cantú,[810] al igual que el precedente "Fernández Ortega", también se refiere a la violación de una mujer indígena perteneciente a la comunidad *Me'phaa*, pero originaria de la comunidad de Caxitepec, en el estado de Guerrero. El 16 de febrero de 2002, alrededor de las tres de la tarde, Valentina Rosendo Cantú se encontraba en un arroyo cercano a su domicilio, lugar adonde se había trasladado para lavar ropa. Cuando se disponía a bañarse, ocho militares la rodearon. Dos de ellos la interrogaron sobre "los encapuchados" (en ese momento, en el estado de Guerrero existía una presencia militar importante, que cumplía funciones policiales contra la delincuencia organizada), mientras un tercero le apuntaba con su arma. Después de responder que no conocía a la gente sobre la cual la interrogaban, el militar que la apuntaba la golpeó en el estómago. La señora cayó al suelo, se desvaneció y, tras volver en sí, fue violada por dos de los militares presentes. En el momento en que ocurrieron los hechos, la adolescente contaba con 17 años, estaba casada con el señor Fidel Bernardino Sierra y tenían una hija de pocos meses. Aquí también, a la violación y agresión le sucedieron las deficientes tareas investigativas del ilícito, y la falta de atención médica asistencial y psicológica de la víctima.

De igual manera que en el precedente "Fernández Ortega", la Corte aplica la Convención Belém do Pará y destaca que todo tipo de violencia contra la mujer significa una violación de derechos humanos, una ofensa a su dignidad humana y demuestra la relación de poder desigual entre hombres y mujeres, que "trasciende todos los sectores de la sociedad independientemente de su clase, raza o grupo étnico, nivel de ingresos, cultura, nivel educacional, edad o religión y afecta negativamente sus propias bases".[811]

En lo que atañe a la violencia sexual, se configura con actos de contenido o naturaleza sexual realizados contra una mujer sin su consentimiento, no siendo menester que incluyan invasión física del cuerpo humano.

La gravedad de este tipo especial de violencia contra la mujer implica, además, que las consecuencias dañosas del acto trascienden a la persona de la víctima.[812] La Corte valora asimismo la condición de menor de edad, el lugar donde residía (zona de

[810] Corte IDH, caso "Rosendo Cantú", 2010.
[811] Corte IDH, caso "Rosendo Cantú", 2010, párr. 108.
[812] Corte IDH, caso "Rosendo Cantú", 2010, párr. 108-109.

montaña y aislada), que no hablaba el castellano y que la presencia militar persistía en la zona, luego de realizada la denuncia.

> […] de las circunstancias propias de la situación de la señora Rosendo Cantú, la Corte no encuentra elementos que afecten la credibilidad de sus declaraciones. La presunta víctima es una mujer indígena, en el momento de los hechos menor de edad, que vivía en una zona montañosa aislada, que tuvo que caminar varias horas para recibir asistencia médica por las agresiones físicas sufridas, y para denunciar la violación sexual ante diversas autoridades que hablaban un idioma que ella no dominaba, la cual probablemente tendría repercusiones negativas en su medio social y cultural, entre otros, un posible rechazo de su comunidad. Asimismo, denunció y perseveró en su reclamo, sabiendo que en la zona en la que vive continuaba la presencia de militares, algunos de los cuales ella estaba imputando penalmente la comisión de un delito grave.[813]

A modo de *recapitulación de estándares relevantes*, se reiteran los del caso "Fernández Ortega", con el agregado de que se trata de una mujer víctima de violencia de género y sexual en una situación de vulnerabilidad doblemente agravada, derivada de su condición de *mujer, indígena y menor de edad*.

e) Violencia sexual contra mujeres privadas de la libertad como uso simbólico de humillación. Abuso de poder

Los antecedentes del caso "Castro Castro" ya fueron expuestos en forma precedente.[814] Solo se agrega, desde este punto de análisis, que la Corte tuvo en consideración que algunos actos de violencia fueron dirigidos exclusivamente hacia las mujeres (por su mera condición de tal) y otros las afectaron de manera diferente (en mayor proporción) que a los hombres. Asimismo, destaca que los actos de violencia sexual, tal como fuera reconocido por diversos órganos peruanos e internacionales, en muchas ocasiones son utilizados como "un medio simbólico para humillar a la parte contraria".[815] La violencia sexual contra las mujeres se utiliza como medio de castigo, y para enviar una suerte de mensaje o lección,[816] dado que los actos

---

[813] Corte IDH, caso "Rosendo Cantú", 2010, párr. 93.
[814] Ver punto 1, inciso a) de este mismo capítulo.
[815] Corte IDH, caso "Castro Castro", 2006, párr. 223. Respecto del "uso simbólico", ver también caso "de la Masacre de las Dos Erres", 2009, párr. 139. En este mismo precedente (Masacre de las Dos Erres), la Corte se expide respecto de las medidas de diligencia efectiva para erradicar la violencia contra la mujer, reiterando que la falta de investigación de hechos graves, como lo es la violencia sexual (en la especie, durante conflictos armados y/o patrones sistemáticos de violencia), constituye una violación a las obligaciones del Estado, a la luz de la CADH y de la Convención de Belém do Pará. (Corte IDH, caso "Masacre Dos Erres", 2009, párr. 140).
[816] Corte IDH, caso "Castro Castro", 2006, párr. 224.

fueron cometidos por agentes del Estado, a mujeres indefensas y privadas de la libertad.[817] Ante ello, "la Corte reconoce que la violación sexual de una detenida por un agente del Estado es un acto especialmente grave y reprobable, tomando en cuenta la vulnerabilidad de la víctima y el abuso de poder que despliega el agente."[818]

> La Relatora Especial de la ONU para la Violencia contra las Mujeres ha establecido, refiriéndose a la violencia contra las mujeres en el contexto de un conflicto armado, que la "[l]a agresión sexual a menudo se considera y practica como medio para humillar al adversario" y que "las violaciones sexuales son usadas por ambas partes como un acto simbólico". Este Tribunal reconoce que la violencia sexual contra la mujer tiene consecuencias físicas, emocionales y psicológicas devastadoras para ellas, que se ven agravadas en los casos de mujeres detenidas.[819]

Asimismo, el acto grave y abusivo por parte del agente estatal sobre una mujer detenida habilita la aplicación del artículo 2 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.[820] En tal sentido, la Corte entiende que la "inspección" vaginal dactilar se constituye como un supuesto de violación sexual que, en razón de sus efectos, se traduce en un acto de tortura. En consecuencia, se impuso una condena al Estado peruano fundada en la violación del artículo citado, en función del artículo 5.2 de la CADH.[821]

---

[817] Corte IDH, caso "Castro Castro", 2006, párr. 307.
[818] Corte IDH, caso "Castro Castro", 2006, párr. 311.
[819] Corte IDH, caso "Castro Castro", 2006, párr. 313.
[820] "Para los efectos de la presente Convención se entenderá por tortura todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena, o con cualquier otro fin. Se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica.
No estarán comprendidos en el concepto de tortura las penas o sufrimientos físicos o mentales que sean únicamente consecuencia de medidas legales o inherentes a éstas, siempre que no incluyan la realización de los actos de aplicación de los métodos a que se refiere el presente artículo." (artículo 2 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura).
[821] Corte IDH, caso "Castro Castro", 2006, párr. 312. El haber forzado a las internas a permanecer desnudas en el hospital, vigiladas por hombres armados, en el estado precario de salud en que se encontraban, constituyó violencia sexual en los términos antes descritos, que les produjo constante temor ante la posibilidad de que dicha violencia se extremara aún más por parte de los agentes de seguridad, todo lo cual les ocasionó grave sufrimiento psicológico y moral, que se añade al sufrimiento físico que ya estaban padeciendo a causa de sus heridas. Dichos actos de violencia sexual atentaron directamente contra la dignidad de esas mujeres. El Estado es responsable por la violación del derecho a la integridad personal consagrado en el artículo 5.2 de la Convención Americana, en perjuicio de las seis internas que sufrieron esos tratos crueles […]. Por otra parte, en el presente caso se ha probado que una interna que fue trasladada al Hospital de la Sanidad de la Policía fue objeto de una "inspección" vaginal dactilar, realizada por varias personas encapuchadas a la vez, con suma brusquedad, bajo el pretexto de revisarla […]. (Corte IDH, caso "Castro Castro", 2006, párr. 308 y 309).

Es importante remarcar el criterio de violación sexual que adopta la Corte, que no se limita a la relación sexual sin consentimiento.

> Siguiendo el criterio jurisprudencial y normativo que impera tanto en el ámbito del derecho Penal Internacional como en el derecho Penal comparado, el Tribunal considera que la violación sexual no implica necesariamente una relación sexual sin consentimiento, por vía vaginal, como se consideró tradicionalmente. Por violación sexual también debe entenderse actos de penetración vaginales o anales, sin consentimiento de la víctima, mediante la utilización de otras partes del cuerpo del agresor u objetos, así como la penetración bucal mediante el miembro viril.[822]

En este contexto generalizado de violencia, donde la violencia sexual es una modalidad inserta en la violencia de género, debe ser valorada también la falta de atención de las necesidades elementales de las mujeres, fisiológicas y de comunicación, a quienes les negaron "materiales de aseo personal, como jabón, papel higiénico, toallas sanitarias y ropa íntima para cambiarse; desatención de las necesidades de salud pre y postnatal; prohibición de dialogar entre sí, leer, estudiar y realizar trabajos manuales…"[823] Sumado a ello, a algunas mujeres no se les permitió comunicarse con sus hijas, lo que les ocasionó un padecimiento psicológico adicional. La maternidad y la comunicación deben ser tenidas en miras a fin de evitar un padecimiento psicológico.[824]

---

[822] Corte IDH, caso "Castro Castro", 2006, párr. 310.
En sentido similar, ver Corte IDH, caso "Fernández Ortega", 2010, párr. 119. "La Corte, siguiendo la jurisprudencia internacional y tomando en cuenta lo dispuesto en dicha Convención, ha considerado anteriormente que la violencia sexual se configura con acciones de naturaleza sexual que se cometen contra una persona sin su consentimiento, que además de comprender la invasión física del cuerpo humano, pueden incluir actos que no involucren penetración o incluso contacto físico alguno. En particular, la violación sexual constituye una forma paradigmática de violencia contra las mujeres cuyas consecuencias, incluso, trascienden a la persona de la víctima."
En igual sentido, ver caso "Rosendo Cantú", 2010, párr. 109.

[823] Corte IDH, caso "Castro Castro", 2006, párr. 319.

[824] "La incomunicación severa tuvo efectos particulares en las internas madres. Diversos órganos internacionales han enfatizado la obligación de los Estados de tomar en consideración la atención especial que deben recibir las mujeres por razones de maternidad, lo cual implica, entre otras medidas, asegurar que se lleven a cabo visitas apropiadas entre madre e hijo. La imposibilidad de comunicarse con sus hijos ocasionó un sufrimiento psicológico adicional a las internas madres." (Corte IDH, caso "Castro Castro", 2006, párr. 330.)
En el párrafo siguiente, la Corte IDH, siguiendo la recomendación del Comité Internacional de la Cruz Roja, establece que el Estado debe asegurar "las condiciones sanitarias [en los centros de detención] sean adecuadas para mantener la higiene y la salud [de las prisioneras], permitiéndoles acceso regular a retretes y permitiéndoles que se bañen y que limpien su ropa regularmente". (Corte IDH, caso "Castro Castro", párr. 331 y cfr. *Cfr. International Committee of the Red Cross. Women Facing War: ICRC Study on the Impact of Armed Conflict on Women*, 2001, sec. III, ref. 0798 y disponible a http://www.icrc.org).

Por último, interesa destacar de este caso el estatus que se le otorga a la Convención Belém do Pará. En su voto razonado, el magistrado Sergio García Ramírez resalta también la importancia del *corpus iuris* construido en materia de derechos humanos, en el cual la Convención Belem do Pará complementa la CADH, constituyéndose en una suerte de Constitución específica de los derechos de las mujeres.[825] De ello resulta que los derechos y libertades de las mujeres no solo deben ser sostenidos desde la perspectiva que comparten con los varones (la de los derechos generales), sino que, además, deben vincularse con aquellos derechos específicos, los que se relacionan en forma directa y exclusiva con su condición de mujeres. Esta decisión permite y justifica la adopción de medidas especiales derivadas de sus características propias (a modo de ejemplo, y en lo que aquí interesa para el AGS, las vinculadas a las etapas previa y posterior al parto), como aquellas otras que tengan por finalidad restablecer, introducir o favorecer la igualación real con los varones. En particular, en aquellos ámbitos en los que se encuentran en situaciones desfavorables frente a los varones, por razones culturales, económicas, políticas, religiosas, etcétera.[826]

A modo de *recapitulación de estándares relevantes*, de lo dicho se desprende que la violencia sexual perpetrada contra mujeres privadas de la libertad tiene un carácter simbólico, representa un abuso de poder por parte del agente estatal y se la considera un supuesto especialmente grave. El tribunal reconoce que les provoca consecuencias físicas, emocionales y psicológicas devastadoras, donde la detención se erige como agravante.[827] A la vez, constituye un supuesto de tortura, conforme el marco convencional. Al contexto se le agregan otras agravantes de valoración jurídica: la falta de condiciones de higiene y cuidado básicas y la incomunicación de la que también fueron víctimas cuando estaban detenidas.

Asimismo, se recepta el concepto de igualación, que parte de reconocer que la realidad muestra una situación de desigualdad, de marginación, de vulnerabilidad, de debilidad, de las mujeres y justifica la adopción de medidas positivas para colocarlas

---

[825] "[…] A partir de 1969 se ha construido, gradualmente, un *corpus juris* hemisférico sobre derechos humanos, que hoy abarca sendos protocolos y tratados, entre los que figura la aludida Convención de Belém do Pará, una suerte de "carta magna específica" de los derechos de la mujer -o mejor: de las mujeres- que constituye capítulo separado y sustancial en el *corpus juris* pleno que constituye el estatuto del ser humano contemporáneo, apoyado en el doble cimiento que le proporcionan el orden de los derechos humanos a escala mundial y el orden de la misma especialidad en la dimensión continental." (Corte IDH, caso Castro Castro, 2006, párr. 5 del voto razonado del juez Sergio García Ramírez).
[826] Corte IDH, caso Castro Castro, 2006, párr. 10 del voto razonado del juez Sergio García Ramírez.
[827] Corte IDH, caso "Castro Castro", 2006, párr. 313.

en posición de ejercer sus derechos.[828] Así es que las razones interpretativas, que se encuentran en el principio *pro personae* que contiene el artículo 29 de la CADH, en especial el inciso b),[829] incorporan la Convención Belém do Pará, que pasa a integrar el *corpus iuris* internacional. Como se anticipó, el fallo impone una lectura conjunta de la CADH, que contiene el catálogo de derechos y garantías generales, y la Convención de Belén do Pará, donde se encuentran los deberes estatales específicos, que corresponden a los derechos de las mujeres (la Constitución de las mujeres). Esta visión protectora de la CADH complementada por la Convención Belén do Pará justifica, a su vez, la tutela efectiva, derivada de la interpretación armónica de la fuente internacional. El argumento tiene una importancia sustancial, pues contrarresta cualquier otro que pretenda quitar jurisdicción a la Corte IDH, respecto de la aplicación de la Convención Belém do Pará.[830]

f) La violencia sexual y su prueba[831]

Durante el período comprendido entre los años ochenta hasta finales del año 2000, Perú vivió un contexto de violencia terrorista generalizada, con la consecuente violación de derechos humanos derivado del conflicto entre grupos armados y agentes

---

[828] "En pronunciamientos acerca de la igualdad ante la ley y otros puntos aledaños, la Corte ha dejado claramente establecido que el principio de igualdad y no discriminación no sufre lesión o merma cuando se brinda trato diferente a personas cuya situación lo justifica, precisamente para colocarlas en posición de ejercer verdaderamente los derechos y aprovechar auténticamente las garantías que la ley reconoce a todas las personas. La desigualdad real, la marginación, la vulnerabilidad, la debilidad deben ser compensadas con medidas razonables y suficientes que generen o auspicien, en la mayor medida posible, condiciones de igualdad y ahuyenten la discriminación. El principio de juridicidad -que tiene raíz en el trato igual para todos- no sólo no excluye, sino reclama, la admisión -más todavía: la exigencia- de una especificidad que alimente ese trato igualitario y evite el naufragio al que frecuentemente se halla expuesto." (Corte IDH, caso Castro Castro, 2006, párr. 11 del voto razonado del juez Sergio García Ramírez).

[829] Artículo 29 CADH: "Normas de Interpretación. Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: […] b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;"

[830] El voto razonado lo expone de la siguiente manera: "El artículo 12 de la Convención de Belém do Pará atribuye a la Comisión el conocimiento de denuncias o quejas por violación del artículo 7 del propio instrumento. Con ello se abre la puerta para la presentación de peticiones individuales por este concepto, conforme a las disposiciones de la CADH y del Estatuto y el Reglamento de la Comisión. Es razonable -y consecuente con el sistema general de tutela de los derechos humanos- entender que la aplicación de estos ordenamientos rige todos los extremos del procedimiento que se sigue ante la Comisión, que puede agotarse dentro de esta misma instancia o avanzar hacia una segunda etapa de la tutela internacional, que se desarrolla ante la Corte, cuando la Comisión así lo determina, atenta a las disposiciones de la CADH (artículos 51 y 61.1), de su Estatuto (artículo 23) y Reglamento (artículos 26 y siguientes, destacadamente el 44)" (Corte IDH, caso Castro Castro, 2006, párr. 31 del voto razonado del juez Sergio García Ramírez).

[831] Corte IDH, caso "J. vs. Perú", 2013.

de las fuerzas policiales y militares. En ese contexto, en 1992, la DINCOTE (Dirección Nacional Contra el Terrorismo) consideró que la publicación "El Diario" formaba parte del Partido Comunista del Perú, Sendero Luminoso. En consecuencia, realizó detenciones e intervenciones contra personas vinculadas con dicha revista. En el contexto del "Operativo Moyano", la Dirección estatal intervino inmuebles, entre los que se encontraba el de los padres de la señora J., por entender que allí habitaban personas pertenecientes al grupo terrorista "Sendero luminoso". Se detuvo a la señora J., y se la trasladó a la unidad policial de la DINCOTE. Durante la detención, los agentes estatales incurrieron en actos de tortura y tratos crueles inhumanos y degradantes, incluyendo la violación sexual de la señora J. El traslado a la DINCOTE importó la privación de libertad sin control judicial, respecto del cual se alegó vulneración al debido proceso, y al principio de legalidad e irretroactividad, agregándose condiciones inhumanas de detención durante 17 días.

Para la Corte IDH, la ausencia de señales físicas no significa que la mujer no haya sufrido malos tratos, pues es frecuente que dichos actos de violencia no dejen marcas o cicatrices permanentes. Una situación similar se verifica en los casos de violencia y violación sexual, "en los cuales no necesariamente se verá reflejada la ocurrencia de los mismo en un examen médico, ya que no todos los casos de violencia y/o violación sexual ocasionan lesiones físicas o enfermedades verificables a través de un examen médico."[832] En este mismo precedente, la Corte ratifica el criterio que indica que la violencia sexual se configura con actos o acciones de naturaleza sexual, "que se cometen en una persona sin su consentimiento, que además de comprender la invasión física del cuerpo humano, pueden incluir actos que no involucren penetración o incluso contacto físico alguno."[833]

De acuerdo con sentencias anteriores de la propia Corte, la declaración de la señora J. (víctima) fue valorada especialmente a los fines de determinar la responsabilidad del Estado.

> En el presente caso, la Corte ya estableció que la señora J. fue "manoseada" sexualmente al momento de su detención por un agente estatal de sexo masculino teniendo en cuenta: (1) las declaraciones de la señora J. rendidas ante las autoridades internas; (2) la similitud de lo descrito por la señora J. y el contexto de violencia sexual verificado por la CVR en la época de los hechos; (3) las

[832] Corte IDH, caso "J. vs. Perú", 2013, párr. 329.
[833] Corte IDH, caso "J. vs. Perú", 2013, párr. 358 y 359.

> dificultades probatorias propias de este tipo de hechos; (4) la presunción de veracidad que debe otorgarse a este tipo de denuncias, la cual puede ser desvirtuada a través de una serie de diligencias, investigaciones y garantías que no fueron otorgadas en el presente caso, donde no fue presentada prueba en contrario, ya que (5) existen ciertas inconsistencias en la declaración de la fiscal del Ministerio Público; (6) el examen médico no contradice lo señalado por la señora J., y (7) el Estado no ha iniciado una investigación sobre estos hechos. La Corte considera que este acto implicó la invasión física del cuerpo de la señora J. y al involucrar el área genital de la presunta víctima significó que el mismo fuera de naturaleza sexual. Asimismo, las circunstancias en las que se produjeron los hechos eliminan cualquier posibilidad de que hubiese habido consentimiento. Por tanto, este Tribunal considera que el "manoseo" del cual fue víctima la señora J. constituyó un acto de violencia sexual. Si bien las víctimas de violencia sexual tienden a utilizar términos poco específicos al momento de realizar sus declaraciones y no explicar gráficamente las particularidades anatómicas de lo sucedido (supra párr. 347), este Tribunal considera que a partir de las declaraciones de la presunta víctima que constan en el expediente del presente caso no es posible determinar si dicha violencia sexual además constituyó una violación sexual en los términos señalados anteriormente (supra párr. 359).[834]

Se recuerdan precedentes en que la Corte IDH falló en el mismo sentido. En tanto la violación sexual se caracteriza por realizarse en ausencia de terceras personas, que no sean el agresor (o los agresores) y la víctima, la declaración de esta última debe ser valorada como prueba fundamental del hecho, pues no es razonable esperar la existencia de pruebas documentales.[835]

El tribunal ratifica conceptos ya estudiados, en el sentido de considerar a la violencia sexual de una mujer detenida, como un acto grave y reprobable, en razón del estado de vulnerabilidad de la víctima y de la ostentación y abuso de poder del agente.[836] Cualquier uso de la fuerza que no sea "estrictamente necesario por el propio

---

[834] Corte IDH, caso "J. vs. Perú", 2013, párr. 360.
[835] Corte IDH, caso "Fernández Ortega", 2010, párr. 100. En igual sentido, Corte IDH, caso "J. vs. Perú", 2013, párr. 323; Corte IDH, caso "Espinoza González", 2014, párr. 150.
[836] Corte IDH, caso "J. vs. Perú", 2013, párr. 361.
En el caso "Espinoza González", por su parte, se destaca que la violencia sexual contra la señora Espinoza, en tanto práctica generalizada que incluyó actos de violación y violencia sexuales, es una forma especial de discriminación. La señora Espinoza fue utilizada, como mujer, "a fin de obtener información de su compañero sentimental y humillar e intimidar a ambos. Estos actos confirman que los agentes estatales utilizaron la violencia sexual y la amenaza de violencia sexual en contra de Gladys Carol Espinoza Gonzáles como estrategia en la lucha contra el mencionado grupo subversivo […]" (Corte IDH, caso "Espinoza González", 2014, párr. 229).

comportamiento de la persona detenida constituye un atentado a la dignidad humana, en violación del artículo 5 de la Convención Americana."[837]

Asimismo, considera que la violación del derecho a la integridad personal, física y psíquica de las personas (art. 5 CADH) admite grados comprendidos entre la tortura y cualquier otro tipo de vejámenes o tratos crueles, inhumanos o degradantes (en los términos de la CADH). Las secuelas, físicas y psíquicas, tendrán diferente intensidad "según factores endógenos y exógenos de la persona (duración de los tratos, edad, sexo, salud, contexto, vulnerabilidad, entre otros) que deberán ser analizados en cada situación concreta."[838]

Finalmente ratifica cuáles son los requisitos que debe contener un acto para ser considerado "tortura", a la luz de la CADH: acto intencional, que cause severos sufrimientos físicos o mentales y que tenga un fin.[839]

A modo de *recapitulación de estándares relevantes*, lo resuelto en materia de prueba tiene importancia en razón del especial ámbito de producción de la violencia

---

[837] Corte IDH, caso "J. vs. Perú", 2013, párr. 363.

[838] Corte IDH, caso "J. vs. Perú", 2013, párr. 362.
En el caso "Espinoza González vs. Perú" (Corte IDH, caso "Espinoza González", 2014), la Corte considera que la práctica discriminatoria de violencia y violación sexual contra las mujeres constituye violencia de género, pues afecta a las mujeres por el solo hecho de serlo (Corte IDH, caso "Espinoza González", 2014, párr. 225). Asimismo, en el mismo precedente y vinculado a la situación de desnudez de la víctima, el tribunal la califica como una forma de violencia sexual. En este sentido, se sostuvo que "someter a mujeres a la desnudez forzosa mientras éstas eran constantemente observadas por hombres armados, quienes aparentemente eran miembros de las fuerzas de seguridad del Estado, constituyó violencia sexual. (Corte IDH, caso "Espinoza González", 2014, párr. 191).

[839] Corte IDH, caso "J. vs. Perú", 2013, párr. 364.
"La Corte recuerda que al momento de la detención inicial a la señora J. le vendaron los ojos, fue golpeada, manoseada sexualmente y que tras salir del inmueble de la calle Las Esmeraldas no fue llevada directamente a la DINCOTE, sino que estuvo en un automóvil por un tiempo indeterminado mientras posiblemente se realizaban registros de otros inmuebles, tiempo durante el cual fue amenazada […] Al analizar dichos hechos es necesario tomar en cuenta que, al haber estado vendada, la señora J. debió haber estado desorientada lo cual probablemente aumentó su grado de angustia y terror sobre lo que podría suceder. Estos sentimientos se intensificaron cuando la señora J. fue conducida por algún tiempo sin destino conocido, cuando es presumible que fue amenazada por funcionarios policiales […], sin ningún tipo de garantía legal. Dentro de este contexto, al haber sido detenida mediante la fuerza, y tras haber sido víctima de una violencia sexual, para la señora J. existía un riesgo real e inmediato de que dichas amenazas se concretasen. Esto además es respaldado por el contexto existente al momento de los hechos." (Corte IDH, caso "J. vs. Perú", 2013, párr. 365).
Por su parte, en el caso "Espinoza González" se sostuvo, con relación a los "manoseos" y el intento de forzarla a tener sexo oral, que tales actos implicaron la invasión física del cuerpo de la señora Gladys Espinoza, tomando en cuenta que las víctimas de violencia sexual tienden a utilizar términos poco específicos al momento de realizar sus declaraciones y no explicar gráficamente las particularidades anatómicas de lo sucedido. Al respecto, la CVR señaló que "[e]s común que las declarantes utilicen términos confusos o 'propios' al momento de describir los actos de violencia sexual a que fueron sometidas" y específicamente se refirió a la utilización del término "manoseos" como una de las formas como las víctimas describían actos de violencia sexual. Igualmente, la Corte estableció que, durante el período mencionado, la señora Espinoza sufrió penetración vaginal y anal con manos y, en este último caso, también con un objeto (supra párr. 159), los cuales constituyeron actos de violación sexual. (Corte IDH, caso "Espinoza González", 2014, párr. 194).

de género y sexual. No es posible exigir señas físicas advertibles mediante un estudio médico, ni tampoco prueba indubitable en el sentido tradicional del derecho procesal, lo que otorga relevancia a la declaración de la propia víctima, que merece atención preferente. Este estándar debe ser examinado en el contexto de vulnerabilidad doblemente agravado derivado del género y de la privación de la libertad, lo que implica asumir el postulado de que la víctima estaba inmersa en un estado de indefensión completo.

g) Violencia contra mujeres privadas de la libertad y embarazadas[840]

Los hechos del caso "Gelman" sucedieron en el marco de operaciones militares clandestinas llevadas a cabo en forma conjunta por las fuerzas armadas de Argentina y Uruguay. El accionar ilegal, conocido como "Plan Cóndor", incluyó la sustracción, supresión o sustitución de identidad y apropiación ilícita de niños y niñas. A tal fin, los militares detenían a las mujeres embarazadas, las mantenían vivas hasta el parto y, en numerosos casos, los niños y niñas nacidos en cautiverio eran entregados a familias de militares o policías o de terceros. Muchas mujeres desaparecieron después del nacimiento, y otras fueron ejecutadas.

El 24 de agosto de 1976, un grupo de militares argentinos y uruguayos detuvieron a María Claudia García Iruretagoyena Casinelli, de nacionalidad argentina, y a su esposo Marcelo Ariel Gelman Schubaroff, junto con otros familiares y amigos. Al momento de la privación de su libertad, María Claudia tenía 19 años y cursaba un embarazo de 7 meses. Los militares los trasladaron al centro de detención y tortura clandestino "Automotores Orletti", en Buenos Aires. Días más tarde, la pareja fue separada. En octubre de 1976, trasladaron en forma clandestina a María Claudia a Montevideo; quedando alojada en la sede del Servicio de Información de Defensa del Uruguay ("SID"). Luego, se produjo un nuevo traslado hacia el Hospital Militar, donde dio a luz a una niña. Su hija recién nacida fue sustraída y entregada ilícitamente a un policía uruguayo y a su esposa, quienes la registraron como hija propia con el nombre de María Macarena Tauriño Vivian.[841]

La Corte considera que los actos realizados contra María Claudia García son expresiones de más graves y reprochables formas de violencia contra la mujer.

> […] Los hechos le causaron daños y sufrimientos físicos y psicológicos que, por los sentimientos de grave angustia, desesperación y miedo que pudo experimentar

[840] Corte IDH, caso "Gelman", 2011.
[841] Corte IDH, caso "Gelman", 2011, hechos obtenidos del resumen oficial de la causa.

> al permanecer con su hija en un centro clandestino de detención, donde usualmente se escuchaban las torturas infligidas a otros detenidos en el SID, y no saber cuál sería el destino de ella cuando fueron separadas, así como haber podido prever su fatal destino, constituyen una afectación de tal magnitud que debe ser calificada como la más grave forma de vulneración de su integridad psíquica.[842]

En este caso, valora la condición especial de vulnerabilidad en la que se encuentra una mujer embarazada, lo cual implica una afectación diferenciada a su dignidad. Al caso se agrega, además de ser separada de su esposo, el traslado a Uruguay sin destino conocido, circunstancia que, en sí misma, constituye un trato cruel e inhumano. En el centro clandestino fue aislada del resto de las personas detenidas, con la finalidad de facilitar su desaparición forzada luego del parto, lo que finalmente ocurrió (a la niña nacida, como se anticipó, la apartaron de su madre, le sustituyeron la identidad y la entregaron a otra familia).

Es decir, el cuerpo de la mujer se instrumentalizó, en el contexto propiciado por las desapariciones de mujeres embarazadas y apropiaciones ilícitas de niños y niñas de la Operación Cóndor. En palabras textuales del tribunal: "Los hechos del caso revelan una particular concepción del cuerpo de la mujer que atenta contra su libre maternidad, lo que forma parte esencial del libre desarrollo de la personalidad de las mujeres."[843]

A modo de *recapitulación de estándares relevantes*, parece difícil imaginar una situación de mayor vulnerabilidad que la de María Claudia García: detenida en forma clandestina, embarazada, separada de su pareja y trasladada sin información.

El caso ratifica de los siguientes estándares de valoración: (i) la vulnerabilidad en razón de género, (ii) la vulnerabilidad de género agravada (mujer detenida –lo mismo sucede con el estándar de la mujer indígena–) y (iii) la vulnerabilidad de género doblemente agravada (mujer detenida y embarazada –lo mismo sucede con el estándar de la mujer indígena y menor de edad–).

h) Violencia sexual de mujeres en situación de desplazamientos armados.

Los hechos se vinculan con las cinco masacres perpetradas en contra de los miembros de la comunidad de Río Negro,[844] que fueron ejecutadas por el Ejército de Guatemala y por los miembros de las Patrullas de Autodefensa Civil, entre los años 1980 y 1982. También, con la persecución y eliminación de sus miembros, y las

[842] Corte IDH, caso "Gelman", 2011, párr. 98.
[843] Corte IDH, caso "Gelman", 2011, párr. 97.
[844] Corte IDH, caso "Masacres Río Negro", 2012.

posteriores violaciones de derechos humanos en contra de los sobrevivientes, incluida la falta de investigación de los hechos. Durante el conflicto armado y desplazamiento de la comunidad, las mujeres fueron particularmente seleccionadas como víctimas de violencia sexual[845] (violaciones masivas, indiscriminadas y públicas, muerte de mujeres embarazadas, inducción de abortos), cuyo fin era el de destruir su dignidad. El análisis sociológico y antropológico no puede excluirse, pues en las comunidades mayas "las violaciones masivas tenían un efecto simbólico, ya que las mujeres mayas tienen a su cargo la reproducción social del grupo [… y] personifican los valores que deben ser reproducidos en la comunidad".[846]

Como aporte a la *recapitulación de estándares relevantes*, el análisis de este caso puede efectuarse en forma conjunta con otros similares, en tanto se refiere a las consecuencias sobre comunidades rurales desplazadas (casos "Masacre de Mapiripán vs. Colombia"[847]; Matanzas de Ituango vs. Colombia"[848] y "Masacres de El Mozote vs. El Salvador"[849]). Se destaca, además de la vulnerabilidad específica agravada derivada de la condición de mujeres indígenas y desplazadas, la percepción especial de éstas con relación a la función reproductiva, dada su pertenencia a una comunidad indígena determinada. Rescata el deber del intérprete jurídico de incorporar herramientas de otras ciencias o disciplinas, pues cualquier análisis vinculado a la dignidad humana de estas mujeres sería incompleto si se desatiende su particular concepción y percepción social.

i) Revictimización de mujeres mayores de edad

Dos incursiones policiales en la Favela Nova Brasilia,[850] en la ciudad de Río de Janeiro, en 1994 y 1995, derivaron en el homicidio de 26 hombres y la violencia sexual contra tres mujeres. La Corte declara que dichas violaciones a la Convención Americana sobre derechos Humanos perjudicaron a 74 familiares, de las 26 personas

---

[845] "Así, durante y de modo previo a las mencionadas masacres u "operaciones de tierra arrasada", miembros de las fuerzas de seguridad del Estado perpetraron violaciones sexuales masivas o indiscriminadas y públicas, acompañadas en ocasiones de la muerte de mujeres embarazadas y de la inducción de abortos. Esta práctica estaba dirigida a destruir la dignidad de la mujer a nivel cultural, social, familiar e individual. Además, cabe señalar que según la CEH[845], cuando eran perpetradas en contra de comunidades mayas, "las violaciones masivas tenían un efecto simbólico, ya que las mujeres mayas tienen a su cargo la reproducción social del grupo [… y] personifican los valores que deben ser reproducidos en la comunidad" (Corte IDH, caso "Masacres Río Negro", 2012, párr. 59).
[846] Corte IDH, caso "Masacres de Río Negro", 2012, párr. 59.
[847] Corte IDH, caso "Masacre de Mapiripán", 2005.
[848] Corte IDH, caso "Masacres de Ituango", 2006.
[849] Corte IDH, caso "Masacres de El Mozote", 2012.
[850] Corte IDH, caso "Favela Nova Brasilia", 2017.

muertas por la Policía Civil de Río de Janeiro el 18 de octubre de 1994 y el 8 de mayo de 1995, y de las tres mujeres víctimas de violación sexual, durante el operativo de 1994. Se pronuncia por la responsabilidad internacional del Estado Brasileño por la violación del derecho a las garantías judiciales de independencia e imparcialidad de la investigación, por la falta de la debida diligencia, en un plazo razonable, y consecuente vulneración del derecho a la protección judicial y a la integridad personal.

El tribunal conceptualiza el contenido de la valoración que debe hacerse en el momento de analizar la violación del derecho a la integridad física y psíquica de las personas (art. 5 CADH).

En primer término, ratifica el criterio de la variabilidad de la afectación, conforme los factores endógenos y exógenos y las características propias de cada persona (duración del maltrato, edad, sexo, salud, contexto, situación de vulnerabilidad). La evaluación debe hacerse en cada situación concreta.[851]

Además, reafirma el estándar que cualquier uso de la fuerza que no sea estrictamente necesario constituye un atentado a la dignidad humana.[852] En tal sentido, resulta claro que la violación sexual no admite ninguna justificación posible en el sistema de valores que sustentan los derechos humanos, de lo que se deriva la consecuente infracción al art. 5 de la CADH. Reitera lo sostenido en numerosos precedentes: la violación sexual es una forma de tortura. Por lo tanto, los Estados cargan con una obligación reforzada de investigar con diligencia, conforme lo disponen "los artículos 1, 6 y 8 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, que obligan al Estado a "toma[r] medidas efectivas para prevenir y sancionar la tortura en el ámbito de su jurisdicción", así como a "prevenir y sancionar […] otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes".[853]

El contenido de esta obligación estatal "reforzada" de investigar con diligencia, reconocida por la Corte IDH en casos de violencia contra la mujer, está bien sistematizado.

> […] Entre otros, en una investigación penal por violencia sexual es necesario que: i) la declaración de la víctima se realice en un ambiente cómodo y seguro, que le brinde privacidad y confianza; ii) la declaración de la víctima se registre de forma tal que se evite o limite la necesidad de su repetición; iii) se brinde atención

[851] Corte IDH, caso "Favela Nova Brasilia", 2017, párr. 250.
[852] Corte IDH, caso "Favela Nova Brasilia", 2017, párr. 251.
[853] Corte IDH, caso "Favela Nova Brasilia", 2017, párr. 252.

> médica, sanitaria y psicológica a la víctima, tanto de emergencia como de forma continuada si así se requiere, mediante un protocolo de atención cuyo objetivo sea reducir las consecuencias de la violación; iv) se realice inmediatamente un examen médico y psicológico completo y detallado por personal idóneo y capacitado, en lo posible del sexo que la víctima indique, ofreciéndole que sea acompañada por alguien de su confianza si así lo desea; v) se documenten y coordinen los actos investigativos y se maneje diligentemente la prueba, tomando muestras suficientes, realizando estudios para determinar la posible autoría del hecho, asegurando otras pruebas como la ropa de la víctima, investigando de forma inmediata el lugar de los hechos y garantizando la correcta cadena de custodia; vi) se brinde acceso a asistencia jurídica gratuita a la víctima durante todas las etapas del proceso, y vii) se brinde atención médica, sanitaria y psicológica a la víctima, tanto de emergencia como de forma continuada si así se requiere, mediante un protocolo de atención cuyo objetivo sea reducir las consecuencias de la violación. Asimismo, en casos de supuestos actos de violencia contra la mujer, la investigación penal debe incluir una perspectiva de género y realizarse por funcionarios capacitados en casos similares y en atención a víctimas de discriminación y violencia por razón de género.[854]

A modo de *recapitulación de estándares relevantes*, la Corte destaca la sistematización de las conductas esperables en una investigación estatal por violencia sexual, que no solo contiene una visión con perspectiva de género, sino que, además, exige la actuación y formación de funcionarios capacitados en esa área de conocimiento.

Es razonable que así sea, si se tiene en miras evitar la revictimización de la persona víctima de violencia de género.

j) Abuso sexual de niñas y adolescentes[855]

Los hechos se refieren al abuso sexual sufrido por una niña de 9 años. El 16 de octubre de 2001, la señora V.P.C. llevó a su hija V.R.P. a una consulta médica privada. Luego del examen clínico se le tomó una muestra para biopsia (bajo anestesia). El resultado mostró que la niña presentaba ruptura del himen y condilomas en la región perianal, indicativo de enfermedad venérea. Debido al cuadro clínico, el médico la derivó a especialista (médico gineco-obstetra), quien confirmó el diagnóstico. Ambos

[854] Corte IDH, caso "Favela Nova Brasilia", 2017, párr. 254.
[855] Corte IDH, caso "V.R.P., V.P.C.", 2018.

médicos concluyeron que, conforme a los hallazgos, V.R.P. era víctima de abuso sexual y había sufrido penetración anal.

Del relato efectuado por la niña surge que el autor del abuso sexual había sido su padre, entre septiembre y octubre del año anterior.

El tribunal analiza si Nicaragua actuó con la debida diligencia reforzada y si respetó el deber de no revictimización, en un proceso penal por violencia sexual en perjuicio de la niña. Asimismo, si el Estado actuó con perspectiva de género y niñez y adoptó las medidas de protección especial requeridas para garantizar los derechos de V.R.P. durante la investigación y proceso penal.

Recuerda que la CADH impone a los Estados la obligación de fijar reglas tendientes a garantizar los recursos judiciales efectivos (artículo 25), que deben sustanciarse de conformidad con las del debido proceso legal (artículo 8.1), todo ello conforme a la obligación general de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención (artículo 1.1).[856]

En los casos de violencia contra la mujer, estas obligaciones se complementan y refuerzan con las estipuladas en la Convención de Belém do Pará que, en su artículo 7.b), obliga a los Estados a utilizar la debida diligencia para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer. Ello con independencia de quien cometa el acto lesivo (agente estatal o particular).[857]

En relación con los casos de violación y violencia sexual en contra mujeres adultas, la Corte ya tenía establecido criterios que los estados deben seguir en las investigaciones y procesos penales.[858] Tratándose de una violación y violencia sexual cometida contra una niña, sostiene ahora que los Estados deben adoptar, en el marco del acatamiento del artículo 19 de la CADH, "medidas particularizadas y especiales en casos donde la víctima es una niña, niño o adolescente, sobre todo ante la ocurrencia de un acto de violencia sexual y, más aún, en casos de violación sexual."[859] Ello en razón a su mayor vulnerabilidad.

---

[856] Corte IDH, caso "V.R.P., V.P.C.", 2018, p. 150.
[857] Corte IDH, caso "V.R.P., V.P.C.", 2018, p. 153.
[858] Corte IDH, caso "V.R.P., V.P.C.", 2018, p. 154. El detalle de los criterios expuestos por la Corte IDH ya fueron transcriptos en este mismo trabajo; ver *ut supra*, capítulo 13, b (Corte IDH, caso "Favela Nova Brasilia", 2017, párr. 254). En igual sentido ver Corte IDH, caso "Campo Algodonero", 2009, p. 455; Caso "Fernández Ortega", 2010, p. 194, 251 y 252 y caso "Espinoza Gonzáles", 2014, p. 242 y 252.
[859] Corte IDH, caso "V.R.P., V.P.C.", 2018, p. 155.

> En consecuencia, en el marco del presente caso, y a lo largo de la presente Sentencia, el Tribunal analizará las presuntas violaciones a derechos en perjuicio de una niña, no solo con base en los instrumentos internacionales de violencia contra la mujer, sino que también los examinará "a la luz del corpus juris internacional de protección de los niños y las niñas" (supra párr. 42), el cual debe servir para definir el contenido y los alcances de las obligaciones que ha asumido el Estado cuando se analizan los derechos de las niñas, niños y adolescentes, y en el caso particular, de la obligación estatal reforzada de debida diligencia. Asimismo, la Corte dará aplicación concreta a los cuatro principios rectores de la Convención sobre los derechos del Niño, esto es el principio de no discriminación, el principio del interés superior de la niña, el principio de respeto al derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo, y el principio de respeto a la opinión de la niña en todo procedimiento que la afecte, de modo que se garantice su participación, en lo que resulte pertinente para identificar las medidas especiales que son requeridas para dotar de efectividad a los derechos de niñas, niños y adolescentes cuando son víctimas de delitos de violencia sexual.[860]

En el caso de las niñas, la vulnerabilidad frente a violaciones de derechos humanos está potenciada por factores de discriminación histórica que han contribuido a que "sufran mayores índices de violencia sexual, especialmente en la esfera familiar."[861]

Asimismo, pone de relieve que el examen médico debe ser efectuado por un profesional con conocimiento y experiencia en casos de violencia sexual contra niñas, quien debe buscar minimizar y evitar causarles un trauma adicional o revictimizarlas. Se recomienda que la víctima, o su representante legal, pueda elegir el sexo del profesional y que el examen esté a cargo de un especialista en ginecología infanto-juvenil, con formación específica para realizar los exámenes médicos forenses en casos de abuso y violación sexual.

Señala como requisito el consentimiento informado de la víctima –o de su representante legal– según su grado de madurez, tomando en cuenta el derecho de la niña a ser oída, la revisación en un lugar adecuado, y se respetará su derecho a la

[860] Corte IDH, caso "V.R.P., V.P.C.", 2018, p. 155. Los cuatro principios rectores de la Convención sobre los Derechos del Niño aludidos por la Corte IDH están regulados: a) el principio de no discriminación, en el art. 2; b) el principio del interés superior de la niña, en el art. 3.1; c) el principio de respeto al derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo, en el art. 6; y d) el principio de respeto a la opinión de la niña en todo procedimiento que la afecte, conforme grado de madurez, en el art. 12.
[861] Corte IDH, caso "V.R.P., V.P.C.", 2018, p. 156.

intimidad y privacidad, permitiendo la presencia de un acompañante de confianza de la víctima. No podrá ser interrogada en forma directa por el tribunal o las partes.[862]

A modo de *recapitulación de estándares relevantes*, se advierte que el Tribunal fija posición sobre la necesidad de una interpretación armónica e integral entre el derecho a ser oído, con la autonomía progresiva y la posibilidad de ser representado por un letrado especializado en niñez y adolescencia que represente su "voz propia". La asistencia debe ser gratuita y a cargo del Estado.[863]

Interesa destacar el énfasis que pone en evitar la revictimización, esto es, que los niños y niñas sean sometidos a más de una evaluación física.

3. A MODO DE CIERRE

El relevamiento de los precedentes de la Corte IDH cumple un doble objetivo.

Por un lado, mantiene visible la problemática de la discriminación con motivo de género, y sus consecuencias dolorosas más habituales (violencia sexual, violación sexual, trato degradante, entre otras acciones reprobables). Ello permite asumir una postura ética que rescata el derecho como fenómeno discursivo inserto en una práctica social, destinada a contribuir con herramientas concretas, que favorezcan la superación de la desigualdad estructural entre hombres y mujeres.

Por otro, integra el marco teórico fundamental de esta tesis, debido a que profundiza sobre el contenido posible del concepto de dignidad humana sobre el que vengo trabajando, enfocado según las especiales y plurales características de la región donde se inserta nuestro sistema constitucional-convencional. En él se reconocen las inestabilidades políticas y consecuentes persecuciones, las carencias económicas extremas, el analfabetismo u otras dificultades comunicacionales de similar efecto, abusos de poder, migraciones, comunidades indígenas, rurales o marginadas. La especial incidencia de estos factores sobre los derechos de las mujeres y su capacidad para la autonomía exige que la problemática sea tenida en cuenta, al momento de dotar de contenido a la dignidad humana de aquellas personas con capacidad para gestar.

---

[862] Corte IDH, caso "V.R.P., V.P.C.", 2018, p. 161 a 170. En la nota 231, la Corte destaca, entre otras, la utilización de la Cámara de Gesell en Argentina, incorporada al Código Procesal Penal con los artículos 250 bis y 250 ter mediante Ley 25.852, sancionada el 4 de diciembre de 2003, promulgada el 6 de enero de 2004. Asimismo, remite a "UNICEF y Asociación por los Derechos Civiles (ADC), Guía de buenas prácticas para el abordaje de niños/as adolescentes víctimas o testigos de abuso sexual y otros delitos, septiembre de 2013."

[863] Corte IDH, caso "V.R.P., V.P.C.", 2018, p. 161.

De los estudios realizados se rescata la progresiva consolidación de *estándares interpretativos*. Por ejemplo, aquellos que dan cuenta de las vulnerabilidades específicas y agravadas de diferentes grupos de mujeres (indígenas, desplazadas, menores de edad, privadas de la libertad, embarazadas, hospitalizadas, migrantes, residentes en zonas rurales). Y con ellos, por imperio del principio de no regresividad, la advertencia que ninguna legislación o interpretación debe implicar un retroceso sobre estos estándares.

Desde una perspectiva humanista,[864] la persistencia de patrones de discriminación adheridos al entramado social enciende una alarma, sobre la vulnerabilidad estructural en razón de género, de enorme actualidad y relevancia teórica y práctica. Todo ello en concordancia con la posición filosófica asumida en el comienzo del Capítulo.

Por último, se destaca el valor de la mirada transdisciplinaria que propone la Corte como paradigma. En efecto, la sociología favorece la comprensión de los roles y estereotipos en las distintas comunidades y en los estamentos que la componen. La antropología enseña el respeto que debe darse al traspaso de la cultura mediante la tradición oral, de la forma rural de producción, de la relación de determinados colectivos con la tierra, del mantenimiento de las tradiciones y la lengua, entre otras características propias de la cultura indígena omnipresente en la Región. La historia y la política contextualizan las situaciones de violencia institucional en distintos momentos dictatoriales de los gobiernos del continente. Los principios, fines y valores de las normas del *corpus iuris* internacional y la búsqueda del ideal de justicia recuerdan que la filosofía jurídica está más presente que nunca en los Estados de derecho constitucionales, al marcar su rumbo ético y la necesaria relectura de cuestiones vinculadas a las fuentes e interpretación del derecho. Y es en este último sentido, el de la interpretación jurídica en tanto material de análisis crítico, que se considera a la literatura como un aporte destacable en la construcción de enunciados metodológicos que contribuyen a una mejor comprensión de la propuesta.

Cuando éstos, además, provienen de una sentencia de la Corte IDH, cabe reconocerles a su vez un peso autoritativo que, si bien no es lo determinante desde el punto de vista argumental, sí tiene importancia valorativa. La relación de los hechos

[864] Se entiende a la humanidad como la necesaria convergencia de *ideal* de la ética e *idea* del Derecho (Mayer, 2015, p. 198).

del caso "Castro Castro" con los de la obra de Saramago son un ejemplo concreto de cómo funciona la relación "derecho *en* la literatura" (el caso *como sí* que otorga perspectiva y favorece una mirada empática). Lo mismo se puede sostener de *El cuento de la criada,* obra que abre el estudio de las violencias de género.

El "derecho *en* la literatura", como ya se dijo, no es ni pretende ser *él* método de conocimiento de los problemas jurídicos, sino tan solo un aporte más, predisponente y complementario de las herramientas que proporciona la propia ciencia jurídica. La representación literaria aporta a la jurídica algo más que la estética, propia de la intertextualidad; agrega una mirada empática y una perspectiva diferente para el intérprete. Y es ese interés en la lejanía lo que favorece un análisis crítico racional. El voto analizado de Cançado Trindade es un ejemplo de ello. El juez construye una visión de tiempo y derecho a partir de la maldad ficcional. Se trata de un discurso jurídico profundamente comprometido con lo humano. Ni la obra juzga ni el juez deja de hacerlo. Ahí radica la importancia de la propuesta transdisciplinaria. No es un dato menor que la articulación haya sucedido en el precedente de la Corte IDH, donde se aplicó por primera vez la Convención Belém do Pará y se impuso la perspectiva de género como guía y pauta hermenéutica.

En suma, lo expuesto en este capítulo trata de instalar el discurso de la dignidad de la persona humana, como idea y como ideal uniéndose en un mejor derecho.

CAPÍTULO V. PROPUESTA DE UN CONTENIDO CONCRETO Y ESPECIFICO DE LA DIGNIDAD HUMANA DE LA GESTANTE EN LA GESTACION POR SUSTITUCION

De lo visto hasta ahora se puede ratificar una premisa ya anticipada:[865] el único obstáculo para la aceptación y consecuente recepción legislativa de la GS es el argumento vinculado a la (probable) vulneración de la dignidad humana de la gestante.

De igual modo, se confirma el problema teórico de efectos prácticos, esto es, que la dignidad humana es un concepto difuso (carece de un contenido material), complejo, de vaguedad gradual y sistemática, textura abierta y carga emotiva. Y, como consecuencia inevitable de todo ello, también lo es la noción de dignidad humana de la gestante. Por lo tanto, mientras no se le asigne un contenido concreto y específico, resultará difícil obtener una conclusión satisfactoria (correcta) al interrogante planteado.

En miras a la determinación del contenido buscado, en la Capítulo III expuse las razones justificadas que indican la conveniencia de definir el tema con perspectiva bioética. Para ello he recurrido a estudios de ética normativa, pues en el fenómeno bioético, como en ninguna otra área del derecho, se visualiza la interrelación que existe entre derecho y moral. En este ámbito, las reflexiones expuestas respecto de las posiciones filosóficas morales clásicas se enriquecen y se complementan con la interpretación sistemática del derecho de los derechos humanos. En particular, cuando se las vinculan con las normas bioéticas específicas de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos. Así, por ejemplo, se destaca que tanto la filosofía moral individual de base kantiana como, incluso, algunos postulados relacionados con la ética de la especie habermasiana subyacen en los textos y en las diferentes cosmovisiones teóricas estudiadas.

De esta manera, nociones como capacidad para la autonomía, ideal de excelencia, respeto, autorrespeto, vulnerabilidad, voluntad, altruismo (buena voluntad), solidaridad, consentimiento informado, gradualismo, inviolabilidad, indisponibilidad, autocomprensión revisora, son centrales en la búsqueda de un sentido propio de la dignidad humana, para aquellos asuntos que son objeto de estudio de la bioética.

---

[865] Ver encabezado del Capítulo III.

Empero, en el caso de la GS, todavía falta dar un paso más.

El camino que persigue la justificación moral (o no) de un AGS, y que por lo tanto podría constituirse en fundamento de cualquier eventual reforma legislativa, impone precisar qué propiedades o características componen la dignidad humana de la gestante en la GS. He de insistir que se trata de una labor que parte y se inscribe dentro de la especificidad bioética. Ello significa que se ha de nutrir de alguna posible combinación de las nociones antes enunciadas.

Otra premisa que he dejado sentada es que, teniendo en cuenta la persona que lleva adelante la gestación, cualquier reflexión crítica debe contener una perspectiva de género. Y en razón de que se concibe al derecho no solo como un sistema normativo destinado a realizar determinados fines y valores, sino también como una práctica social argumentativa inserta en un contexto de tiempo y espacio concreto, resulta imprescindible recoger los estándares relevantes fijados por la Corte IDH.[866]

En suma, lo que me propongo en este último capítulo es definir ese contenido concreto de la dignidad, y a partir de él delimitar las fronteras de su protección. Ello me permitirá establecer los parámetros jurídicos relevantes para ponderar, en qué casos y bajo qué condiciones se debe autorizar la práctica, en tanto la dignidad de la gestante se encuentra a resguardo de toda posible vulneración.

1. LA DIGNIDAD DEL ALTRUISMO GENUINO

Con miras a cumplir con el objetivo general trazado, es menester agregar una subclasificación a las modalidades o supuestos fácticos de la GS.

En este sentido, sumo a la distinción conocida –y aceptada por la doctrina– entre GS lucrativa y GS altruista, aquella que diferencia entre GS altruista *genuina* y GS altruista *simulada*.

Esta distinción que se realiza al interior de la GS altruista no es banal, pues, como se verá enseguida, tiene vinculación directa con la posible justificación racional del contenido concreto y específico buscado. Por otra parte, tampoco cabe pensar en una probable confusión de efectos prácticos entre la GS altruista simulada y la GS lucrativa. Si bien ambas comparten el elemento común de una contraprestación dineraria, la GS altruista simulada puede provocar consecuencias más gravosas para la

[866] Ver capítulo IV.

gestante. Ello sucedería, por ejemplo, si al amparo del altruismo se indemnizan rubros como el lucro cesante, pero por un precio vil o debajo de una cuantificación razonable, con el fin de que la GS no pierda su carácter "altruista". O bien, que se lo disimule dentro del ítem "gastos", como si se tratase de uno más entre los asistenciales o los legales.

En consecuencia, el análisis que sigue parte del siguiente reagrupamiento: por un lado, se estudia primero el caso de *GS altruista genuina*; por el otro, las dos restantes (*GS lucrativa y GS altruista simulada*) en forma conjunta.

a) El supuesto de altruismo genuino. Un fin en sí mismo.

Si se tienen en cuenta las características lingüísticas del concepto dignidad humana, sus usos, las funciones, clasificaciones e interpretaciones estudiadas, se puede asumir con un grado de certeza que la *GS altruista genuina* se encuentra justificada.

Por GS altruista genuina entiendo aquella en la cual la gestante decide gestar para otros en forma libre, informada e incondicionada, tanto interna como externamente. Los elementos y circunstancias que en definitiva conformen dicho concepto deberán ser verificadas por el juez, mediante un control jurisdiccional *ex ante*.

Cabe aclarar, para despejar cualquier duda en la comprensión de la propuesta, que el altruismo en sí mismo (benevolencia, solidaridad) no debe ser interpretado como un condicionante interno de la gestante, sino como una razón justificativa de su accionar. Ello es justamente lo que otorga sentido a la decisión libre (la buena voluntad) de la agente.

El convencimiento fuerte de esta fundamentación excluyente (altruismo genuino) deriva de la circunstancia que no resulta posible analizar la noción de dignidad separada de la de autonomía o, mejor, de la capacidad para la autonomía destinada a la consecución de un ideal de excelencia. Tampoco de las de deber del agente moral para sí mismo y para con otros (respeto y autorrespeto), ni de la voluntad (la buena voluntad), que persigue el fin altruista (genuino), tal como es admitido por la filosofía moral.

Lo expuesto se sostiene, en una mirada hacia el interior de la dignidad humana en sentido individual, aún si por hipótesis aceptáramos prescindir del concepto relativista (dignidad relativa) y, en consecuencia, de su nota de gradualismo (propiedad que se considera de suma utilidad para el estudio de los fenómenos bioéticos, pues es indudable el nexo entre el desarrollo biotecnológico aplicado a la humanidad con las

diferentes posibilidades de las personas humanas, que a su vez están condicionadas por un contexto histórico y espacial determinado). En este caso, conforme se ha visto, el concepto absoluto de dignidad reconoce dos vertientes: la objetiva y la subjetiva. Y esta última posición también incorpora como *condición de validez* la *voluntad (buena)* de la agente. Su expresión en el consentimiento informado será válida sí y solo sí la gestante actúa en forma libre y con un fin altruista. Dicho de otra manera, el concepto absoluto subjetivo de dignidad humana no prescinde de la autonomía, todo lo contrario, se funda en ella mediante la demostración de la buena voluntad de la agente (fin altruista).

Conectado con lo anterior, la convicción de que la GS altruista genuina se encuentra justificada, deriva asimismo del *respeto* por la autonomía de los sujetos racionales que se *autolegislan*. Esto es, de quienes se dictan la ley moral a sí mismos (ley universal y objetiva). El marco teórico se complementa, con el giro alrededor de la buena voluntad y del fin altruista (que persigue la felicidad o bienestar de otros).

La persona que decide gestar para otros, en tal caso, no es tratada ni considerada como medio, sino como fin (altruista) en sí misma. Y esta decisión voluntaria (la buena voluntad) no debe ser interceptada por injerencias de terceros, incluido el Estado, aun cuando no se comparta su moral autorreferente, propia de su ser racional.

Decir que el principio de dignidad impone tratar a la humanidad, tanto en la persona de la agente como en la de cualquier otro, siempre como un fin en sí mismo y nunca *simplemente* como un medio,[867] exige recaer en el uso del adverbio, que viene a dotar de sentido a la buena voluntad, la que conlleva ese fin altruista.

De esta manera, el altruismo genuino se introduce con prioridad en el núcleo de la espiral sobre la que giran las líneas de investigación.

Ello es así porque en este caso la gestante: (1) considera racionalmente para sí misma que gestar para otros, en un caso concreto y puntual, es un acto moral, es decir, lo reconoce como tal en razón del fin altruista perseguido; (2) la acción de gestar para otros responde a su autodeterminación voluntaria, pudiéndosela considerar como ley universal (con independencia de la efectiva realización del fin buscado cuyo valor moral es neutro, esto es, lo determinante es que así debió darse[868]); y (3) su decisión

[867] En ocasiones se utilizan en la formulación los adverbios "solamente" o "sólo", de idéntica significación.

[868] Todos los hombres se piensan como libres con arreglo a su voluntad. De ahí provienen todos los juicios relativos a las acciones tal y como éstas hubieran *debido darse*, aun cuando no se *hayan dado*." (Kant, 2012, p. 180).

no transgrede el límite de dignidad del otro (inviolabilidad); en todo caso lo enaltece, al facilitarle el desarrollo de su proyecto de vida familiar.

Siendo así, no hay razones para oponerse al AGS con fundamento en la dignidad de la gestante. Su accionar no es medio sino fin en sí mismo, pues tiene base en la buena voluntad. Desde el punto de vista jurídico, el desarrollo contemporáneo del principio de solidaridad, entre cuyos requisitos se encuentra el de gratuidad, refrenda esta tesis. Lo mismo sucede si se asume alguna postura filosófica de base dialógica.

En suma, el adverbio del imperativo categórico kantiano es el que otorga la razón justificativa. El fin altruista de quien decide gestar para otros debe considerárselo como un fin en sí mismo, y no como un medio –en la conceptualización de la máxima–, a pesar de que el cuerpo funcione, de algún modo, como tal.

En consecuencia, desde el punto de vista argumental, la dignidad de la gestante altruista genuina está a resguardo.

(i) La doble entrada en la condición de validez

Ahora bien, aún en estos casos, donde en abstracto el altruismo permite calificar a la participación de la gestante como un *fin* en sí misma y no simplemente un medio, no puede prescindirse de un dato de la realidad: nuestro país está inserto en el contexto económico, político, sociológico y antropológico latinoamericano, en donde coexisten situaciones de desigualdades humanas estructurales de distintos tipos. Entre ellas, con presencia significativa, las vinculadas a la pobreza y la violencia asociadas a razones de género.[869]

De manera que, en el afán de avanzar en esta construcción, impone realizar un *ajuste material* a la condición de validez considerada en abstracto. Se trata de un trabajo hermenéutico-argumentativo detenido y de carácter transdisciplinario.

Para realizar ese ajuste se propone una tarea de doble entrada: una *interna* y otra *externa*.

---

[869] "El Ministerio de Justicia y Derechos Humanos presentó en marzo [de 2019] a los primeros profesionales que formarán parte del Cuerpo de Abogadas y Abogados para Víctimas de Violencia de Género para representar en forma gratuita a las mujeres de las provincias de Tucumán, Chaco, Corrientes, Formosa, Misiones, Entre Ríos, Jujuy, Salta, La Rioja, Santiago del Estero, Catamarca, Neuquén y de la ciudad de La Plata. La selección de estas regiones del NOA y NEA se basó en un diagnóstico de necesidades jurídicas insatisfechas llevado adelante por la cartera, en la que se evidenció que estas poblaciones se encuentran en una situación de mayor vulnerabilidad en comparación al resto. Asimismo, se incluyó a la provincia de Neuquén por los compromisos internacionales asumidos por el Estado Nacional en el marco del caso Ivana Rosales, en trámite ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos." (fuente: http://boletin.jus.gob.ar/abril-19/acceso/violencia-genero-abogadas/)

Por un lado, en su *faz interna*, el control judicial *ex ante* debe verificar de manera principal –aunque no exclusiva– que la gestante exprese su voluntad sin restricciones ni condicionantes ajenos al altruismo genuino (su buena voluntad destinada a cumplir un fin necesario), que la puedan haber inducido a tomar la decisión de gestar para otros. En este sentido se debe descartar, por ejemplo, cualquier forma de coacción psicológica ejercida por los padres de intención, su propia familia, o su entorno social o laboral. También, controlar que no existan condicionantes derivados de relaciones de subordinación jerárquica de índole profesional, religiosa, deportiva, política, entre otras. Lo que el consentimiento informado debe expresar es la decisión *realmente* libre de la gestante. La única consideración interna que se admite es su propio altruismo, la pauta moral de actuación autónoma que justifica la decisión.

En el caso de la gestante armenia de la novela *Eres como eres*, la representación literaria deja ver un posible indicador de una voluntad condicionada en la faz interna: la inducción por parte del padre de la gestante. Dice el hombre: "No hay ningún replanteamiento, ningún chantaje, somos gente de honor. Maryam entregará a la niña el día previsto en el contrato…"[870] A un intérprete jurídico atento no debe pasar desapercibido que el narrador le otorgue voz directamente al padre de la gestante, prescindiendo de la propia interesada.

Cabe esperar que este control *ex ante* no solo lo realicen los jueces, sino también los operadores jurídicos que peticionan la autorización del AGS. Es decir, no se trata de una responsabilidad reservada únicamente para quienes ejercen la función jurisdiccional.

A lo largo de esta investigación he tratado de demostrar hasta qué punto para esta labor de fundamentación de la faz interna, la ayuda transdisciplinaria de la psicología, filosofía o antropología se presenta ineludible.

En la *faz externa*, el control judicial *ex ante* debe tener presente que no se encuentra en una situación de vulnerabilidad, lo que puede presumirse si integra un grupo estructuralmente desventajado. Porque se trata de personas que pueden estar expuestas o ser víctimas de discriminaciones y violencias de todo tipo, en especial, pobreza y género. Se recuerda aquí el reconocimiento de los patrones androcéntricos aludidos por Nancy Fraser, vistos al comienzo del capítulo anterior. Por eso, el

[870] Mazzucco, 2016, p. 209.

juzgador debe asumir una perspectiva de género que le permita valorar esta situación de desigualdad estructural.

Los condicionamientos expresos o disimulados, que influyen o pueden hacerlo en la decisión autónoma de estas personas, marcan el límite infranqueable de su dignidad humana.

Por eso se considera incorrecta cualquier decisión que prescinda de este dato de desigualdad estructural característico de la realidad nacional (y regional). Lo dicho me lleva a concluir que debería desalentarse una postura al estilo anglosajón, defensora a ultranza de la autonomía irrestricta, sin control sobre el uso y disposición del cuerpo humano y sus partes. Tal visión resulta ser funcional a un criterio mercantilista (propio de una globalización indiscriminada), que se opone al ideal de excelencia humanista, cuánto más en prácticas que involucran aspectos tan sensibles de la vida de la persona, que decide llevar un embarazo para otros.

En el contexto de la realidad de la Argentina, la falta de control jurisdiccional *ex ante* sobre este aspecto externo de la condición de validez, conlleva el riesgo concreto y de alta probabilidad, de instrumentalizar a la persona gestante.

De igual manera a lo que sucede respecto de la faz interna, es recomendable que el operador jurídico que peticione la autorización de un AGS también sea capaz de examinar las circunstancias determinantes de las condiciones que delinea este enfoque externo. Lo que se pretende, en suma, es advertir posibles patrones de vulnerabilidad de la gestante, verificables mediante la observación atenta de las circunstancias empíricas del contexto histórico-social.

En definitiva, ambas perspectivas ofrecen elementos concretos orientados a determinar si el altruismo es realmente genuino. Ello es así en tanto ayudan a distinguir los condicionamientos internos ilegítimos (que operan en forma disvaliosa sobre la autonomía de la persona) de la buena voluntad (el altruismo genuino, que justifica la decisión). El enfoque de género (en especial el que surge de los estándares relevantes que fija la Corte IDH en su jurisprudencia), contribuye a detectar no solo las causas externas de los probables condicionamientos que operan sobre la voluntad de la gestante, sino también las razones internas que la llevaron a tomar la decisión de gestar para otros.

(ii) La literatura y las razones del altruismo genuino

A esta altura conviene destacar que el postulado "altruismo genuino" parte del reconocimiento de elementos de análisis que exceden la noción moderna formalista de

la moralidad. Sus componentes no tienen la pretensión de sustituir aquella noción por otra diferente, sino complementarla. La ponderación de ambas circunstancias de la condición de validez, las externas y las internas –dejando a salvo dentro de estas últimas la identificación del altruismo en sí mismo como razón justificativa de la acción–, se inscriben en esa posición.

La detección de las circunstancias de vulnerabilidad externas, por ejemplo, pobreza extrema, mujeres indígenas, migrantes, desplazadas, víctimas de violencias, en situación de desigualdad cultural, residentes en zonas rurales o alejadas, adolescentes, entre otras, pueden resultar de más fácil identificación que las internas. La comprobación de situaciones de inequidades estructurales externas se alcanza mediante una observación empírica atenta y el estudio dogmático y jurisprudencial del derecho de los derechos humanos (estándares interpretativos, paradigmas reconocidos). Sin perjuicio de que el operador jurídico puede recurrir a informes o registros sociológicos puntuales (e incluso ser recomendable que lo haga), en la mayoría de los casos no necesitará del aporte especializado de otras disciplinas.

En cambio, el examen de la faz interna presenta una mayor dificultad. No basta la observación o indagación comprometida del intérprete jurídico, sino que debe acudir a la ayuda de otras disciplinas y especialistas, siempre bajo el paradigma transdisciplinario. Las características ambientales y personales de la gestante, sus vínculos relacionales con los padres de intención y con las personas de su propio entorno familiar o social, por ejemplo, deberán ser examinadas para identificar cualquier posible coacción psicológica, que surja de la mera observación de los factores externos de vulnerabilidad. Como se anticipó, tales elementos se vinculan a relaciones de subordinación familiar, laboral o jerárquica de índole profesional, religiosa, deportiva, política, entre otras posibles. Se trata de una especie de *trama oculta* que subyace bajo la superficie de los patrones de vulnerabilidad que están a la vista.

Dada la multiplicidad de posibilidades que pueden presentarse en cada caso particular, es probable que una de las formas más eficaces para detectar indicadores de vulnerabilidad internos, con entidad suficiente para condicionar la decisión de gestar para otros, se obtenga por una vía negativa. Esto es, descartando las posibles causales de afectación del consentimiento libre. Aquí, cada intérprete jurídico podrá recurrir al método que considere más apropiado, en la medida que brinde las razones de su decisión.

Una buena posibilidad para descubrir si tal altruismo genuino está presente, es recurrir a la *ética del cuidado,* esto es, aquella que tiene en cuenta las necesidades y motivos de la agente.

Se sostiene que la evolución científica, tecnológica y médica es inherente a la "sociedad de riesgo".[871] Ello significa que, en tanto avance, trae consigo una ventaja, mientras que, como contrapartida inseparable, es una fuente generadora de riesgos. En el ámbito del derecho a la salud, una de las ventajas notables radica en la posibilidad de una mayor sobrevida de personas con enfermedades graves o irreversibles (por ejemplo, Alzheimer). Pero, como contracara negativa, crea un problema nuevo y concreto: los "pacientes ocultos".[872] Se entienden por tales a las personas que asumen el cuidado de los enfermos. En la mayoría de los casos, queda a cargo de un familiar cercano (cónyuge, hijos), quien está expuesto al nuevo riesgo creado: la posibilidad de enfermar.

Esta problemática que atañe a los cuidadores generalmente se origina en una situación de altruismo genuino, que exige asimismo un análisis con perspectiva de género. Ello es así porque, en general, las tareas de cuidado son asumidas por mujeres. Tal análisis advierte que la distribución del riesgo creado es desigual, reconociendo su base en el *rol social* asignado de manera tradicional a las mujeres. Lo expuesto encierra una paradoja: mientras los avances científicos permiten una vida más extensa de los enfermos, en el camino evolutivo se crean nuevos riesgos (que las cuidadoras enfermen) lo que, al parecer, resulta tolerado por la comunidad.

De modo que estos nuevos riesgos, distribuidos de forma inequitativa por los patrones sociológicos (externos) y psicológicos (internos), conducen a aceptar una conducta altruista que sigue recayendo, de modo principal, en las mujeres. "El bienestar y los cuidados básicos siguen siendo responsabilidad de los familiares y de las personas de su entorno. De las mujeres, en realidad."[873] En pocas palabras, se trata de aceptar riesgos nuevos en moldes comportamentales viejos.

Desde este posicionamiento se han realizado estudios al amparo de la ética del cuidado, que son de utilidad a los fines expuestos en forma precedente (como una vía de detección del altruismo genuino). Un breve repaso de su contenido aplicado a un caso *como sí* favorecerá una mejor comprensión de la cualidad a la que hago referencia.

---

[871] Beck, 1998.
[872] López de la Vieja, 2005, p. 73.
[873] López de la Vieja, 2005, p. 75.

A la vez, permitirá otro registro de lectura de los informes y aportes de las disciplinas específicas, a las que debe recurrir el intérprete jurídico. En efecto, en este marco, de nuevo la literatura ayuda al trabajo hermenéutico-argumentativo.

En la novela *Hablar solos,*[874] el escritor argentino Andrés Neuman aborda este asunto de complejidad bioética y filosófica.

Andrés Neuman nació en 1977 en la ciudad de Buenos Aires. Hijo de músicos argentinos emigrados, se formó en Granada, España, en cuya universidad fue profesor de literatura latinoamericana. Sus libros fueron traducidos a más de 20 idiomas. A los 22 años publicó su primera novela, *Bariloche* (1999), que resultó finalista del Premio Herralde y fue elegida entre las revelaciones del año por *El Cultural*. Sus siguientes novelas fueron *La vida en las ventanas* (2002); *Una vez Argentina* (2003), también finalista del Premio Herralde, reescrita y ampliada en su nueva edición en 2014; y *El viajero del siglo* (2009), que obtuvo el Premio Alfaguara, el Premio Tormenta y el Premio de la Crítica, otorgado por la Asociación Española de Críticos Literarios. *Hablar solos* (2012) es su quinta novela y *Fractura* (2018), la última, nominada al Premio Dulce Chacón de Narrativa. Asimismo, ha publicado libros de cuentos (*El que espera, El último minuto, Alumbramiento y Hacerse el muerto*), de poesía (*El jugador de billar, El tobogán, Mística abajo, Patio de locos, No sé por qué*) y de aforismos (*El equilibrista*).

En *Hablar solos*, Neuman acierta y delimita el problema iusfilosófico en dos frases cortas de la protagonista: "Los derechos del enfermo están fuera de duda. De los derechos de quien lo cuida nadie habla."[875]

La novela narra el conflicto que genera en Elena la enfermedad del marido. Indaga cómo afecta su relación con él, a partir de la mirada hacia el enfermo, que empeora a medida que transcurre el tiempo. Y de un enfoque hacia ella misma, mientras subsiste el cuidado y avanza el desenlace inevitable. Lito, el niño, hijo del matrimonio, a los diez años sueña con camiones. Mario (el esposo enfermo) tiene deudas con su memoria y con su hijo. El camión puede ser visto como vehículo metafórico y material que transporta, con rumbo indefinido, el vínculo relacional. Padre e hijo deciden realizar un viaje; el primero para el niño y, con toda probabilidad, el último para el padre. A Elena la acosa la idea de la pérdida y en su afán de superarlo

[874] Neuman, 2012.
[875] Neuman, 2012, p. 21.

emprende distintas acciones, entre las que se cuenta una aventura amorosa que es estructural al conflicto, pues con ésta pone a prueba y desafía sus límites morales.

La trama de superficie gira alrededor de las reflexiones de Elena sobre la vida y la muerte, sobre sus límites de conducta –que decide transponer en una suerte de contrapeso al enojo– y la culpa. Pero la que subyace atañe al *altruismo* de las cuidadoras; el compromiso de asumir la tarea, cómo ocuparse de ella y la decisión de mantenerla a costa de su propia salud. Y, desde luego, la trama oculta muestra qué es lo que le sucede a la persona cuando asume el cuidado de un ser querido que, sabe, morirá.

La recepción recreadora que la imaginación literaria[876] facilita, conduce al intérprete a realizarse preguntas vinculadas a qué es lo que impulsa a una persona (en general, una mujer) a asumir el cuidado de otro. O cuáles son los posibles mecanismos de justificación de una decisión que limita su libertad individual. Y, claro está, qué hace o debe hacer el derecho frente a ello.

Así, en cuanto a las motivaciones, se puede pensar en los mandatos culturales de distribución de roles, en una moral crítica o individual, en una moral social, en la solidaridad, la benevolencia, la empatía, o en meras razones económicas que impiden contratar a otra persona para realizar la tarea en forma profesional.

Una lectura más literaria muestra que Elena, como Madame Bovary, busca respuestas o justificación de sus acciones en los libros. Lo narrativo y lo narrado (el constructo narrativo) funcionan como excusa y como tabla de salvación.

El tono narrativo en primera persona es de tensión, apropiado al drama que relata. El texto recurre a frases cortas, minimalistas, lo que se asemeja mucho a lo que se conoce como prosa poética.

> Criar a un niño y cuidar a un enfermo tienen eso en común: ambas tareas te demandan una energía que en realidad no es tuya. Te la infunden ellos mismos, su ansioso amor, su miedo expectante.
>
> [...]
>
> Las mujeres somos una agonía. Quizá por eso sabemos cuidar a los enfermos: nos identificamos con su parte demandante. Quizá por eso mismo los hombres sean enfermeros tan torpes. La suciedad les da pánico porque los

[876] Imaginación literaria, perspectiva y empatía son las características que aporta la relación "derecho *en* la literatura" que se defiende (ver capítulo I).

> compromete… Yo, si pudiera, elegiría ser un hombre. Y jamás me mancharía sin preguntar por qué.
>
> […]
>
> Paso ahí todas las noches. Trato de que Mario descanse. Le doy agua. Lo arropo. Compruebo que su pecho sube y baja. Lo escucho respirar. Cuando se duerme, leo con una linterna. Me da miedo apagarla. Me parece que se va a terminar algo.[877]

¿Cómo incide la necesidad ajena en la propia humanidad del cuidador? ¿Cómo se transforma la realidad de quienes optan por una restricción a su propia libertad o autonomía? ¿Cuál debería ser el límite de la exigencia moral –la privada y la intersubjetiva– de tal restricción? ¿Cómo se construye la capacidad de cuidar de otros? En la GS, el poner el cuerpo para otros.

Tal como se presentan, las preguntas parecen pertinentes. Aunque tal vez deba concedérsele razón a Carol Gilligan cuando afirma que: "En vez de preguntarnos cómo adquirimos la capacidad de cuidar de otros, cómo aprendemos a adoptar el punto de vista del otro y cómo superamos la búsqueda del interés propio, nos vemos impelidos a cuestionarnos cómo perdemos la capacidad de cuidar de otros…"[878]

Es claro que las respuestas posibles a cualquiera de los interrogantes planteados giran alrededor de la dignidad humana, y de las nociones que, como se ha visto a lo largo de esta investigación, ayudan a dotarla de contenido (respeto, autorrespeto, buena voluntad, fin necesario, autonomía, solidaridad, inviolabilidad, entre otras ya estudiadas).

En este caso, la perspectiva transdisciplinaria que ofrece la literatura se posiciona sobre el abordaje metodológico tradicional de los problemas bioéticos: el de los principios (autonomía, justicia, beneficencia y no maleficencia), y el del método casuístico; en el que asume protagonismo el *giro narrativo*.

(iii) El giro narrativo

Lo expuesto conduce, esta vez, al terreno de la teoría narrativista o del derecho *con* literatura,[879] cuyo estudio cabe en la intersección "derecho *en* la literatura" que defiendo. Se trata de una integración de los relatos que, sin ser jurídicos o éticos, se incorporan a la reflexión de las problemáticas propias de tales fenómenos. "Las historias individuales, también la literatura, los relatos, la narración cinematográfica,

[877] Neuman, 2012, p. 55, 59, 60 y 92.
[878] Gilligan, 2013a, p. 13.
[879] Calvo González, 2015.

el arte, ocupan un nuevo lugar en la reflexión ética y bioética. Están al lado de la medicina, el derecho, las ciencias sociales, la psicología…»[880]

Este recurso favorece la reflexión desde un punto de vista ajeno al posibilitar ponerse en el lugar del otro (de la cuidadora), es decir, al asumir una condición empática.

¿Cómo comprender a una mujer que afronta el cuidado de un familiar enfermo?

Para María Teresa López de la Vieja se trata de una relación de complementariedad, uso reflexivo e información indirecta.[881]

Otra vez, el caso ficcional funciona *como si* se tratara de un caso real. Pero, al estar situado lejos o fuera del ámbito de resolución concreto, logra que el análisis ético se lleve a cabo despojado de preconceptos sobre la base de información indirecta. Esta *información indirecta* contribuye con supuestos, con casos *como si*, de enorme valor, sobre todo cuando existe imposibilidad de obtener registros narrativos no ficcionales en primera persona (información directa), por ejemplo, por razones de confidencialidad médica.

De esta manera, la historia de Elena se ubica en ese espacio en blanco, contribuyendo a la deliberación sobre la posible justificación moral, "muestra cómo se construye el razonamiento práctico, cómo se delibera y cuánto cuesta hacerlo, sin la urgencia ni los compromisos que la realidad impone."[882]

En el supuesto ficcional se visibiliza la repercusión personal (sobre una mujer) de una enfermedad ajena (la de su marido), y cómo la protagonista se anima a sortear –debe hacerlo en una suerte de expiación–, no exenta de culpas, algunas de las conductas esperadas de su rol. Pero lo que Elena nunca abandona es lo que se espera de ella y lo que ella misma espera de sí respecto del cuidado; el mandato autoimpuesto. La obra literaria resalta entonces hasta qué punto la mujer cruza la frontera de su libertad y autonomía,[883] y cómo la posibilidad concreta de sufrir algún daño psicofísico

---

[880] López de la Vieja, 2013, p. 14.
[881] López de la Vieja, 2013, p. 21.
[882] López de la Vieja, 2013, p. 15.
[883] "A pesar de que en las últimas décadas se viene hablando desde distintos ámbitos de la insostenibilidad del modelo familista de cuidados, la familia sigue manteniendo un fuerte valor simbólico como proveedora de cuidados, pero la necesidad de avanzar hacia un modelo de atención profesionalizado – desfamiliarizado – parece evidente en un contexto en el que las mujeres, tradicionales cuidadoras, se han incorporado al mercado laboral y su disponibilidad para ejercer el cuidado se ha reducido ostensiblemente. […]El cuidado de las personas constituye una actividad cotidiana fundamental en cualquier sociedad, a pesar de lo cual el trabajo de cuidar quedó excluido de los modelos de bienestar europeos, que fueron diseñados para proporcionar derechos y servicios únicamente a quienes participan en el mercado laboral. En consecuencia, el cuidado de las personas, realizado en el

permanente incide sobre sus derechos fundamentales. Todo ello es verificable gracias a que la mirada empática cambia la dirección del foco hacia la cuidadora.

Este ponerse en los zapatos ajenos, como explica López de la Vieja, es una operación compleja; es cognitiva, imaginativa, emocional y social. Alcanza dimensiones psicológicas, pero también sociales y morales. Se trata, en definitiva, de asumir roles. El social, se vincula a la interacción con otros, hace a una versión pragmática de la identidad; en la construcción del "yo social", la conducta del agente implica siempre una "actuación" con respecto a otros. Desde un enfoque psicológico (psicología evolutiva) implica la posibilidad del desarrollo, que transcurre desde un primer momento convencional, de un juicio no autónomo, hacia otro más elaborado, autónomo, no convencional (o post convencional). La dimensión moral se vincula con el cumplimiento de la regla de oro y del imperativo categórico, esto es, con una noción moderna y formalista de la moralidad, pues la moralidad posconvencional no implica tanto un acto de benevolencia como una cuestión (consideración) de justicia. De allí que se pueda concluir que se trata de una postura empática reflexiva, de un modelo cognitivo.[884]

(iv) La ética del cuidado

La *ética del cuidado*[885] incorpora la mirada de la agente y se introduce en este modelo formalista de modo complementario. Como se anticipó, no se trata de una contradicción ni de su reemplazo, sino de una complementariedad.[886]

Trata de recuperar las necesidades concretas de la agente y elaborar respuestas a tales necesidades, es decir, a su interpretación en términos de justicia y autonomía. López de la Vieja explica que, para Carol Gilligan, las teorías psicológicas del desarrollo y las teorías éticas no han escuchado la "otra voz" (las de las mujeres) sobre la moralidad. Se trata de una voz diferente, que parte de la responsabilidad hacia los otros, en el rol o función relacional, arraigado en la experiencia y en la educación. Una

---

ámbito privado y doméstico, quedó invisibilizado, dejando sin reconocimiento el trabajo que realizaban las mujeres y negando la contribución fundamental que esta labor supone para la sostenibilidad de las vidas privadas y de la sociedad en su conjunto (Moreno-Colom, Recio Cáceres, Borràs Català y Torns Martín, 2016). El problema que conlleva haber perpetuado esta división sexual del trabajo queda patente cuando las mujeres se incorporan al mercado laboral, momento en el que para garantizar el cuidado de las personas es necesario incorporar a nuevos actores más allá de la tradicional sobrecarga femenina." (Begoña Elizalde, 2018, p. 245-246).

[884] López de la Vieja, 2013, p. 36-40.

[885] Gilligan, 2003 y Gilligan, 1977.

[886] Ello es posible pues, como bien se enseña: "La teoría del desarrollo moral ha sido cuestionada tanto por su fuerte orientación hacia la moralidad de los principios como por haber dejado en segundo plano respuestas alternativas sobre el funcionamiento del juicio moral." (López de la Vieja, 2013, p. 43).

voz no patriarcal (aunque un sector del feminismo la critique[887]), que pone el acento en las necesidades ajenas con un sentido de justicia peculiar. Destaca asimismo que es el rol ideal, lo que lleva consigo el respeto por las nociones de universalidad e imparcialidad del discurso moral. Pero que, en su aplicación al caso concreto, deben incluirse las nociones de *necesidades y motivos* de la agente que realiza la acción. Esta puesta en concreto no obsta al universalismo, antes bien, lo que hace es favorecer un enfoque más completo y menos formalista, que da lugar a las "responsabilidades, el compromiso, las relaciones de cuidado y, sin duda, a la voz del otro concreto".[888]

Es claro que esta visión solo es comprensible si se adopta una perspectiva de género capaz de receptar esta postura moral de responsabilidad (autopercibida), que se pueda conjugar con la ética de la justicia. Dicho de otra manera, la ética del cuidado no se contrapone a la de la justicia.[889] La complementa.

La ética del cuidado (necesidades y motivos de la agente) surge en el ámbito privado, a diferencia de la ética de los derechos que surge en el público. Se caracteriza por un modo de percibir los problemas morales como conflictos de responsabilidades en una red de relaciones.

Su modo de razonamiento, entonces, es el de una lógica de red (contextual) y sus fines son evitar el daño y mantener las relaciones. La fuerza que la impulsa es la cooperación. Nociones de empatía, comunidad, cuidado, respuesta activa al problema del otro, le son inherentes.[890]

Tener en cuenta la otra voz, sus necesidades y motivos, no implica ceder a la emisión de un juicio parcial, en el sentido de afectar la nota de universalidad de los derechos humanos. Pero tampoco puede decirse que el cuidado o altruismo pensado para un caso único (en razón de que el destinatario está situado en un contexto y en una red intersubjetiva determinados) sea trasladable, sin más, a otros.

(v) Otra vez la condición de validez de doble entrada

El abordaje propuesto como nexo entre bioética y literatura, se introduce en el control de la condición de validez, en su doble entrada, externa e interna, que debe

---

[887] "Esta teoría de Gilligan ha sido muy criticada, especialmente desde otros feminismos. […]entre las objeciones más fuertes se destaca la que, por su énfasis en el pensamiento moral de "las mujeres" como tales, le imputa volver al esencialismo de género. […]Gilligan rechaza de manera expresa esta aproximación. En efecto, afirma que la voz distinta no se caracteriza por el sexo sino por el tema." (Faerman, 2015, p. 127).
[888] López de la Vieja, 2013, p. 43-44.
[889] Kohen, 2005.
[890] Kohen, 2005, p. 41.

comenzar de cero ante cada nueva situación, ante cada nuevo caso. Resalta la labor de control judicial *ex ante*, que no debe perder de vista que esta perspectiva de la responsabilidad hacia el otro complementa aquella ética de la justicia, con base en la dignidad humana.

Así es que la adjetivación de "genuino" que se realiza a la noción de altruismo tiene por finalidad resaltar las razones reales de la *acción subjetiva del agente* (su "buena voluntad", en términos de una ética formal), lo auténtico de su obrar. Desde la ética del cuidado serán sus necesidades y motivos.

En la GS, la situación dilemática es más clara aún que en el caso ficcional traído *como sí*. En efecto, escuchar la otra voz y tomar la perspectiva ajena es consustancial al enfoque de género, pues, en general, son las mujeres las que, por naturaleza o, mejor, por condicionamiento biológico, poseen la capacidad de gestar para otros.[891]

A pesar de las diferencias evidentes entre la realidad de la gestante en la GS y la realidad de las cuidadoras, los presupuestos de funcionamiento de la ética del cuidado se asemejan. Por ello es posible su traslación.

El altruismo genuino visto con la perspectiva de género sugerida en esta investigación, en suma, implica para el operador jurídico realizar el doble control de la condición de validez antes explicado. En la faz interna, estar atento a las necesidades y motivos de la gestante.

(vi) La recepción normativa de la condición de validez

A esta altura parece quedar en claro que este control de doble entrada es imprescindible para decidir si la dignidad de la gestante puede o no estar afectada en el AGS.

Por eso considero que resultaría apropiado que el derecho enuncie o positivice las condiciones que deben ser evaluadas por los operadores jurídicos, mediante el control *ex ante*.

En este sentido, resulta de gran valor recordar los requisitos legales que contenía el artículo 562 del Proyecto originario de Código Civil y Comercial de la Nación, que se suprimió durante el trámite parlamentario. O incluso las previsiones de los proyectos de ley autónomos que han tenido trámite parlamentario, ya aludidos en el

[891] Incluyo en esta reflexión, claro está, a aquellas otras personas que se identifiquen con otra vivencia personal del cuerpo, pero que posean capacidad para gestar (conf. Ley 26.743).

Capítulo II, ingresados por la Cámara de Diputados de la Nación[892] y por la Cámara de Senadores de la Nación[893] que, en lo sustancial, no diferían de la norma originariamente proyectada. Cabe recordar que el artículo 562 proyectado exigía que el juez verificase (*ex ante* y en cada caso), que la gestante contara con plena capacidad y buena salud física y psíquica, que no fuera aportante de gametos, que no percibiera retribución, que no se sometiera a un proceso de gestación por sustitución más de dos veces y que hubiera dado a luz, al menos, un hijo propio.[894] Tal regulación protectoria, lo que pretendía era evitar situaciones de abuso e injusticias en perjuicio de las eventuales gestantes, que favorece una legislación abstencionista o prohibitiva.[895] A su vez, el proyecto establecía la prohibición para el centro de salud de realizar la GS, en el caso de no contar con la correspondiente autorización judicial, requisito que también estaba previsto para la protección de la gestante.[896]

b) Otros supuestos de GS

Ahora bien, la fundamentación brindada en los incisos del apartado anterior no es trasladable a la hipótesis de GS lucrativa; menos aún a aquella otra que, bajo la máscara del altruismo, esconde un supuesto de explotación o condicionamiento expreso o tácito de la gestante.

Con base en la filosofía kantiana, los *otros* fines *no altruistas* perseguidos por la agente, y con mayor razón cuando ésta resulta engañada o coaccionada por su necesidad o su menor capacidad para la autonomía, se entienden comprendidos dentro del postulado que expresa que todo aquello que se puede reemplazar por un precio, no puede ser considerado un imperativo categórico. Se piensa que esta premisa, que aporta la ética formalista, es de tal riqueza que su utilización en la actualidad puede considerarse justificada sobre la base de un consenso racional.

En este sentido, si la decisión de gestar responde a que recibe una contraprestación dineraria a cargo de los padres de intención, real o simulada, la gestante se convierte en un medio para la realización de otros fines relativos. Desde la óptica jurídica, la solución es similar a la filosófica, conforme los límites que se

[892] Expte. n°5759-D-2016.
[893] Expte. n°2574-S-2015.
[894] Proyecto de CCyC, artículo 562.
[895] Herrera y Lamm, 2014, p. 527.
[896] Herrera, 2019, p. 680.

imponen al principio de solidaridad, en especial, a uno de sus requisitos de operatividad trascendentes: la gratuidad.

Aquí también cabe realizar una consideración de tipo empírico. La realidad económica y educacional de nuestro país (y de la región) muestra las diferentes situaciones de discriminación de las que son víctimas las mujeres y las otras personas con capacidad para gestar. Ya sea por la necesidad derivada de la pobreza extrema o por la vulnerabilidad a la que las expone la educación desigualitaria. Cualquiera de estos datos influye sobre la posibilidad de expresar en el consentimiento informado una voluntad sin vicios.

En todo caso, la decisión enfrenta dos posturas antagónicas.

De un lado, una visión de tipo liberal conservadora u ortodoxa dirá que ningún análisis razonable debe partir de una presunción *a priori* de vulnerabilidad, esto es, que la voluntad de la gestante se encuentre siempre viciada por el solo hecho de aceptar este cometido a cambio de un precio.

Del otro, una postura que tenga base en una concepción liberal igualitaria, y que a su vez acepte ciertos postulados comunitaristas, dirá exactamente lo contrario; si la persona pertenece a un colectivo desventajado, o se encuentra en una situación de debilidad, se debe partir de aquella presunción de vulnerabilidad *a priori*, salvo que se demuestre lo contrario.

En mi opinión, el razonamiento de una concepción liberal conservadora u ortodoxa (que se sustente solo en la igualdad formal), es insuficiente para justificar que el AGS respeta la dignidad de la gestante que admita la práctica. Además, una concepción de tal tipo termina por ser funcional a la cristalización de desigualdades, en lo fundamental, las económicas y culturales.

En suma, en los casos de GS lucrativa o GS altruista simulada no se encuentran argumentos filosóficos ni jurídicos que permitan justificarlas.

c) Recapitulación

La casuística de la que da cuenta el relevamiento de los fallos de la Corte IDH vinculados a cuestiones de género muestra que en Latinoamérica en general, y en la Argentina en particular, por el momento, se debe andar con cuidado. Así lo indica el dato empírico; la desigualdad estructural en la que se encuentran muchas de las personas con capacidad de gestar es un indicador de merecimiento de una protección jurídica privilegiada. Exige un plus de amparo.

De ahí que esta tesis haya pretendido poner el foco en la gestante, y en el examen de su dignidad frente al AGS.

Por esa misma razón, a la luz de las previsiones del artículo 75-23 de la CN, el legislador se encuentra en deuda con la comunidad por la falta de una regulación adecuada de la GS. Como ya se ha visto, la no prohibición (art. 19 CN) es una razón imprescindible, pero insuficiente. Se trata de un argumento debilitado, en razón de que se apoya en una contingencia, y por lo tanto intranquiliza. Por el contrario, la consagración positiva de una solución justificada en la comunidad moral y política relevaría a los operadores de la tarea de tener que buscar un consenso argumentativo ante cada nuevo caso. Y apartaría el riesgo de alguna interpretación judicial ideologizada del artículo 1004 del CCyC contra la GS.[897]

Por lo tanto, dado que no existe ningún obstáculo jurídico ni ético de acuerdo con los extremos desarrollados, y a fin de resguardar la integridad de las personas con capacidad de gestar, sería conveniente que el Congreso de la Nación regule la GS en su modalidad *altruista genuina*, con requisitos similares a los previstos en el anteproyecto de Código Civil y Comercial, incluyendo además un *test de vulnerabilidad* más riguroso y estricto, con perspectiva de género.

Este test de vulnerabilidad riguroso y estricto se compone básicamente de la verificación de la condición de validez, con la doble entrada interna y externa señalada. Se trata de un imperativo ético, en tanto tiene por finalidad la protección de personas que integran un grupo humano estructuralmente desventajado.

La proposición referida a la inequidad fáctica no requiere otra demostración sociológica que la mera observación de la realidad socioeconómica y cultural. La Argentina no escapa a lo que muestra la región, esto es, que cuenta con una gran parte de la población en situación de pobreza extrema, de desplazamiento, de desigualdades educativas, culturales, y víctima de violencias de todo tipo.

En el test de vulnerabilidad riguroso y estricto de la gestante se debe constatar la ausencia de engaño o coacción,[898] a fin de que la futura acción de la agente se pueda considerar voluntaria, en un sentido justificativo. De ahí la importancia del control

[897] En este último sentido, se enciende una señal de alarma con el uso ideológico que de la GS se está realizando en España, al asociar la figura, de manera indiscriminada, con situaciones ilícitas (tráfico de personas). E incluso se ha creado una organización en contra de la GS (La Red Estatal contra el Alquiler de Vientres –RECAV–) que opera social y políticamente. Ver: https://elpais.com/sociedad/2018/09/23/actualidad/1537727512_703482.html?id_externo_rsoc=FB_CC. Último acceso: 25-07-2019.
[898] Rivera Castro, 2009.

judicial anterior (*ex ante),* que debe partir y contener, de manera ineludible, la pauta moral de la propia gestante (no la del juez, ni la de los comités de bioética, ni la de los asesores o defensores), con perspectiva de género. Y en cada resolución judicial deben constar, en detalle, los procedimientos efectuados para valorar esas pautas en el caso concreto. En tal sentido, pienso en el aporte de la ética del cuidado como una herramienta de valor agregado para la ponderación.

La explicitación del camino recorrido por el razonamiento judicial para alcanzar el convencimiento en cada decisión resulta fundamental, porque el intérprete (en especial quien tiene a su cargo la tarea jurisdiccional) debe ofrecer a la comunidad dialógica las razones que lo han convencido respecto de la inexistencia de vicio en la voluntad de la gestante. La realidad le impone la obligación de ser meticuloso, de no ceder a la presión de quienes persiguen fines "relativos", esto es, alejados de la pauta altruista de los fines de la propia gestante.[899]

Dicho de otra manera, los presupuestos de esa decisión libre, la constatación de ausencia de vulnerabilidad de la gestante (superación del test de vulnerabilidad riguroso y estricto), vista desde su lugar (mirada empática) con perspectiva de género, deben ser verificados por el órgano jurisdiccional en forma previa. Claro está que este tipo de control no se identifica con un ideal perfeccionista. Aunque justo es reconocer que lo que la actividad *ex ante* que se propone se enmarca en un paternalismo jurídico,

[899] Esta precaución encuentra justificativo en la advertencia de una autora española. "Existe actualmente una fuerte presión a favor de legalizar la maternidad subrogada tanto por parte de las clínicas de reproducción asistida como por las parejas homosexuales masculinas, que, tras el reconocimiento legal del matrimonio homosexual, argumentan que ésa es la única manera de conseguir ser padres biológicos —al menos uno de ellos—. Aunque sus defensores invocan que las gestantes se prestan de forma altruista y voluntaria a realizar este servicio, lo cierto es que existen numerosas evidencias de lo contrario. Aun si la gestante no cobra sino solamente a título de compensación, la red comercial existente alrededor es de lo más lucrativa; lo que a mi entender deja en el aire la cuestión, no desdeñable, de si resulta aceptable que todos hayan de lucrarse salvo la gestante. Los partidarios de que la normativa admita los contratos de gestación por sustitución invocan que es mejor regular una situación que «inevitablemente sucede en el mundo globalizado». Máxima que curiosamente no se invoca para otros campos como el tráfico de drogas, por ejemplo. Sin embargo, continúa siendo uno de los argumentos que con más fuerza esgrimen los partidarios de su autorización junto con el de que, si no hay ley, la gestante está desprotegida frente a los comitentes, ya que, dependiendo de su capacidad de presión y conocimientos, estará en situación de vulnerabilidad o, en el extremo opuesto, conseguirá recibir cantidades de seis o más cifras. Asimismo, algunos arguyen que la prohibición de los contratos de maternidad subrogada es paternalista para con las mujeres que deciden «libremente» sobre su cuerpo. Pero, a mi entender, primero debe tratarse de determinar con precisión qué requisitos han de tenerse en cuenta para calificar una decisión como libre." (Casado, 2017, p. 23).

que se entiende justificado. Es decir, un control judicial encaminado a superar un déficit de igualdad.[900]

En resumen, constatada la *GS altruista genuina*, la práctica debe ser autorizada, aunque nuestra legislación actual guarde silencio. Ello es así porque no violenta la dignidad de la gestante (no lo hace, siquiera, desde la más pura ética kantiana). Cuando el consentimiento ha sido brindado en forma voluntaria (realmente libre) e informado, su voluntad autorreferente habrá sido la guía de la decisión que reconoce una máxima moral.

2. EL ALTRUISMO GENUINO Y LA DESIGUALDAD ESTRUCTURAL. UNA JUSTIFICACION RAZONABLE

Antes de finalizar el recorrido argumental que sostiene la viabilidad jurídica del AGS altruista considero necesario agregar algunas formulaciones teóricas, que justifican la posición que defiendo.

El control judicial *ex ante* de la faz externa de la condición de validez se justifica en un contexto teórico que excede la clasificación tradicional entre igualdad formal y material,[901] aunque no prescinde de su aporte. Este control se encuadra en una noción de *igualdad como no sometimiento*, que se diferencia y sustituye a la concepción de *igualdad como no discriminación*, propia del pensamiento liberal clásico.[902] Claramente, esta diferenciación tiene incidencia sobre el concepto de justicia. O quizá convenga decir que, según cuál sea el concepto de justicia que se adopte, se asumirá un sentido u otro del principio de igualdad.

En el contexto de una cultura literaria del derecho,[903] la distinción bien podría representarse con dos imágenes contrapuestas. De un lado, el ícono tradicional de la Justicia con los ojos vendados, que simboliza la aplicación de la misma vara para todas las personas por igual. Del otro, una Justicia sin vendas, alerta, activa y con los ojos abiertos en defensa de un criterio que requiere equilibrar desigualdades estructurales.[904]

---

[900] "Sólo cuando la medida en cuestión, aplicada a un «Ib» ["Ib" significa "incompetente básico"], promueve o defiende su autonomía o aspira a la superación de un déficit de igualdad puede hablarse paternalismo éticamente justificado." (Garzón Valdés, 1988, p. 172).
[901] Bobbio, 1991; Bobbio, 1993.
[902] La teoría de la justicia de Rawls se puede incluir en esta noción (Rawls, 2012).
[903] Calvo González, 2012; Calvo González, 2015.
[904] Un ejemplo de esta última es la obra de la artista plástica Lola Mora que se encuentra a la entrada de la Casa de Gobierno de la provincia de Jujuy (https://ar.pinterest.com/pin/545076361136770097/)

La reformulación conceptual atiende principalmente a lo sustancial del principio y valor adjetivo de la igualdad, reconocido por el derecho de los derechos humanos, por la ética normativa y por la filosofía política. Esta mirada renovada de la igualdad favorece su funcionalidad, establece la guía de la equiparación de posibilidades como método y persigue como ideal de excelencia una perspectiva humanista. En consecuencia, al Estado se le asigna la obligación de detectar y reparar las desigualdades estructurales, mediante acciones positivas. De allí surge el postulado que indica que la mera decisión abstencionista de no discriminar, propia de la igualdad formal, es insuficiente.

Para reforzar este enfoque resulta fundamental la incorporación de datos históricos y sociales, que ponen en evidencia el fenómeno de sometimiento y exclusión de personas que pertenecen a un grupo o colectivo social determinado.[905]

En concordancia con lo expuesto, en mi parecer, aquí sí puede inscribirse la posición feminista crítica de Catharine MacKinnon. Se recuerda que esta autora no considera a la condición "género" como diferencia, sino como *dominación*. Es decir, no basta con mapear la realidad (enfoque de la diferencia) sino que, recurre al enfoque de la dominación para intentar desafiarla y modificarla.[906]

En este marco se impone una relectura de los principios de autonomía y solidaridad que acompañan a la igualdad en este camino estructurante de los derechos fundamentales asentados sobre la dignidad humana, con los que se pretende completar la justificación racional del contenido concreto y específico de la dignidad humana de la gestante en la GS.

a) La modernidad inacabada: entre liberalismo y comunitarismo

En mi opinión, los valores tradicionales del hombre moderno, libertad, igualdad y solidaridad, que se consagran en los derechos fundamentales recogidos por los instrumentos internacionales de derechos humanos y en general por las constituciones de los Estados de derecho constitucionales, necesitan de una reformulación y actualización interpretativa. Deben ser reexaminados o releídos desde la perspectiva de la sociedad actual, globalizada, mercantilizada, utilitarista y estructuralmente desigual.

---

[905] Saba, 2016, p. 30. Desde un enfoque constitucionalista, este autor sostiene que el derecho no puede permanecer "ciego a las relaciones existentes en determinado momento histórico entre diferentes grupos de personas de una comunidad." (Saba, 2016, p. 31).
[906] MacKinnon, 2014, p. 77.

Al respecto, con mirada pluralista, parece aconsejable superar el antagonismo liberalismo/comunitarismo,[907] pues, al parecer, ninguna de estas concepciones, en pureza, brindaría una solución aceptable al problema planteado en este trabajo.

Con este redimensionamiento de los conceptos pretendo sumar argumentos para justificar el contenido específico otorgado en este trabajo a la noción difusa de dignidad humana, mediante la superación de la inestabilidad relacional que se observa entre una idea individual, universal y abstracta, y otra social, contextual y concreta de los individuos,[908] pero sin abandonar los aportes significativos de una y otra posición.

De manera entonces que, en estos tiempos de modernidad inacabada,[909] para resolver el problema planteado propongo articular los paradigmas liberales igualitaristas con aquellos otros que incorporan la dimensión social y relacional.[910] Se trata de volver la mirada sobre lo andado y establecer algunos puntos de contactos o complementariedades verificables en la dicotomía señalada.

En lo que se refiere a la dignidad humana o dignidad de la persona humana, tales puntos de contacto o complementariedades constituyen la base sobre la cual es posible pensar en la justificación del contenido concreto que, sin perder la nota típica de universalidad,[911] sustituya la constante referencia abstracta a la que se alude toda vez que debe examinarse la dignidad humana en su aplicación práctica. El principio de universalidad está garantizado en los supuestos de altruismo genuino, pues, si bien cada caso deberá ser interpretado a la luz de sus circunstancias específicas (el altruismo genuino de una gestante determinada no puede ser el mismo para todos los casos), las fronteras de la dignidad sí se aplican a todos los casos de AGS (lo que hace a la validez de la norma).

---

[907] Los embates que el comunitarismo realiza al liberalismo son estudiados, entre otros, por Carlos Nino. El análisis de este autor parte de una frase que utiliza como disparador: "El espectro de Hegel desafía una vez más al espíritu de Kant." (Nino, 1988, p. 363).

[908] Monereo Atienza, 2018, p. 13.

[909] Habermas, 1993.

[910] En este trabajo, la noción relacional se vincula a las intersubjetividades humanas, a las relaciones entre los miembros de la misma especie humana, en tanto seres que poseen dignidad. No obstante, se acepta que una noción más general comprenda, aunque no a partir de un diálogo racional de seres que poseen dignidad, si una consideración respetuosa hacia las restantes especies, capaces de sentir dolor, como así también hacia los demás elementos de la naturaleza, cuyo conjunto conforma la noción de *ambiente*.

[911] La validez universal de una norma significa que su obligatoriedad moral no depende de ningún contexto social ni de la concepción de bien individual ni de los fines individuales o sociales (Rivera López, 1995, p. 98). La universalidad se vincula a la validez, no al contenido de la norma. El contexto social sí influye sobre la noción de la igualdad; reconocer la existencia de desigualdades estructurales en la Región es un presupuesto de partida en la reformulación del valor igualdad.

No se desconoce que, para un sector importante del pensamiento contemporáneo, la modernidad no está inacabada, sino concluida. Para estos autores, los nuevos valores deben buscarse e inscribirse en la noción de postmodernidad.[912] Es una etapa donde se observa, con signo negativo, que el hombre otorga un uso instrumental a la razón, adaptándola a sus fines (dominio de la naturaleza mediante la técnica). Y que como consecuencia de ello haya generado una nueva dependencia que, en definitiva, se presenta como una nueva manifestación de irracionalidad.[913]

En lo que respecta a la dicotomía liberalismo/comunitarismo, se recuerda que una de las críticas habituales del pensamiento postmoderno, se refiere precisamente a la constante teórica de reflexionar en claves oposicionales binarias, tales como, por ejemplo, verdad/falsedad, unidad/diversidad, hombre/mujer. Esta forma, se dice, resulta insuficiente para explicar o comprender la experiencia humana como fenómeno complejo. De allí surge la apelación contemporánea a la deconstrucción, como método recurrente para quebrar dicho binarismo. Frente a ello, puede replicarse que la deconstrucción, como método de análisis de un fenómeno social, es propia de cualquier indagación crítica, en especial de preceptos normativos (o de las omisiones como en el caso de la GS), cuando se trata de encarar un estudio iusfilosófico. Como sea, de esta observación contra el binarismo se vale Cristina Monereo Atienza para concluir que, por eso mismo, tampoco tiene sentido detenerse en la confrontación, también binaria, modernidad/postmodernidad. "Posiblemente, en la búsqueda de equilibrio, se puedan combinar la incredulidad típicamente postmoderna respecto de

---

[912] Horkheimer y Adorno sostienen esta tesis del fin de la modernidad, producida por una confrontación dialéctica entre ilustración y mito. "En las grandes mutaciones de la civilización occidental, desde la transición a la religión olímpica hasta el Renacimiento, la Reforma y el ateísmo burgués, siempre que nuevos pueblos o clases reprimieron más decididamente al mito, el temor a la naturaleza incontrolada y amenazadora, consecuencia de su misma materialización y objetivización, fue degradado a superstición animista, y el dominio de la naturaleza, interior y externa, fue convertido en fin absoluto de la vida. Finalmente, automatizada la autoconservación, la razón es abandonada por aquellos que en cuanto guías de la producción han asumido su herencia y ahora la temen en los desheredados. La esencia de la Ilustración es la alternativa, cuya ineludibilidad es la del dominio. Los hombres habían tenido siempre que elegir entre su sumisión a la naturaleza y la sumisión de ésta al *sí mismo*. Con la expansión de la economía mercantil burguesa, el oscuro horizonte del mito es iluminado por el sol de la razón calculadora, bajo cuyos gélidos rayos maduran las semillas de la nueva barbarie. Bajo la coacción del dominio el trabajo humano ha conducido desde siempre lejos del mito, en cuyo círculo fatal volvió caer siempre de nuevo bajo el dominio." (Horkheimer y Adorno, 1998, p. 85).

[913] Yakushi sostiene: "En Dialéctica de la Ilustración (DI), Horkheimer y Adorno sostienen que el hombre moderno se ha dejado guiar por las falsas promesas de la Ilustración: el llegar a la mayoría de edad y dominar la naturaleza mediante la técnica son fines deseados. No obstante, su historia lo ha llevado a una aparente irracionalidad; parecería que ya no es el señor del mundo, sino más bien su siervo. Esto surge debido a un uso específico de la razón, su uso "instrumental" o de acuerdo a fines, cuyo máximo esplendor se dio en la Ilustración." (Yakushi, 2012, p. 123).

las metanarrativas, con el poder crítico y los mecanismos heredados de la Modernidad. La hibridación entre diferentes teorías es, sin duda, la tendencia actual."[914]

Y es tal hibridación la que abre la posibilidad de justificar un tercer espacio entre individualistas y comunitaristas.

Es que el caso específico de la dignidad humana en bioética, y más específico aún, en el de la gestante en la GS, requiere la reformulación de los valores tradicionales, principalmente del valor adjetivo de la igualdad, que no desatiendan el anclaje histórico y espacial del estudio del caso concreto.[915]

Conviene entonces en este estadio repasar los postulados de cada una de estas corrientes de pensamiento.

Un autor crítico del pensamiento liberal, Alasdair MacIntyre,[916] señala los rasgos distintivos de esa concepción. Expresa que el liberalismo: (i) defiende una moral compuesta por reglas aceptadas por cualquier individuo racional en circunstancias ideales, (ii) afirma la neutralidad de dichas reglas respecto de los intereses de los individuos, (iii) sostiene que las pautas morales también son neutrales en relación a concepciones de lo bueno que los individuos sostengan, (iv) recepta como único destinatario el individuo humano (no entes colectivos), y (v) destaca que las reglas deben ser aplicadas a todos los individuos humanos, con independencia de su contexto social.[917]

Del otro lado, la posición comunitarista sostiene que: (i) los principios de justicia y corrección moral derivan de una cierta concepción de lo bueno, (ii) en dicha concepción de lo bueno el elemento social es central y prevalente, (iii) los derechos y obligaciones de los individuos se relativizan en función de las particularidades de las relaciones con otros individuos, de su posición social y de las características peculiares de ésta y (iv) la crítica moral depende de la práctica moral de cada sociedad, conforme se manifiesta en las tradiciones, convenciones e instituciones sociales. En suma, para esta postura, se destaca la "primacía de una concepción de lo bueno sobre criterios de justicia o corrección que incorpora como central la pertenencia a una sociedad y a

[914] Monereo Atienza, 2018, p. 14.
[915] Todo ello teniendo en cuenta el método de reflexión bioética que, según enseña la doctrina, se caracteriza por ser dialógico, interdisciplinario, plural y democrático. (ampliar en: Kemelmajer de Carlucci, 2012, p. 2).
[916] MacIntyre, 1984.
[917] La versión castellana de tales rasgos distintivos se toma de Carlos Nino (Nino, 1988, p. 364).

asociaciones más restringidas y también se desarrolla mediante la práctica que se ejercita en el seno de esos grupos."[918]

Al respecto se destaca que, si bien el comunitarismo presenta un rostro ameno, en tanto pone énfasis en la visión realista del hombre y otorga valor a los lazos familiares y sociales como fundamento de derechos y deberes, presenta una contracara peligrosa: la posibilidad de derivar, en una versión extrema, de la defensa de una posición absolutista o totalitaria. En efecto, la prevalencia de lo *bueno* sobre los derechos individuales puede justificar políticas perfeccionistas (ideales de virtud que se privilegian sobre las decisiones individuales). De modo que la idea de que el elemento social es prevalente (concepción de lo bueno) puede llevar a justificar sacrificios de los individuos, y a la vez favorecer un estado concebido en términos holísticos. La representación literaria *Una investigación filosófica,*[919] muestra un extremo de este riesgo. Asimismo, la dependencia de la *crítica* a la *práctica moral* puede dar paso a un relativismo conservador, incapaz de resolver conflictos de quienes sostengan una praxis diferente a la colectiva.[920]

De lo dicho, de los riesgos concretos que entraña asumir una posición comunitarista, se concluye que ésta no es la solución –como reemplazo– a la concepción liberal.

Descartados los extremos, parece acertado asumir una posición teórica nueva que defienda las virtudes comprobadas de cada una de las posiciones dicotómicas (en términos binarios) aludidas, cuya base sean los principios y valores que sustentan los derechos fundamentales y el ideal de justicia humanista. Se trata de construir una

---

[918] Nino, 1988, p. 366-367.

[919] Kerr, 2010. ver Capítulo III, punto 2, ap. e).

[920] Nino, 1988, p. 367. En palabras textuales del autor: "En efecto, si los derechos son sólo medios para satisfacer alguna concepción de lo bueno, ¿por qué no prescindir de los derechos cuando ellos perturban tal satisfacción que puede ser alcanzada más eficazmente de otro modo? La idea de que el elemento social es prevalente en una concepción de lo bueno puede conducir a justificar sacrificios de los individuos como medio para promover o expandir el florecimiento de la sociedad o del estado concebido en términos holísticos. La exaltación de los vínculos particulares con grupos sociales como la familia o la nación puede servir de fundamento a las actitudes tribalistas o nacionalistas que subyacen a buena parte de los conflictos que la humanidad debe enfrentar. Por último, la dependencia de la crítica respecto de la práctica moral puede dar lugar a un relativismo conservador que, por un lado, es inepto para resolver conflictos entre quienes apelan a tradiciones o prácticas diferentes y, por el otro lado, no permite la valoración de esas tradiciones o prácticas en el contexto de una sociedad, ya que la valoración presupondría esas prácticas y no es posible discriminar entre prácticas valiosas o disvaliosas sin contar con principios morales que sean independientes de ellas. Dado este rostro poco atractivo que presenta el comunitarismo cuando sus tesis básicas son articuladas mostrando sus implicaciones naturales, la pregunta que cabe hacerse es si no es posible preservar del embate comunitario algunos postulados fundamentales del liberalismo que sirven de contención de tales implicaciones."

tercera alternativa que, sobre la base de una posición liberal de respeto de la autonomía, incorpore algunos postulados comunitaristas.

En este sentido, se recuerda la propuesta de Nino, que consiste en debilitar algunos aspectos del liberalismo, en su versión ortodoxa, sin que ello implique poner en peligro su núcleo central (autonomía), y asumir algunos postulados comunitaristas.

En primer término, este autor se ocupa de la disociación clásica liberal entre *crítica* y *práctica moral*. Tal separación tajante priva a la evaluación moral de toda base intersubjetiva. No obstante, la concesión no significa admitir una conexión completa, sino solo la *práctica de la discusión moral*. A esta práctica de la discusión moral se la entiende como la actividad humana y contingente de dar argumentos a favor o en contra de ciertos principios o soluciones morales. El control de constitucionalidad, por ejemplo, es una herramienta que integra dicha práctica de la discusión moral. Se trata de una manera de vincular crítica con práctica moral, y a la vez preservar el ideal liberal de someter todo a crítica.

Entre las funciones de la práctica de la discusión moral se destaca la posibilidad de superar conflictos y favorecer la cooperación entre las personas, mediante el consenso.

En segundo lugar, se debe admitir alguna concepción de lo *bueno*. Criterios como el de *universalidad* (principio de aplicabilidad de la norma a todas las situaciones que no difieran en propiedades relevantes) o el de *aceptabilidad de principios bajo condiciones de imparcialidad*, en sí mismos, son insuficientes para generar modelos de acción, si no se adopta alguna postura sobre lo bueno. Los supuestos de conflictos de derechos prueban esta afirmación. Esta concepción de lo bueno debe incorporar la autonomía, a la que se le permite limitarse a sí misma al momento de adherir a la moral social o intersubjetiva (lo que no sucede en la elección de acciones que afectan solo al agente).

Es decir, la práctica del discurso moral no se basa solamente en el aspecto procedimental de aceptar principios universales en condiciones ideales de racionalidad e imparcialidad, sino que además incluye un aspecto sustancial que es la autonomía personal. Dicha autonomía es necesaria para la consecución del bien que es la autorrealización. Nino sostiene que realizarse implica desarrollar las capacidades de

los individuos, tales como la intelectual, el placer, las experiencias estéticas y espirituales o la actividad física.[921]

El valor de la realización está calificado por la autonomía (la práctica del discurso racional busca resolver conflictos inter e intrapersonales) y ésta a su vez está calificada por la imparcialidad inherente del discurso moral.

> La autonomía es valiosa en la medida que beneficia a individuos, y dado que éstos son independientes y separados, la autonomía no se valora impersonalmente en forma agregativa. Esto quiere decir que no es objetivamente valioso el aumento o el ejercicio de la autonomía de un individuo que se hace a costa de que otros individuos tengan una menor autonomía que el primero. Esto excluye el valor impersonal del desarrollo de capacidades que implican daños a terceros. Si la autonomía no es objetivamente valiosa si no se distribuye en una forma aceptable, tampoco lo es la realización personal alcanzada a través de esa autonomía.[922]

En este marco conceptual, el presupuesto de análisis del cual se parte es el reconocimiento de las diferentes situaciones de desigualdad de base verificables en el entramado social que, debido a las fuerzas estructuralmente dispares en tensión, se traduce en las posibles vulnerabilidades de las personas con capacidad para gestar. Y, con ello, la posibilidad concreta de no realización del bien (autorrealización).

Este fenómeno inequitativo es lo que justifica la exigencia *sine qua non* de verificar, en cada caso sometido a argumentación (principalmente, a la autorización judicial), la inexistencia de vicios en la voluntad o condicionantes de la persona gestante (control *ex ante* de la condición de validez).

Desde esta concepción del bien e ideal de excelencia se postula una posible guía de abordaje para la resolución del caso puesto a debate. Cualquier regulación jurídica deberá atender al contexto relacional y contener la suficiente prevención de que las inequidades contextuales no generen nuevas desigualdades, ni expongan a la gestante a riesgos físicos o psicológicos no queridos, por muy atendibles que sean los derechos humanos involucrados de los padres de intención.

Se acepta que lo dicho pueda ser interpretado como una concepción paternalista, pero, como se dijo, se trata de un paternalismo jurídico justificado. De ninguna manera puede considerarse una actitud perfeccionista, pues tiene base en un *bien* que se

---

[921] Nino, 1988, p. 370-375.
[922] Nino, 1988, p. 375.

sustenta en la autonomía personal y es alcanzado por consenso dialógico. Ningún derecho humano de los padres de intención (derecho a la vida privada y familiar, a la paternidad/maternidad) puede ejercerse a costa de la integridad psicofísica de la gestante, sin reconocer en ésta una voluntad real de limitar su autonomía (la buena voluntad o altruismo). En consecuencia, en el supuesto de que se pruebe la situación de vulnerabilidad de las personas con capacidad de gestar derivada de su desigualdad estructural, se debe presumir su voluntad viciada; por lo tanto, sin prueba en contrario la práctica no debería autorizarse. De la misma manera que la voluntad viciada afecta la autonomía, la vulnerabilidad (en cuya raíz se encuentra la desigualdad estructural) es condicionante de la solidaridad.

La concepción del bien requiere de un mínimo de dignidad común (lo que nos acerca al comunitarismo) basado en una igualdad sustancial compleja (igualdad como no sometimiento), que excede la mera igualación de recursos al estilo liberal tradicional, para el ejercicio efectivo de la libertad positiva. Pero, a la vez, no se desentiende de las notas típicas del valor originario de la modernidad liberal, ahora reajustado por la influencia de los derechos sociales, económicos y culturales.[923] Aunque, en materia bioética en general y en la GS en particular, se debe estar atento al resultado concreto (igualdad en los resultados), que deriva de su base relacional (sujeto contextualizado o "situado" en la concepción de Butler[924]).

b) Autonomía relacional

Dentro de la reformulación o reinterpretación de los valores tradicionales, debe prestarse atención especial a la autonomía, pues la voluntad real de la gestante de fin altruista es la que, en definitiva, sellará la suerte de la justificación del AGS. Además, como se dijo, la autonomía es inherente a la justificación del bien.

La capacidad de la persona para desarrollar su propio concepto de bien, de vida buena, es propia de una concepción liberal de lo que debe entenderse por autonomía.

---

[923] Saba, 2016.

[924] Butler, 2017, p. 43 y sig. Para esta autora, el sujeto (el "yo") está constituido discursivamente, no existe un antes no histórico. "…la cuestión de las mujeres como sujeto del feminismo plantea la posibilidad de que no haya un sujeto que exista «antes» de la ley, esperando la representación en y por esta ley. Quizás el sujeto y la invocación de un «antes» temporal sean creados por la ley como un fundamento ficticio de su propia afirmación de legitimidad. La hipótesis prevaleciente de la integridad ontológica del sujeto antes de la ley debe ser entendida como el vestigio contemporáneo de la hipótesis del estado de naturaleza, esa fábula fundacionista que sienta las bases de las estructuras jurídicas del liberalismo clásico. La invocación performativa de un «antes» no histórico se convierte en la premisa fundacional que asegura una ontología presocial de individuos que aceptan libremente ser gobernados y, con ello, forman la legitimidad del contrato social." (Butler, 2017, p. 45).

Se ha visto que, en sentido kantiano, se refiere a la capacidad del agente de darse a sí mismo la ley moral. De autolegislarse. Y que a la autonomía se la identifica con la libertad en tanto no deriva de algo superior (heteronomía), sino que se origina en la propia voluntad del sujeto.[925]

Aquí ingresa el concepto de libertad positiva definida por I. Berlín:

> El sentido «positivo» de la palabra «libertad» se deriva del deseo por parte del individuo de ser su propio amo. Quiero que mi vida y mis decisiones dependan de mí mismo, y no de fuerzas exteriores, sean éstas del tipo que sean. Quiero ser el instrumento de mis propios actos voluntarios y no de los de otros hombres. Quiero ser un sujeto y no un objeto; quiero persuadirme por razones, por propósitos conscientes míos y no por causas que me afecten, por así decirlo, desde fuera. Quiero ser alguien, no nadie; quiero actuar, decidir, no que decidan por mí; dirigirme a mí mismo y no ser accionado por una naturaleza externa o por otros hombres como si fuera una cosa, un animal o un esclavo incapaz de jugar mi papel como humano, esto es, concebir y realizar fines y conductas propias. Esto es, por lo menos, parte de lo quiero decir cuando afirmo que soy racional y que mi razón es lo que me distingue como ser humano del resto del mundo.[926]

A esta autosuficiencia, a esta libertad positiva entendida como autonomía, se le debe vincular también el concepto de no interferencia por parte de terceros, es decir, el concepto de libertad en sentido negativo, entendido con lo "íntimo y privado".[927]

Siguiendo a I. Berlín, se es libre en la medida en que ningún hombre ni ningún grupo de hombres interfieren en la actividad individual.[928]

> […]sea cual sea el principio con el que determinar el alcance de la no interferencia, sea éste el de la ley natural, el de los derechos naturales, el principio de utilidad, los pronunciamientos del imperativo categórico, la santidad del contrato social, o cualquier otro concepto usado por los hombres para aclarar y justificar sus convicciones, libertad en este sentido significa estar libre de: ausencia de interferencia más allá de una frontera, variable, pero siempre reconocible[…][929]

Es importante destacar que las críticas a la visión liberal de la persona y de la libertad, caracterizada como individualista, no han alcanzado a la autonomía. Como

[925] Kant, 2012.
[926] Berlín, 2001, p. 60.
[927] Monereo Atienza, 2018, p. 23.
[928] Berlín, 2001, p. 47.
[929] Berlín, 2001, p. 54.

señala Monereo Atienza, "el principal problema no es la autonomía en sí, sino la interpretación excesivamente individualista de la misma. El inconveniente es la imposición de un tipo de individualismo: el posesivo y el propietario."[930]

Desde la posición liberal individualista, una teoría de la justicia mira la conducta y las normas que la regulan antes que los resultados. En términos aristotélicos, a este liberalismo le interesa más la justicia conmutativa que la distributiva. De manera que la crítica más seria al liberalismo clásico se puede concentrar en la "excesiva abstracción" de la persona (también en una visión simple de lo social) y en su "descontextualización social", cuando se trata de aplicar las reglas liberales. En suma, cuando prescinde del concepto de libertad social, de la consideración del individuo como ser social y de la influencia del entorno que contribuye a la noción de vida buena.[931]

Una lectura comunitarista de la posición liberal (tradicional) critica también que el Estado y el derecho deban permanecer neutrales, esto es, que no indiquen ni mucho menos impongan ninguna concepción determinada de lo que es el bien para el individuo. Y se limite, en cambio, solo a defender la coexistencia de distintas concepciones del bien.

Desde el punto de vista comunitarista, la posibilidad de que los individuos elijan una concepción de bien de manera autónoma implica la necesaria influencia del contexto social, que influye desde la niñez.[932]

---

[930] Y agrega la autora: "El individualismo afectó a la esfera personal, económica y política, ofreciendo una visión abstracta del individuo y una visión simplificada de la Sociedad y el Estado cuyas bases se encuentran en las teorías liberales contractualistas de Thomas Hobbes, John Locke o Inmanuel Kant". (Monereo Atienza, 2018, p. 25).

[931] Monereo Atienza, 2018, p. 26.

[932] "Para ser capaz de juzgar por sí mismo, el individuo debe aprender de los demás sobre lo bueno en general y sobre lo bueno para él mismo, y los primeros de quienes se aprende suelen ser padres, tías, cuidadores, etcétera. Ahora bien: para desarrollar sus facultades como razonador independiente y florecer así *qua* miembro de su especie, cada individuo debe pasar de la aceptación de esas primeras enseñanzas a la elaboración de sus propios juicios independientes respecto a bienes;"

[…]

"En gran parte de la filosofía moral el punto de partida supone ya la existencia de razonadores prácticos, independientes y maduros cuyas relaciones sociales son del mundo adulto. Si se llega a hablar de ella, la infancia es un tema al que se presta poca atención y de manera circunstancial. Pero los razonadores prácticos entran al mundo adulto con relaciones, experiencias, actitudes y capacidades que traen consigo desde la infancia y la adolescencia, y que en una gran medida no pueden desestimar ni eliminar. Llegar a ser un auténtico razonador práctico independiente es un logro, pero siempre es un logro para el que los demás también han contribuido de manera esencial."

[…]

"En ningún momento del desarrollo, ni en el ejercicio del razonamiento práctico independiente, se deja de depender por completo de otras personas."

(MacIntyre, 2001, p. 89 –primer párrafo transcripto–; p. 99 y 100 –segundo párrafo– y p. 116 –tercer párrafo–).

En cuanto a la neutralidad de la intervención estatal, explica Silvina Alvarez, el punto más conflictivo de la libertad positiva (identificada con la autonomía) es la capacidad de intervención del Estado para proteger o promover determinados fines o valores. Tal ayuda estatal se puede interpretar de dos maneras. Por un lado, en sentido débil, como ayuda para adquirir o desarrollar la autonomía en tanto capacidad (ayuda al ser humano en su formación como ser racional e independiente). Por el otro, en sentido fuerte, como promoción del ejercicio de la autonomía ya concebida de una determinada manera en contextos específicos. Si se atiende a este doble aspecto de la libertad positiva, tal vez puedan eliminarse algunos de los riesgos que ella encierra, sin que por ello se tenga que negar relevancia a la libertad entendida como capacidad efectiva de la persona para decidir y actuar. En palabras de I. Berlín, para ser su propio amo.[933]

Por ello, para una visión comunitarista, la libertad en su faz negativa puede ser valiosa en la medida que resulte útil para la libertad en su faz positiva, en cualquiera de los sentidos indicados (débil o fuerte).

Se puede decir entonces que la crítica comunitarista acierta cuando parte de la necesidad de reconocimiento de cierta concepción de lo que es el bien. Como ya se señaló, para Nino, los criterios de universalidad y de aceptabilidad de principios bajo condiciones de imparcialidad resultan insuficientes, en sí mismos, para generar líneas de acción, si no presuponen alguna concepción de bien.[934]

Esta crítica, la del enfoque de la autonomía como noción tradicional liberal individualista por parte del comunitarismo permite, a su vez, pensar en una relación con otros conceptos como la interdependencia o vulnerabilidad, que se valoran en un contexto específico. En consecuencia, el papel del Estado no es neutral. Empero, esto no significa una reivindicación del comunitarismo, entendido como una entidad o como un bien colectivo que se debe privilegiar ante el derecho de los individuos.[935]

Una visión interesante para analizar la autonomía en clave de relectura, que a su vez reconozca puntos de contacto entre liberalismo y comunitarismo, es la teoría de las capacidades.[936] Esta teoría, que reconoce un punto de partida liberal, se enfoca en la dependencia humana derivada de las relaciones de respeto y cuidado. Considera al

[933] Alvarez, 1999, p. 83-84.
[934] Nino, 1988, p. 372.
[935] Monereo Atienza, 2018, p. 30.
[936] Sen, 2010 y 2019.

sujeto situado en la historia y en el ambiente social, sin que ello implique aceptar algún tipo de holismo o colectividad que disuelva a los individuos (lo que debe ser rechazado). Las necesidades se interpretan sobre la base de las capacidades. No obstante, el acento persiste sobre el punto de partida. Se trata de un enfoque que contrasta a aquellos basados en la utilidad o en los recursos. "… en el enfoque de la capacidad la ventaja individual se juzga según la capacidad de una persona para hacer cosas que tenga razón para valorar."[937] La oportunidad real que tenga una persona se juzga en relación con la libertad. En palabras de Amartya Sen:

> El foco aquí es la libertad que una persona realmente tiene para hacer esto o aquello, las cosas que le resulta valioso ser o hacer. Obviamente, es muy importante para nosotros ser capaces de lograr las cosas que más valoramos. Pero la idea de la libertad también respeta nuestro ser libre para determinar qué deseamos, qué valoramos y en última instancia qué decidimos escoger. El concepto de capacidad se vincula así muy estrechamente al aspecto de oportunidad de la libertad, visto desde la perspectiva de las oportunidades «comprehensivas» y no sólo desde el enfoque de lo que sucede con la «culminación».[938]

Dicho de otra manera, el sujeto es autónomo en consideración a las capacidades vistas en términos de partida, antes que sobre resultados. De allí que el acento deba estar en las oportunidades del diseño de la vida propia, y no de un tipo de vida determinado.[939] Se trata de un enfoque general cuyo foco recae en la noticia sobre las ventajas individuales, valoradas desde el punto de vista de la oportunidad, y no de un "diseño" específico sobre la mejor organización de la sociedad. Además, se concentra en la vida humana y no solo en aspectos separados de ella; le interesa la pluralidad de aspectos que la componen y la concentración a las "oportunidades reales" de vivir, antes que los medios. Asimismo, prescinde de lo que la persona termina realizando, es decir, interesa lo que la persona es capaz de hacer, aproveche o no la oportunidad.[940]

Otra perspectiva de interés es la teoría de la autonomía basada en el reconocimiento recíproco (Honneth).[941] A diferencia de la teoría de las capacidades,

---

[937] Sen, 2019, p. 261.
[938] Sen, 2019, p. 262.
[939] Monereo Atienza, 2018, p. 43-45.
[940] Sen, 2019, p. 262-265.
[941] "El concepto de "reconocimiento" –en alguna de sus versiones– ha desempeñado siempre un papel esencial dentro de la filosofía práctica. En la ética antigua predominó la convicción de que sólo la persona cuya conducta era motivo de aprecio social en la polis era capaz de llevar una vida buena. La filosofía moral escocesa consideraba que la desaprobación o el reconocimiento públicos representan un

donde lo intersubjetivo es instrumental al desarrollo de las capacidades individuales (influencia del ambiente al momento de tomar decisiones), la teoría del reconocimiento recíproco no pone el foco en la interrelación *para* elaborar el concepto de bien, sino en el intercambio de argumentos *sobre* la concepción de bien. La interacción de los demás sujetos influye (y enriquece) la concepción individual del agente y, en consecuencia, actúa sobre su autodeterminación. De manera que la autonomía no se visualiza como *autosuficiencia*, pero sí como un acto libre y racional. La participación argumentativa del sujeto en la comunidad requiere de su actitud crítica, reflexiva, y no meramente superficial o conformista, para evitar el riesgo de que, por ejemplo, determinados valores (o creencias) arraigados en una sociedad terminen por influir en sus decisiones. La autonomía así considerada, conecta también con la justicia social (si el reconocimiento es de un colectivo al que pertenece el sujeto con una identidad determinada). En suma: "La autoconfianza, el auto-respeto y la autoestima se adquieren gracias a un proceso intersubjetivo en el que el sujeto toma conciencia de sí mismo y de los demás como seres iguales y dignos."[942]

De modo que, en cualquiera de las diferentes concepciones, cabe reparar en la autonomía como valor justificativo de actuación del agente. Su reformulación en clave actual implica incluir el factor intersubjetivo o relacional y las oportunidades reales (capacidades) de la propia persona en la elaboración de sus fines razonados.

c) La igualdad compleja

El concepto de igualdad entendida como no sometimiento es complejo, en tanto se nutre de influencias del liberalismo y del comunitarismo. La dignidad humana con

---

mecanismo social que estimula al individuo a obtener las virtudes deseables. Finalmente, con Kant, la noción de "respeto" se convierte en uno de los más altos principios de toda moral, conteniendo incluso el núcleo del imperativo categórico de tratar a cada ser humano como un fin en sí mismo. Sin embargo, ninguno de los autores clásicos (con la notoria excepción de Hegel, que al respecto fue un precursor solitario) toma el principio del reconocimiento como fundamento de una ética. Pese a tener una cierta importancia indirecta, este concepto permaneció siempre en la sombra de otras determinaciones, consideradas más relevantes." (Honneth, 1997, p. 236).

[942] Monereo Atienza, 2018, p. 47-50.

Más adelante, la autora agrega: "…Axel Honneth defiende que el contexto establece un marco de opciones valiosas, pero se centra en el papel que los otros tienen en la manera de realizar las propias opciones. Los otros son relevantes ya que condicionan las propias decisiones y, además, ser reconocido es una condición psicológica de posibilidad para ser sujeto autónomo. Es decir, lo que hace que un sujeto tenga «agencia» requiere previamente el que uno mismo sea capaz de sustentar una actitud de confianza, de auto-respeto y autoestima hacia uno mismo que depende a la vez de las actitudes sustentadas por los otros hacia nosotros. En definitiva, las relaciones de *emoción y cuidado* son fundamentales para la *autoconfianza*. Las relaciones de *respeto universal de la dignidad de todo ser humano* apoyadas institucionalmente es lo que favorece el *auto-respeto*. Las relaciones de *solidaridad* y valores compartidos es una comunidad es lo que permite la construcción de la *autoestima*. La autoconfianza, el auto-respeto y la autoestima es lo que sustenta la autonomía personal." (Monereo Atienza, 2018, p. 53-54) (la cursiva es propia).

base en la capacidad para la autonomía y el respeto del principio de la diferencia,[943] por un lado, y la contextualidad y relacionalidad, por el otro, sin que ello implique admitir nuevas construcciones de identidades colectivas, permiten una intersección entre ambas corrientes de pensamiento.

Por lo tanto, para avanzar con el objetivo que me he propuesto, resulta pertinente revisar algunas de dichas posiciones, de las que se intentará extraer elementos que contribuyan a la interpretación en clave actual de la noción de igualdad.

Para Alexy, hablar de igualdad implica discriminar y realizar una comparación entre personas y situaciones personales en relación con determinadas propiedades. Es decir, siempre se habla de igualdad o de su opuesto –desigualdad– en relación con determinadas propiedades.[944]

En la teoría de Rawls,[945] el principio de igualdad de oportunidades combinado con el principio de la diferencia es lo que permite concluir que la Justicia, se consigue a partir de una igualación en las oportunidades de los bienes primarios, los que permitirán llegar al bienestar. Si bien esta teoría significó un avance hacia la igualdad sustancial, de ella se critica que es formalista, en tanto los bienes primarios son bienes de libertad. "No vale entender la igualdad material únicamente como igualdad de oportunidades. Se precisa hacer un seguimiento continuo de los individuos para comprobar que realmente transforman esos bienes en capacidades, y ayudarles para que lo hagan con el fin de que todos puedan alcanzar sus metas y una vida digna."[946] Además, se trata de una tesis procedimentalista, cuyo sentido está orientado a pensar la justicia en términos de procedimiento –en sí mismo–, y no en sus resultados.

En su *Teoría de la Justicia,*[947] Rawls establece una serie de principios de justicia razonables y aceptables por todos, donde se valora la libertad por sobre cualquier otra consideración. Pero sin tomar nota de que esa libertad se traduzca en un

---

[943] O el enfoque como *dominación* destinado a deconstruir esa diferencia (Mackinnon, 2014, p. 77).
[944] "La igualdad, al igual que la desigualdad, de individuos y situaciones personales es siempre igualdad y desigualdad con respecto a determinadas propiedades. Juicios de igualdad, que constatan la igualdad con respecto a determinadas propiedades, son juicios sobre relaciones triádicas: *a* es igual a *b* con respecto a la propiedad *P* (propiedades P1, P2, ..., Pn). Este tipo de juicios son juicios sobre igualdad parcial, es decir, una igualdad fáctica referida sólo a algunas y no a todas las propiedades del par de comparación. Son verdaderos si tanto *a* como *b* poseen la propiedad *P* (las propiedades P1, P2. .... Pn). Lo mismo vale para los juicios de desigualdad. Los juicios sobre igualdad fáctica parcial no dicen todavía nada acerca de si está ordenado un tratamiento igual o uno desigual. La igualdad fáctica parcial es conciliable con un tratamiento desigual y la desigualdad fáctica parcial, con un tratamiento igual." (Alexy, 1993, p. 387).
[945] Rawls, 2012.
[946] Monereo Atienza, 2018, p. 66.
[947] Rawls, 2012, p. 59 y sig.

grado o calidad de vida digna. De esta manera, la teoría toleraría que las *necesidades básicas* queden eventualmente insatisfechas, siempre que ello no le cause mayor perjuicio al agente y beneficie de algún modo a los más desventajados (aunque esa distribución tampoco fuese la más beneficiosa para éstos).[948]

Dworkin señala una diferencia entre tratar a las personas de manera equitativa, con respecto a un determinado bien o recurso, y tratarlas como iguales. En tal sentido, considera dos nociones de igualdad dentro de la justicia distributiva: la *igualdad bienestar* (trata a las personas como iguales cuando distribuye o transfiere recursos entre ellas hasta que ninguna transferencia adicional consiga que su bienestar sea más equitativo) e *igualdad de recursos* (la transferencia es hasta que ninguna transferencia adicional haga que sus recursos totales transferidos sean más equitativos).[949] En cuanto a los recursos, Dworkin diferencia entre los *personales* y los *impersonales*. Entre los primeros están la salud, destrezas físicas y mentales y otros talentos y capacidades que puede poner a disposición de su vida. Entre los segundos, las propiedades, las materias primas y los derechos legales. Los recursos personales son intransferibles; se nace con talento o no, con fuerza o sin ella, con buena o mala salud, no siendo posible cambiar tales condiciones. Los recursos impersonales se pueden repartir.[950] La igualdad, para este autor, procura compensar las desigualdades personales de la manera más eficiente posible. Para ello separa la igualdad de bienestar (el bienestar depende de gustos o circunstancias subjetivas) de la de recursos, siendo esta última la que debe igualarse (una persona con limitaciones, minusvalía, falta de talento). El afán de determinar qué tipo de diferencias no son aceptables porque causan discriminaciones importa, en definitiva, fijar qué significa vivir bien o con dignidad.[951]

Amartya Sen también se diferencia de Rawls (aun en nota liberal) en su teoría de las capacidades. Sostiene que no es suficiente tener oportunidades para el bienestar (los bienes primarios para Rawls). Antes que oportunidades es importante poseer *capacidades* para funcionar. Las capacidades son vistas como libertad para la búsqueda del contenido del bienestar. Existen muchos factores, entre ellos, la edad, el contexto social y cultural, el factor económico, que inciden en el aumento o disminución de las capacidades. Así, por ejemplo, la riqueza no es algo que

[948] Monereo Atienza, 2018, p. 67.
[949] Dworkin, 2003, p. 21 y sig.
[950] Dworkin, 1993, p. 182 y sig.
[951] Camps, 1997.

corresponda valorar en sí misma, ni es un indicador de la clase de vidas que se pueda vivir. "Una persona con una severa discapacidad no puede ser considerada más aventajada solo porque tiene más ingreso o riqueza que su vecino fuerte y sano."[952] Como ya se anticipó en el apartado anterior, el enfoque de las capacidades se concentra en las "vidas humanas" –y no solo en los recursos en sentido posesivo–,[953] esto es, en que las personas puedan decidir realizar todas las cosas que valora (la libertad real).

De allí que Martha Nussbaum propusiera "una lista de funcionamientos y capacidades comunes a todos los seres humanos independientemente de la cultura en la que se inserten, ofreciendo de este modo un concepto universal de ser humano, sin menospreciar el contexto social."[954] Integran ese listado la vida, la salud física, la integridad física, los sentidos, imaginación y pensamientos, las emociones, la razón práctica, el control del propio entorno, entre otras.[955]

De nuevo, Sen insiste que la posición de Rawls, que reduce la justicia al reparto equitativo de los bienes básicos, es insuficiente. Entiende que no basta hablar de bienes básicos; la relación entre éstos y el bienestar puede variar debido a las diferencias personales. El bienestar depende de la capacidad de usar tales bienes o elegirlos. En sentido análogo a esta interpretación se expresa Camps: "No basta tener «oportunidades de bienestar», que es lo que ofrecen los bienes básicos de Rawls. No bastan las oportunidades de funcionamiento en un sentido o en otro: hay que tener capacidad de funcionar. Los bienes, los recursos, los ingresos ayudan, pero son insuficientes si faltan las capacidades."[956]

No obstante, aún en este registro de Sen, Nussbaum defiende su propuesta (listado de funcionamientos y capacidades mínimo) como un complemento a la teoría de Rawls.

> [Amartya]Sen centra el enfoque en una evaluación comparativa de la calidad de vida, aunque también le interesan las cuestiones de justicia social. Yo lo he usado, en cambio, como base filosófica para una teoría de los derechos básicos

[952] Sen, 2019, p. 283.
[953] "En la exaltada posición que Rawls concede a la métrica de los bienes primarios, hay cierta propensión a restar importancia al hecho de que personas diferentes, por sus características propias o por la influencia del ambiente físico y social, o por la privación relativa (cuando las ventajas absolutas de una persona dependen de su posición relativa en comparación con otras), pueden tener muy variadas oportunidades para convertir recursos generales (como el ingreso y la riqueza) en capacidades: lo que pueden hacer realmente o no." (Sen, 2019, p. 291).
[954] Monereo Atienza, 2018, p. 71.
[955] Nussbaum, 2007, p. 88 y 89.
[956] Camps, 1997.

> de los seres humanos que deben ser respetados y aplicados por los gobiernos de todos los países, como requisito mínimo del respeto por la dignidad humana. En *Las mujeres y el desarrollo humano* y otros textos sostuve que la mejor forma de plantear la idea de un mínimo social básico es un enfoque basado en las *capacidades humanas,* es decir, en aquello que las personas son efectivamente capaces de hacer y ser, según una idea intuitiva de lo que es una vida acorde con la dignidad del ser humano.[957]

Lo que hace esta autora es formular unos mínimos de contenido esencialistas (incluye un *umbral* para la capacidad por debajo del cual no se puede funcionar de modo auténticamente humano), aunque aclara que el concepto naturaleza humana lo utiliza con un criterio evaluativo,[958] en el afán de dar sustancia a la idea abstracta de dignidad humana. Se trata, en suma, de una idea de *bien* que no prescinde de la realidad histórica, pero parte del reconocimiento de experiencias compartidas con base en cierto

---

[957] Y a renglón seguido agrega: "Las capacidades se presentan así como la fuente de los principios políticos para una sociedad liberal y pluralista; su contexto es un tipo de liberalismo político que los convierte en fines específicamente políticos y los formula de un modo que evita toda fundamentación metafísica específica. Así presentadas y defendidas argumentativamente, las capacidades pueden dar lugar en mi opinión a un consenso entrecruzado entre personas que de otro modo tendrían unas concepciones comprehensivas del bien muy distintas." (Nussbaum, 2007, p. 83).

[958] "¿Por qué especifica el enfoque una única lista de capacidades y un único umbral? Es preciso abordar ahora esta cuestión, pues es evidentemente crucial para tratar el asunto de las capacidades en el caso de las personas con deficiencias mentales. El enfoque de las capacidades parte de una concepción política del ser humano y de la idea de una vida acorde con la dignidad del ser humano. Parte, pues, de una concepción de la especie y de las actividades características de la especie. Pero debemos ir con mucho cuidado al decir para que vamos a usar la idea de la naturaleza humana, pues el pensamiento ético y político ha producido otros enfoques que usan la idea de la naturaleza humana de modo muy distinto. Antes que nada, debo decir que en mi teoría la idea de la naturaleza humana es pura y explícitamente *evaluativa,* y en particular *éticamente evaluativa:* entre los muchos aspectos que definen una forma de vida característicamente humana, seleccionamos algunos que parecen tan normativamente fundamentales que una vida que carezca de toda posibilidad de ejercitar alguno de ellos, en cualquier nivel, no es una vida plenamente humana, una vida acorde con la dignidad humana, por más que otros estén presentes. Si la imposibilidad afecta a un número suficiente de estos aspectos (como en el caso de una persona en un estado vegetativo permanente), podemos concluir que esta vida ya no es una vida humana en absoluto. Una vez identificado este umbral (extremo), buscaremos un umbral más elevado, el nivel por encima del cual no solo es posible una vida humana, sino una *buena vida.* En otras palabras, ciertas condiciones de un ser, por ejemplo, un estado vegetativo permanente de (lo que antes era) un ser humano, nos hace decir que ya no es una vida humana, en ningún sentido de la palabra, dado que toda posibilidad de *pensamiento, percepción y relación* ha quedado irrevocablemente anulada. (Obsérvese que no decimos lo mismo cuando solo quedan anuladas una o varias de las modalidades de percepción; solo lo decimos si todo un grupo de capacidades humanas básicas queda irrevocable y enteramente anulado. Existe, pues, una estrecha relación entre este umbral y la definición médica de la muerte. Y tampoco decimos lo mismo si alguna de las capacidades, tomada al azar, queda anulada: tendría que ser todo un grupo de capacidades y lo bastante relevantes como para suponer la muerte de cualquier cosa que se parezca a una forma de vida característicamente humana. Dos ejemplos serían la persona que se encuentra en un estado vegetativo permanente y el niño anencefálico). Luego buscamos, de forma aproximada e intuitiva, un punto más elevado a partir del cual se abre para el ser humano la posibilidad de una buena vida, dedicando especial atención a las condiciones sociales de esa vida. También habrá condiciones naturales, aunque a medida que la biología cambia las posibilidades médicas debemos tener presente que algunas contingencias que antes pertenecían al reino del azar o de la naturaleza pueden pertenecer ahora al reino social, al reino de la justicia." (Nusbaum, 2007, p. 185-186).

intuicionismo.[959] Lo considera como una especie de ofrecimiento para el diálogo entre diferentes comunidades con visiones distintas (parciales) del *bien*.

Monereo Atienza resalta que la ventaja de la teoría de las capacidades radica en evitar el relativismo cultural, contiene una dirección no instrumental o procedimentalista de la justicia, y atiende al resultado (a la consecuencia). A su vez, se trata de una idea que requiere de la aceptabilidad y del acuerdo (por buenas razones). En suma, las capacidades serían para Amartya Sen un espacio de evaluación de la igualdad, mientras que para Martha Nussbaum son principios políticos básicos en forma de garantías constitucionales cuya nota es la exigibilidad. Se trata, pues, de una teoría dirigida al resultado.[960]

Ahora bien, en el afán de incluir aportes de la visión comunitarista, tales como la admisión del reconocimiento de las diferencias antes que pensar en una sola forma de consenso racional sobre la justicia, se debe estar atento al riesgo de no asumir algún tipo de identidad moral comunitaria, o de reivindicación de ésta por sobre los derechos individuales.

Es posible que en este registro se encuentre la teoría de la igualdad compleja de Michael Walzer,[961] siempre dentro de un concepto de justicia distributiva (se trata de una concepción comunitarista), que no se reduce a un principio de igualdad unitario sino plural. Para este autor, debe reconocerse una pluralidad de principios de justicia, y ese pluralismo es la base de la igualdad.

> La justicia es una construcción humana, y es dudoso que pueda ser realizada de una sola manera. En cualquier caso, he de empezar dudando, y más que dudando, de esta hipótesis filosófica estándar. Las preguntas que plantea la teoría de la justicia distributiva consienten una gama de respuestas, y dentro de esa gama hay espacio para la diversidad cultural y la opción política. No es solo cosa de aplicar un principio singular determinado o un conjunto de principios en momentos históricos distintos. Nadie negaría que hay una gama

[959] "También argumentaré, de nuevo confiando en la idea intuitiva de la dignidad humana, que las capacidades en cuestión deberían atribuirse a todas y cada una de las personas, para tratarlas así como fines y no como medias para los fines de otros. (Este aspecto del enfoque tiene una aplicación evidente al terreno de la igualdad sexual, pues las mujeres han sido tratadas demasiadas veces como colaboradoras para los fines de otros más que como fines por derecho propio.) Por Ultimo, mi enfoque introduce la idea de *un umbral para cada capacidad,* por debajo del cual se considera que los ciudadanos no pueden funcionar de un modo auténticamente humano; la meta social debería entenderse en el sentido de lograr que los ciudadanos se sitúen por encima de este umbral de capacidad (Esa no sería la única meta social importante: en esta medida, solo pretendo ofrecer una versión parcial y mínima de la justicia social)" (Nussbaum, 2007, p. 83).
[960] Monereo Atienza, 2018, p. 72.
[961] Walzer, 1997, y Walzer, 2015.

> de aplicaciones morales permisibles. Yo pretendo añadir algo más que esto: que los principios de la justicia son en sí mismo plurales en su forma; que bienes sociales distintos deberían ser distribuidos por razones distintas en arreglo a diferentes procedimientos y por distintos agentes; y que todas estas diferencias derivan de la comprensión de los bienes sociales mismos, lo cual es producto inevitable del particularismo histórico y cultural.[962]

La idea de diferentes esferas de justicia, de bienes sociales, procedimientos e individuos distintos es por demás gráfica. Algunos ganarán más dinero, otros obtendrán mayor reconocimiento laboral, o una posición política más ventajosa. No hay posibilidad de trazar una única línea divisoria que separe a los individuos y a la igualdad de la desigualdad, lo que para Walzer sería el problema de las teorías liberales. En su idea, algunas esferas tendrán como criterio de distribución la necesidad y otras el mercado. El ideal, en todo caso, es que no se produzca la asimilación entre las esferas, pues cada bien contenido en ellas tiene un significado social distinto, del que se deriva un principio de distribución específico.[963]

La igualdad compleja, para Walzer, se consigue si se erradica la "dominación". Y ello se logra si los "bienes sociales" son distribuidos por razones diferentes e internas. La justicia es vista como arte de la diferenciación, siendo la igualdad el resultado de ese arte.[964] Parte de la noción que la sociedad humana es una comunidad distributiva, esto es, que las personas nos asociamos para compartir, dividir e intercambiar dichos bienes sociales. El presupuesto de partida es la noción de pluralismo, tanto de los bienes como de los criterios o sistemas distributivos.[965]

Se puede sostener que el discurso de Walzer adopta un enfoque comunitarista dentro del liberalismo. No percibe a las corrientes normativas como excluyentes, sino complementarias. Su enfoque, que podría denominarse *universalismo contextual,* postula: (i) que no existe un único principio general de justicia, ni tampoco una posibilidad práctica de fundamentar racionalmente este principio único, prescindiendo de la realidad social e histórica; (ii) que no existe un único marco *(setting)* donde pueda realizarse la vida buena *(good life).* Se advierte en esta segunda característica del modelo, su correspondencia a una concepción tradicional de vida buena. Para el autor, no existe una relación unívoca entre vida buena y un contexto específico, sino que

[962] Walzer, 1997 y 2015, p. 19.
[963] Monereo Atienza, 2018, p. 81.
[964] Walzer, 2015, p. 13.
[965] Walzer, 2015, p. 17 y 18.

dicha vida buena puede desarrollarse en contextos plurales. Lo determinante, entonces, es el tipo de relación que las personas mantienen entre sí. De ello se deduce que su posición no es relativista; lo que sí hace es relativizar el universalismo imperante en las teorías de justicia estándares (tanto liberales como comunitaristas), con lo que logra defender un marco pluralista para analizar la práctica y la teoría liberal. Es un contextualismo que no busca la separación con la tradición liberal; antes bien recoge uno de sus signos distintivos más preciados que es el pluralismo. Además de esta característica señalada, el universalismo contextual, la teoría de Walzer percibe al liberalismo como una teoría de relaciones (*a theory of relationships),* centrada en la voluntariedad, entendida con un sentido de salida *(exit),* como retiro. Ello significa imponer un límite práctico de corte individualista, que engendra disociacionismo e indiferencia. Para superarlo propone corregir el consecuencialismo que separa esferas y personas y centrarse en los bienes antes que en las personas (que actúan como mediadores entre las personas).[966]

Interesa destacar una interpretación que se hace de esta teoría de la *igualdad compleja*: aquella que informa el interés por evitar la asimilación entre las distintas esferas de la justicia. Así, el dinero, por ejemplo, en tanto bien inserto en una de esas esferas, no debe predominar sobre los otros bienes de las otras esferas. Los bienes, en una sociedad donde existiese una igualdad compleja, serían diversos y distribuidos autónomamente (más bien armónicamente), mientras que las desigualdades, por su parte, se darían en varias esferas, pero no respecto a un único factor comparativo. En definitiva, propone "la desmercantilización de bienes, como los propios seres humanos, el poder y la influencia política, la emoción y la amistad, los derechos individuales y civiles y también sociales (muchos bienes pueden ser al menos parcialmente aislados del mercado en unos mínimos), etc."[967]

En palabras del propio Walzer:

> […]la igualdad compleja significa que ningún ciudadano ubicado en una esfera o en relación con un bien social determinado puede ser coartado por ubicarse en otra esfera, con respecto a un bien distinto. De esta manera, el ciudadano X puede ser escogido por encima del ciudadano Y para un cargo político, y así los dos serán desiguales en la esfera política. Pero no lo serán de modo general mientras el cargo de X no le confiera ventajas sobre Y en

[966] Zapata Barrero, 2009, p. 234-235.
[967] Monereo Atienza, 2018, p. 82.

> cualquiera otra esfera –cuidado médico superior, acceso a mejores escuelas para sus hijos, oportunidades empresariales y así por lo demás–. Siempre y cuando el cargo no sea un bien dominante, los titulares del cargo estarán en relación de igualdad, o al menos podrán estarlo, con respecto a los hombres y mujeres que gobiernan.[968]

Es posible que el problema de esta teoría radique en la identificación de los bienes sociales y sus criterios de distribución. Sin perjuicio de ello, contiene un aporte significativo al acentuar la pluralidad y el respeto por las diferencias, con reivindicación de la autonomía, sin que ello implique incompatibilidad con la detección de mínimos sustanciales o materiales comunes. No confundir esferas sirve, asimismo, para contrarrestar las posiciones hegemónicas anglosajonas de defensa irrestricta de la autonomía (y la consecuente mercantilización del cuerpo humano), prescindiendo de los resultados.

Con este repaso conceptual he pretendido demostrar que es posible obtener y conjugar los aportes de diversas teorías provenientes de posiciones liberales y comunitaristas, las que, en todo caso, demuestran o reafirman la complejidad que presenta la igualdad.

De lo expuesto se rescata la importancia de defender la igualdad en resultados de mínimos comunes, vinculados tanto a la satisfacción de necesidades cuanto al desarrollo de las distintas capacidades de las personas. Es un postulado político que interpela a los poderes públicos a garantizar un mínimo de dignidad. La noción de dignidad así expresada implica la desmercantilización de algunos bienes sociales, los que deben estar fuera de la lógica del mercado (se acepte o no la tesis de Walzer, se lo puede graficar como pertenecientes a otras esferas) y garantizados mediante los derechos sociales y culturales.[969]

d) La solidaridad ante el reconocimiento de la vulnerabilidad humana.

Lo dicho en el apartado anterior respecto a la aceptación de distintas esferas de igualdad que recepten distintos bienes, se puede aplicar de alguna manera al concepto de solidaridad. Éste admite una lectura como principio ético y como principio político-jurídico. Su finalidad es morigerar el individualismo posesivo y el egoísmo propio de

---

[968] Walzer, 2015, p. 33. En la misma página, el autor expone la fórmula de la siguiente manera: *"Ningún bien social X ha de ser distribuido entre hombres y mujeres que posean algún otro bien Y simplemente porque poseen Y sin tomar en cuenta el significado de X"*. Claramente se refiere a "Y" como bien predominante.

[969] Monereo Atienza, 2018, p. 106-107.

una visión liberal ortodoxa o conservadora, los que encuentran en la sociedad actual, inserta en la modernidad inacabada, un marcado ámbito de expansión.

En las relaciones intersubjetivas, tanto el liberalismo igualitario (no ortodoxo) como el comunitarismo, recogen la noción de cooperación social. En el primero, la justificación se encuentra en que dicha cooperación social se traducirá en un beneficio mutuo para los integrantes de una sociedad. Para el comunitarismo, de lo que se trata es de recuperar el *nosotros,* como un único medio para alcanzar un bien común.

Debe advertirse que, si se parte de un concepto de comunidad formado por individuos, que establecen relaciones entre sí, que se reconocen, que persiguen diferentes ideales de vida buena sobre la base de la autonomía personal, el *nosotros* no implica la disolución de la individualidad en un todo, ni una única idea de lo que es el bien.

Como principio ético, no se admite la insinuación de un grupo homogéneo que tenga la misma idea de bien total. La pluralidad y la diferencia es estructural a una comunidad moral democrática y plural, sustentada en el consenso racional. Empero, ello no implica, como se vio, que no se pueda pensar en *mínimos* comunes. En ocasiones, la persona humana actúa movilizada por razones diferentes a su propio interés, por ejemplo, por benevolencia, por compasión o emoción con otro u otros. De allí que se precise de algunos mínimos que garanticen los derechos y la dignidad humana; límites, fronteras o mínimos compartidos dentro de los cuales se deben articular las políticas. De lo expuesto, surge también que estos mínimos deben verse como un principio orientador de la cultura política y jurídica, en tanto implica el respeto por el reconocimiento de necesidades comunes y de la diferencia entre los distintos individuos. De modo que lo que une a los miembros de una sociedad son los vínculos relacionales, la reciprocidad y la sociabilidad. Y ello genera obligaciones. Lo expuesto, como sostiene Monereo Atienza, explica que *identidad* y *responsabilidad* sean nociones claves.[970]

En cuanto a la *identidad*, dado que se defiende un concepto de sujeto universal, (aunque compatible con el reconocimiento de diferencias individuales), no corresponde aludir a nociones cerradas tales como, raza, orientación sexual, cultura, sexo, en el sentido de otorgarle esencias diferentes. La noción identitaria, en todo caso, se justifica para la adopción de políticas públicas de acción positiva, en la búsqueda

[970] Monereo Atienza, 2018, p. 90-91.

de la equiparación real de personas discriminadas por pertenecer a tales colectivos. Es decir, no se trata de esencialismo; la pertenencia a un determinado grupo se utiliza de manera meramente evaluativa, solo como una herramienta para detectar vulnerabilidades y lograr beneficios en materia de políticas positivas y de consagración de derechos que tiendan a superar la desigualdad estructural.[971]

El foco está puesto, se insiste, en la detección de patrones de vulnerabilidad de las personas que pertenecen a dichos grupos. Por tanto, la *responsabilidad* de cada individuo en el accionar social incluye atender a esta noción de vulnerabilidad.

No se trata, entonces, de oponer vulnerabilidad a autonomía. La responsabilidad colectiva tiene que generar los instrumentos necesarios para eliminar las causas de vulnerabilidad, es decir, para favorecer el desarrollo de la autonomía, de las capacidades para la autonomía. Y con miras a ese objetivo, según creo, es apropiado incluir alguna concepción que garantice resultados mínimos de dignidad. De esta manera, el círculo está compuesto por la libertad y la solidaridad, la autonomía y la vulnerabilidad, lo que permite advertir una continuidad entre los valores, que confluyen en una noción de dignidad humana,[972] en un contenido concreto de dignidad humana.

Se afirma que la vulnerabilidad es debilidad, pero, sobre todo, derecho de protección y seguridad. De manera que el reconocimiento de la posible vulnerabilidad de la gestante en la GS implica que no estamos ante un sujeto al uso liberal ortodoxo, esto es, autosuficiente e independiente. De lo que se deriva "la responsabilidad del Estado y los particulares frente a los demás. El Estado tiene el deber de intervenir ante las situaciones de especial vulnerabilidad."[973]

Es en este contexto, según pienso, donde se debería legislar.

De modo que con estos argumentos pretendo superar la contraposición entre los valores de libertad e igualdad. Entiendo que no existe una tensión entre ellos porque responden a estructuras diferentes (aunque complementarias). La libertad es un valor

---

[971] Taylor vincula identidad y reconocimiento en estos términos: "En los tiempos premodernos la gente no hablaba de "identidad" ni de "reconocimiento": no porque las personas carecieran de identidad —o de lo que así llamamos—, o porque ésta no dependiera del reconocimiento, sino porque estas nociones, entonces, eran demasiado fáciles de comprender para explayarse sobre ellas temáticamente." […] "Es así como el discurso del reconocimiento se ha vuelto familiar para nosotros en dos niveles: primero, en la esfera íntima, donde comprendemos que la formación de la identidad y del yo tiene lugar en un diálogo sostenido y en pugna con los otros significantes; y luego, en la esfera pública, donde la política del reconocimiento igualitario ha llegado a desempeñar un papel cada vez mayor." (Taylor, 2009, p. 66 y 69).

[972] Monereo Atienza, 2018, p. 94-95.

[973] Monereo Atienza, 2018, p. 100.

sustantivo que no depende de la distribución entre los agentes. La igualdad, en cambio, es un valor adjetivo que se refiere a la distribución de algún otro valor. La igualdad es valiosa en relación con alguna situación o propiedad en sí misma valiosa.[974]

Tal como se presenta, la propuesta no parece contradecir las posiciones teóricas feministas más elaboradas de la *tercera ola*, como la de Nancy Fraser.[975] Para esta autora, su concepción de justicia en esta era postsocialista requiere atender a dos dimensiones o paradigmas analíticos: *redistribución y reconocimiento*, que buscan dar solución a situaciones de injusticia económica y de injusticia cultural, respectivamente. La distinción es analítica, pues, en la práctica, ambas injusticias pueden presentarse entremezcladas. La *injusticia socio-económica* está arraigada en la estructura económico-política de la sociedad. Son ejemplos de ella la "explotación" (el fruto del trabajo es apropiado por otra persona); la "desigualdad económica" (la condena a malos trabajos, mal pagos o el desempleo); y la "privación" (de un nivel de vida material adecuado). La *injusticia cultural o simbólica* se arraiga en los modelos sociales de representación, interpretación y comunicación. Sus ejemplos son la "dominación cultural" (la sujeción a estándares de interpretación y comunicación, asociados a una cultura ajena, extraña u hostil a la propia); la "falta de reconocimiento" (la invisibilidad derivada de aquellas prácticas de representación, comunicación e interpretación); y la "falta de respeto" (difamación o desprecio por medio de estereotipos en las interacciones cotidianas). Las cuestiones de *clases explotadas*, por un lado, y de *sexualidades despreciadas*, por el otro, están más cerca de los extremos, esto es, de la injusticia socio-económica y de la injusticia cultural y simbólica, respectivamente. El tema se complejiza en aquellas problemáticas que se alejan de los extremos, donde se mezclan y se asume la necesidad de pensar tanto en la distribución como en el reconocimiento. De allí que Fraser las denomine *comunidades bivalentes*. El género (junto a la "raza") es un ejemplo típico de dichas comunidades.[976]

---

[974] "Esto sugiere la posibilidad de combinación de ambos valores: la justicia consiste en una distribución igualitaria de la libertad bajo el criterio de que las diferencias de autonomía pueden estar justificadas si la mayor autonomía de algunos sirve para incrementar la de los menos autónomos y se procura no producir efectos negativos en la de estos últimos o, en su caso, compensar, los daños causados. Tal reformulación del principio de diferencia supone la necesidad de deberes positivos por parte del Estado para promover la autonomía de los menos autónomos y, también, el reconocimiento de necesidades básicas y capacidades –alimentación, salud, vivienda, educación, etc.– compatibles con la autonomía personal en la medida en que se identifican como estado de cosas que son prerrequisitos para la materialización de planes de vida libremente elegidos. Sólo es posible realizar la *autonomía de ejercicio* si previamente se han puesto las condiciones para la *autonomía de formación*" (Vázquez, 2009, p. 200).
[975] Fraser, 1995; Fraser, 2008 y Fraser, 2015.
[976] Fraser, 2015, p. 192 y sig. También ver: Fraser, 1995.

La propuesta que aquí se presenta respeta esta teorización de la filosofía crítica feminista. El contenido de la dignidad humana de la persona gestante en la GS debe tener en cuenta ambas perspectivas. Por un lado, la exposición a distintas vulnerabilidades de tipo socio-económica, que se insertan en la noción de justicia distributiva (el punto de partida liberal igualitario debe verificar la efectiva equiparación de posibilidades, recursos o capacidades mínimas –para la autonomía– de la persona gestante). Por el otro, no resulta indiferente la preocupación por el reconocimiento, también efectivo y concreto, del debido respeto, y de la ausencia de criterios despectivos o de desprecio propios de una cultura de "imperialismo cultural" y "jerarquía de estatus".[977] La representación (en términos feministas) de la gestación se asemeja a la consideración de un trabajo "reproductivo", de quien tiene capacidad para gestar. Es por ello por lo que resultaba acertado el requisito del artículo 562 proyectado, que excluía la autorización a la gestante que se sometía a proceso más de dos veces.

Así expuesta, no parece necesario asumir una posición marxista, postmoderna y deconstructivista, para advertir el riesgo que entrañaría la aceptación de un tipo de razonamiento de base "autonomista" extremo. El llamado a la libertad sin control o a la desregulación, sin establecer condiciones según las diferentes modalidades de la GS, termina por ser funcional a esta forma de dominación cultural, propia de una sociedad globalizada, mercantilista y regida por criterios economicistas. Esta crítica de la filosofía política se relaciona íntimamente con las nociones de la ética ya analizadas, que una adecuada legislación, no debería desconocer.

De manera que volver a los valores fundantes de los derechos humanos, libertad, igualdad y solidaridad, mediante una relectura contemporánea, parece ser la apropiada

---

Para Fraser, las comunidades «bivalentes», "Como comunidades se diferencian en virtud *tanto* de la estructura económico-política *como* de la estructura de valoración cultural de la sociedad. Por consiguiente, cuando son marginadas pueden sufrir injusticias que se remiten simultáneamente tanto a la economía política como a la cultura. En resumen, las comunidades bivalentes pueden ser víctimas tanto de una distribución socioeconómica desventajosa como de un reconocimiento cultural inadecuado, de forma que ninguna de estas injusticias es una consecuencia directa de la otra, sino que ambas son fundamentales y equivalentes en cuanto a sus causas. En este caso, ni las soluciones redistributivas por sí mismas, ni las soluciones de reconocimiento por separado serán suficientes: las comunidades bivalentes precisan de ambas. Tanto el género como la «raza» constituyen comunidades bivalentes paradigmáticas. Aunque cada una de ellas tiene peculiaridades propias, ambas abarcan dimensiones económico-políticas y dimensiones de valoración cultural. Género y «raza» implican, por consiguiente, tanto redistribución como reconocimiento." (Fraser, 1995, p. 12-13). En sentido similar, Fraser, 2015, p. 193.

[977] Fraser, 2015, p. 194.

para el intérprete jurídico que deba fundamentar la dotación del contenido de la dignidad humana de la gestante en la GS.

Su voluntad real se analiza en el marco de la autonomía a fin de verificar que la misma sea genuina. La solidaridad y el reconocimiento de situaciones de vulnerabilidad contextuales se introduce en el valor igualdad como no sometimiento, entendida como concepto complejo. La representación e interpretación de la gestación debe hacerse *no* como un trabajo o destino "reproductivo", y por lo tanto como un bien de valor intercambiable por dinero (que pertenece a otra esfera), sino como una decisión asumida con plena libertad. Solo así se logrará una relación interpersonal equitativa entre los padres de intención y la gestante.

En un registro clásico, se puede sostener que esta igualación o nivelación interpretativa (de las condiciones que permitan dar contenido material a la igualdad formal consagrada en derechos de las partes involucradas en la relación interpersonal), integra el concepto de justicia atributiva.[978] Ello conduce a la reivindicación de una gestante verdaderamente en igualdad de los derechos.[979] Dicho de otro modo, al respeto por su dignidad humana, en tanto principio ético, político y jurídico.

[978] Bobbio, 1993, p. 61.
[979] La igualdad de los derechos comprende la igualdad ante la ley (entendida ésta como exclusión de toda discriminación injustificada) y los derechos fundamentales constitucionalizados. (Bobbio, 1993, p. 75 y sig.).

CONCLUSIONES

El desarrollo de este trabajo de investigación permite formular las conclusiones que a continuación se presentan.

1. En lo que respecta al objetivo general propuesto, se consiguió delinear un contenido concreto y específico del concepto de dignidad humana de la gestante en la GS.

La actividad recurrió a la utilización de un recurso novedoso: la intersección "derecho *en* la literatura", herramienta que se justifica y se comprende bajo el paradigma de la transdisciplinariedad. Se utilizó la obra literaria contemporánea *Eres como eres,* de la escritora italiana Melania Mazzucco, no solo por su calidad literaria (premiada en Italia), sino también por su relación directa con la temática en examen. Sus tramas (visibles y ocultas) facilitaron la elaboración de una hipótesis de trabajo, con base en la plataforma fáctica e intersubjetiva ficcional, sobre la cual se delineó el contenido buscado.

Para tal fin fue necesario reformular la clasificación habitual de la GS, que se conoce y admite en la doctrina, desde el punto de vista de la contraprestación dineraria en favor de la gestante. Así, a la tipificación que discrimina entre GS lucrativa y GS altruista, se agregó una subcategorización dentro de la última, que distingue entre GS altruista genuina y GS altruista simulada.

Luego de un exhaustivo recorrido argumentativo se construyó el contenido concreto y específico que debe asignarse al concepto de dignidad humana de la gestante.

A partir de esta premisa, después de analizar las condiciones de la persona que lleva adelante la gestación para otros en las diversas situaciones, he concluido que solo la hipótesis de GS altruista respeta la dignidad humana en sentido estricto

Estas afirmaciones me condujeron a sostener la responsabilidad del intérprete jurídico, en el sentido de confirmar que la voluntad de la agente se encuentra libre de condicionamientos (autonomía), como así también de que el único fin que persigue es la beneficencia (buena voluntad como ideal de justicia en la intersubjetividad). Tal constatación se logra con la verificación por parte del operador jurídico de la condición de validez. Sin dudas la actividad preponderante es la del juez, aunque no exclusivamente, ya que sería recomendable que el propio peticionante también realice la actividad destinada a favorecer al éxito de su pretensión.

La verificación de la condición de validez se practica mediante una operación de doble entrada: interna y externa. Ella permite un grado de certeza de que la decisión de la gestante se encuentra libre de condicionamientos ilegítimos, esto es, ajenos a su decisión autónoma.

Por un lado, se deben descartar indicadores de vulnerabilidad externos de la gestante, los que se advierten mediante la observación atenta de las circunstancias empíricas del contexto histórico-social, para lo cual resultan de gran valor los aportes de especialistas de las disciplinas específicas (por ejemplo, encuestas ambientales).

Por el otro, el intérprete jurídico debe estar alerta a las condiciones internas de la decisión. Es decir, aquellas razones que en el caso particular le imponen a la gestante una actuación de manera altruista, por respeto a su propia obligación moral. En la línea concéntrica de la ética del cuidado, se trata de detectar su *propia voz*, aquello que la impulsa a tomar la decisión de gestar para otros (sus necesidades y motivos). En esta fase, la ayuda transdisciplinaria (psicología, filosofía, antropología) es ineludible.

Una conclusión derivada consiste en la recomendación de que la figura de la GS sea receptada por la legislación positiva, mediante una ley que explicite la exigencia de observar las condiciones intrínsecas y extrínsecas de validez. Mientras persista el estado de omisión legislativa, un buen punto de partida son los requisitos que contenía el anteproyecto de Código Civil y Comercial, o los proyectos de ley posteriores.

2. También se cumplieron los objetivos específicos.

a) Vinculado con el objetivo específico de caracterizar y valorar (en forma positiva) el aporte interpretativo y metodológico de la intersección "derecho *en* la literatura", la investigación puso en evidencia el importante desarrollo teórico que tiene la relación derecho y literatura dentro del paradigma transdisciplinario, tanto en el sistema continental como en el mundo anglosajón.

Luego, en el terreno de la intersección elegida, "derecho *en* la literatura" (también en el caso de la relación "derecho *como* literatura"), se resaltó la importancia del aporte interpretativo y su vinculación directa con el elemento en común de ambas disciplinas: el lenguaje. Se pudo observar cómo funciona, tanto como herramienta de trabajo de la hermenéutica, cuanto como elemento que integra la propia estructura de la construcción ficcional, sea ésta jurídica o literaria. En una y otra, el lenguaje es la herramienta indispensable para interpretar lo que el propio lenguaje ha creado, a la vez que es parte constitutiva de ese constructo.

Desde el punto de vista de la concepción del derecho que asumo, este aporte es fundamental, pues refuerza la idea de que no solo es un conjunto de normas destinadas a realizar determinados fines y valores, sino además se erige como una práctica social atravesada por el lenguaje.

En el recorrido argumental desarrollado a lo largo de esta tesis se comprueba esa doble función del lenguaje. En tanto material de trabajo, en la fase de descubrimiento favorece la construcción de hipótesis con el auxilio de la intersección "derecho *en* La literatura", mientras que en la fase de justificación es esencial en la labor propia de la argumentación jurídica. En tanto componente de la construcción, como posición narrativista con perspectiva desde la ética del cuidado creadora de realidades.

He demostrado hasta qué punto la literatura tiene incidencia decisiva en la fase de descubrimiento del fenómeno jurídico. Dado que desarrolla la *imaginación literaria*, se abren nuevas posibilidades de detectar detalles diferenciadores que, de otra manera, podrían pasar desapercibidos para el intérprete jurídico. Además, desde la *perspectiva* que otorga el caso *como si,* se contribuye a la asunción de una determinada actitud *empática*, respecto de los problemas de la o las personas ideales (personajes). El voto de Cançado Trindade en el caso "Castro Castro" resuelto por la Corte IDH consolida la posición que aquí sostengo.

Así expuestos, los aportes conforman un conjunto que favorece la elaboración de hipótesis de trabajo a través de la abducción, las que luego son sometidas a validación. En esta última etapa se recurre a una herramienta de interpretación propia de un Estado de derecho constitucional: la argumentación jurídica.

Esta relación entre derecho y literatura generó una plataforma de análisis enriquecida, sobre la cual se trabajó también en el momento de comprobar la condición de validez del altruismo genuino. El contexto de descubrimiento funciona principalmente en la faz interna de dicha condición de validez, mientras que el contexto de validación o comprobación en la faz externa, sin dejar de reconocer los puntos de contacto o fases superpuestas, como es habitual que suceda en todo fenómeno humano. El caso ficcional de la gestante armenia, si bien muestra elementos de estudio en ambos sentidos, evidencia los indicadores más fuertes de vulnerabilidad en la faz externa, derivada de su condición de mujer, pobre, trabajadora rural, viuda, y con numerosos hijos a cargo. El condicionamiento interno, por su parte, se muestra por actitudes del propio padre de la gestante.

A lo largo del desarrollo del marco teórico de esta investigación, utilicé otros textos literarios, como una novedosa herramienta metodológica para iluminar otras problemáticas jurídicas. Las obras de Philip Kerr (*Una investigación filosófica*), Aldous Huxley (*Un mundo feliz*) o Cesar Aira (*El congreso de literatura*), dieron cuenta de los posibles efectos de diferentes conflictos bioéticos, más o menos reales o posibles, tales como las prácticas eugenésicas, la clonación humana o una nueva forma de sanción penal que permitiría el progreso biotecnológico (el "coma punitivo"). La novela *Hablar solos,* de Andrés Neuman, trajo al diálogo una de las mayores paradojas de la sociedad de riesgo actual: la posibilidad –riesgo– de enfermar de quien se encarga del cuidado de un familiar enfermo (en general, las mujeres), a la vez que permitió desarrollar una concepción teórica (la ética del cuidado), de utilidad en el análisis práctico de la faz interna de la condición de validez. Vinculado a la discriminación y violencia de las mujeres, la obra de José Saramago, *Ensayo sobre la ceguera* y la de Margaret Atwood, *El cuento de la criada* fueron pilares sobre los que se desarrolló el relevamiento de casos judiciales resueltos por la Corte IDH. En suma, todas las obras seleccionadas permitieron analizar la implicancia del accionar humano y del progreso biotecnológico sobre la dignidad de la persona humana.

Algunas de ellas abren nuevas líneas de investigación, que tal vez puedan ser retomadas en un futuro.

Asimismo, la evidencia obtenida me ha permitido reflexionar sobre la conveniencia de incluir algunos estudios de derecho y literatura en la enseñanza del derecho en el grado. En este sentido, además del aporte interpretativo y metodológico, pienso que podría contribuir con un mejoramiento de la capacidad lectora-comprensora del estudiante, con su desarrollo evolutivo de la producción escrita (mediante la práctica narrativa propiamente dicha) y, desde luego, con su formación cultural integral.

b) Luego de asumir una posición filosófica con base en la teoría feminista de Nancy Fraser, me detuve en el estudio de los estándares relevantes de la perspectiva de género, que subyace en los precedentes jurisprudenciales de la Corte IDH.

Esto ha sido imprescindible para comprender los roles, identidades, funciones y atributos que se han construido alrededor de la mujer y sus vulnerabilidades (aplicable por extensión a toda persona con capacidad para gestar).

Se trata de un aporte significativo sobre la labor interpretativa, que a su vez favorece directamente la verificación de la faz externa de la condición de validez del

altruismo genuino. La realidad empírica de la región, en la cual está inserta nuestro país, confirma una de las premisas de partida de la investigación: la desigualdad estructural a la que están sometidas muchas veces las personas con capacidad de gestar.

La casuística examinada demostró que la inequidad no solo es cualitativa, sino también cuantitativa, de acuerdo con lo que mostró el relevamiento casuístico. Se trata de una desigualdad estructural económica y cultural. Por ello no serían aplicables las teorías de impronta liberal ortodoxa pensadas para otras realidades. El relevamiento efectuado, a su vez, constituye una voz de advertencia. En él se expone que los numerosos casos que han llegado a la Corte IDH se vinculan a un abanico de vulnerabilidades, que habilitaron violaciones de derechos humanos de las mujeres en todos los órdenes imaginables. Nada de ello podía ser ajeno al estudio de la dignidad de la gestante.

c) De igual manera se han descripto y caracterizado con éxito los derechos humanos de todas las personas que intervienen en el Acuerdo de Gestación por Sustitución, como así también los del niño o niña que nace por aplicación de esta técnica.

Para cumplir con este objetivo especial, los recursos utilizados *ab initio* fueron los tradicionales de la práctica interpretativa jurídica, tales como el estudio de la legislación, la doctrina y la jurisprudencia, tanto nacional como comparada, incluyendo el relevamiento de la doctrina más significativa del TEDH.

De acuerdo con lo que se entiende debe contener un análisis crítico adecuado a un enfoque iusfilosófico, aquel que unifica teoría y filosofía del derecho, se identificaron y estudiaron las normas positivas (internas e internacionales), la dogmática y la jurisprudencia. Luego se procedió a desarrollar la labor argumentativa, inmersa en una determinada concepción del derecho. En ésta se involucró el aporte interpretativo y metodológico de la interrelación "derecho *en* la literatura" y un aparato conceptual brindado por las filosofías moral y política. Estas consideraciones no podían estar ausente del análisis, pues cualquier decisión que se vincule con algún conflicto bioético tendrá incidencia, de modo ineludible, sobre algún derecho humano de las personas involucradas. Y dado que el caso de la GS no es una excepción, la consecuencia se traslada a la dignidad humana, cuyo estudio no puede ceñirse solo al sistema jurídico.

Una vez identificados los derechos humanos en juego y sus principios rectores, se generó la necesidad de ponderarlos. De ello se deriva la exigencia de que todo AGS

debe ser autorizado *ex ante*. Cualquier práctica ya realizada, con pedido de convalidación posterior, se transforma en una imposición ilegítima. En efecto, estando en conflicto el derecho a la identidad del niño o niña y siendo la pauta ponderativa guía su interés superior, cualquier decisión judicial debe privilegiarla. Ello aún a costa de otro u otros principios y derechos fundamentales involucrados. Siendo así, una práctica *ex post* puede afectar de forma irreparable la dignidad humana de la gestante en la GS.

d) También se describió y caracterizó el contenido y el rol del consentimiento informado en la GS.

El consentimiento informado, previo y libre es un elemento de innegable valor práctico, en tanto representa la expresión del principio de autonomía personal, convirtiéndose así en el punto de partida del análisis *ex ante*. Pero no es el único elemento para ponderar. En virtud de que la GS está inserta en el contexto de notorias desigualdades estructurales, que perjudican a las personas con capacidad para gestar, el control sobre ese consentimiento debe ser reforzado.

Y ese refuerzo exige la verificación de la condición de validez mediante una operación de doble entrada, cuya construcción opera sobre la base general que es el consentimiento informado, libre y previo, como primera expresión de la autonomía.

3. En tanto el concepto de dignidad humana es difuso, es decir, carece de un contenido concreto identificable, constituye un problema jurídico de importancia. En el caso de la GS se potencia por su falta de regulación positiva, y por los distintos derechos humanos involucrados en tensión, que se posicionan sobre dicha noción difusa. Y dado que los principios y valores fundantes de los derechos humanos están a la base del ideal de justicia, el conflicto convoca a la reflexión en forma prioritaria.

En la investigación se argumentó y demostró la vaguedad gradual y sistemática, textura abierta y carga emotiva del concepto, que permite un abordaje diferente conforme sus distintos significados filosóficos (dignidad individual, de la especie) o jurídicos (con especial referencias a los instrumentos internacionales).

También se demostró hasta qué punto esta vaguedad genera posiciones sustancialmente opuestas sobre la hipótesis estudiada. De hecho, un sector de la doctrina se manifiesta contra la admisión de la GS, aludiendo a diversas razones vinculadas de una u otra manera a la dignidad humana, entendida en sentido genérico; por ejemplo, porque se violenta el orden público familiar, la moral, el interés superior del niño. A la vez, en sentido opuesto, se ha visto que es posible rebatir sus argumentos

dejando a salvo esa misma dignidad lo que permite asumir, desde esta contienda teórica, una posición en favor de la GS razonablemente justificada.

No quedan dudas que el argumento de que la GS viola la dignidad humana de la gestante toca el nervio central de esta figura tan controvertida. Por eso conviene que cualquier práctica argumental significativa, antes que nada, le asigne un contenido concreto y específico.

Así, a partir de la definición del marco teórico genérico de la noción dignidad humana, he podido dar cuenta de las tensiones existentes en el plano normativo, moral y jurídico.

4. El camino elegido para desentrañar el contenido de la dignidad humana de la gestante en la GS fue desde dentro hacia afuera, a partir del caso ficcional utilizado *como si* se tratara de un hecho real.

Cada uno de los insumos metodológicos y teóricos utilizados, derecho y literatura, argumentación jurídica, perspectiva de género, paradigmas constitucionales y convencionales, estudios jurídicos específicos sobre filiación, GS, bioética y ética, enriquecieron la perspectiva de análisis y formaron círculos concéntricos de conocimiento que giraron en espiral sobre el centro de giro común: la dignidad humana de la gestante en la GS. Ello permitió estructurar su contenido propio y específico. En forma global desde el núcleo hacia las líneas de giro, y de manera parcial desde éstas hacia el centro.

5. El problema y la propuesta de solución que se presentan en esta investigación pueden ser utilizados para insistir en la necesidad de una reforma legislativa, que consagre una regulación legal expresa.

Sobre la base de los argumentos expuestos en favor de la admisión de la GS altruista genuina, puede sugerirse que esta modalidad de la práctica sea regulada por el derecho positivo. Sostengo que no se debe cerrar con llave la puerta de la ley. Ésta debe permanecer abierta, como en el cuento de Kafka,[980] con la diferencia que, si bien se permitirá su ingreso, se lo deberá hacer con los recaudos apuntados.

6. La última recapitulación. Confirmación de la hipótesis.

En tanto la dignidad humana es una noción difusa, se delineó un contenido concreto y específico para el caso de la gestante en la GS, a fin de argumentar en

[980] Kafka, 2014.

defensa de la práctica. El camino recorrido permitió lograr el objetivo solo en relación con la modalidad altruista genuina.

La noción *altruismo genuino* contiene elementos teóricos de los sentidos diversos de dignidad y de los diferentes principios que operan en esta compleja práctica. En su elucidación contribuyeron la interpretación jurídica, las filosofías moral y política y, tuvieron un papel protagónico los estudios de derecho y literatura.

Desde la fundamentación teórica, la mirada especial del concepto sigue puesta sobre el principio de autonomía personal (aporte del liberalismo igualitario), pero no al uso anglosajón, sino marcando un límite preciso conforme las características regionales, a fin de asegurar la no instrumentalización de la gestante. Esta frontera opera sobre cualquier otro derecho cuando se verifican causas de vulnerabilidad, lo que significa adherir a un determinado ideal de excelencia (el derecho de los derechos humanos aplicado), propio de una visión comunitarista. Siendo así, el límite no constituye un supuesto de perfeccionismo, sino una especie de paternalismo justificado.

La meta se alcanzó a través de un proceso justificativo transdisciplinario cuyo recorrido permite concluir que, en definitiva, la posibilidad de transponer o no el límite de aceptabilidad de la práctica, la fijará la voz propia de la gestante que exprese su altruismo genuino.

BIBLIOGRAFIA

- AARNIO, Aulis (1987), "Sobre la ambigüedad semántica en la interpretación jurídica", en: *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, n°4, trad. José Pedro Úbeda, pp. 109-117.
- AARNIO, Aulis (1990), "La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico", en: *Revista Doxa, n°8*, trad. Josep Aguiló Regla, pp. 23-38.
- AARNIO, Aulis (1997), "Las reglas en serio", trad. Sebastián Urbina, en: *La normatividad del derecho*, AARNIO, Aulis; GARZON VALDÉS, Ernesto y JYRKI, Uusitalo –comps.–, Gedisa editorial, Barcelona, pp. 17-35.
- ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian (2006), *El umbral de la ciudadanía. El significado de los derechos sociales en el Estado social constitucional,* Ediciones del Puerto, Buenos Aires.
- ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian (2004), "Fuentes de interpretación de los tratados internacionales de derechos humanos por los órganos internos. El caso de los derechos económicos, sociales y culturales", en *La universalidad de los derechos sociales: el reto de la inmigración,* María José Añón (Ed.), Tirant lo Blanch, Valencia.
- ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian (2002), *Los derechos sociales como derechos exigibles,* Editorial Trotta, Madrid.
- ABREGU, Martín y COURTIS, Cristian (Comp.) *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*; CELS, Editores del Puerto SRL, Buenos Aires, 1º ed. 1997 y 2º ed. 2004.
- AGAMBEN, Giorgio (2007), *Infancia e historia. Ensayo sobre la destrucción de la experiencia*, 2ª ed., 2ª reimp., trad. Silvio Mattoni, Adriana Hidalgo Editora, Córdoba.
- AIRA, César (2012), *El Congreso de literatura,* Mondadori, Barcelona.
- ALCHOURRON, Carlos y BULYGIN, Eugenio (2017), *Sistemas normativos. Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, 2ª ed. revisada, 2ª reimpresión. Astrea, Buenos Aires-Bogotá-Porto Alegre.
- ALEGRE, Marcelo; GARGARELLA, Roberto –Coord.- (2007), *El derecho a la igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario,* Lexis Nexis, Buenos Aires.
- ALENZA GARCIA, José Francisco (2016a), "Estudio preliminar. Leer a Cervantes para aprender Derecho", en ALENZA GARCIA, José Francisco —director—, *Cervantes y el Derecho. Ideas cervantinas para el aprendizaje del derecho,* Editorial Aranzadi, Pamplona, pp. 35-68.
- ALENZA GARCIA, José Francisco (2016b), "El buen gobierno y la buena administración (según la teoría de Don Quijote y la práctica de Sancho Panza)", en ALENZA GARCIA, José Francisco —director—, *Cervantes y el Derecho. Ideas cervantinas para el aprendizaje del derecho,* Editorial Aranzadi, Pamplona, pp. 121-152.
- ALEXY, Robert (1997), *El concepto y la validez del derecho,* trad. Jorge M. Seña, Gedisa, Barcelona.
- ALEXY, Robert (1993), *Teoría de los derechos fundamentales,* trad. Ernesto Garzón Valdés, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- ALEXY, Robert (2012), *Teoría de los derechos fundamentales,* 2ª ed. en español, trad. Carlos Bernal Pulido, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

- ALEXY, Robert (2003), "La fundamentación de los Derechos Humanos en Carlos S. Nino", en *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, Nro. 26, 2003,* Alicante, *ISSN: 0214-8676, pág. 173-201.*
- ALEXY, Robert (2005), *La institucionalización de la justicia*, Trad. José Antonio Seoane, Eduardo Roberto Sodero y Pablo Rodríguez, Comares, Granada.
- ALEXY, Robert (2007), "¿Derechos humanos sin metafísica?". *En: DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, Nro. 30, 2007,* Alicante, ISSN: 0214-8676, pág. 237-248.
- ALEXY, Robert (2011a), "La construcción de los derechos fundamentales", en *Derechos fundamentales, principios y argumentación. Estudios sobre la teoría jurídica de Robert Alexy,* Clérico, Laura; Sieckmann, Jan-R. y Oliver-Lalana, Daniel (coords.), Comares, Granada, 2011, p. 1-14.
- ALEXY, Robert (2011b), "Deber ideal", en *Derechos fundamentales, principios y argumentación. Estudios sobre la teoría jurídica de Robert Alexy,* Clérico, Laura; Sieckmann, Jan-R. y Oliver-Lalana, Daniel (coords.), Comares, Granada, 2011, p. 15-35.
- ALEXY, Robert (2012), *La construcción de los derechos fundamentales,* 1ª ed., 1ª reimp., Ad-hoc, Buenos Aires.
- ALEXY, Robert (2014), *Teoría de la argumentación jurídica*, trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo, 2ª ed. en español, tercera reimpresión, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- ALEXY, Robert; et al, (2017), *Argumentación, derechos humanos y justicia,* 1ª ed., Editorial Astrea, Ciudad Autónoma de Buenos Aires.
- ALONSO, Juan Pablo (2018), *Principios jurídicos implícitos*, Marcial Pons, Madrid.
- ALVAREZ, Silvina (1999), "La autonomía personal y la perspectiva comunitarista", en: *Revista Isegoría*, n°21, pp. 69-99. Disponible en acceso público en: http://isegoria.revistas.csic.es/index.php/isegoria/article/view/78/78 (última consulta 10-02-2019).
- ALVAREZ GARDIOL, Ariel, (1986), *Introducción a una teoría general del derecho. El método jurídico*, Astrea, Buenos Aires.
- AMAYA, Amalia (2015), "Virtudes y filosofía del derecho", en: *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, vol. 2, pp. 1-53, capítulo 49, UNAM, México.
- AMOROS, Celia –editora– (2000), *Feminismo y filosofía*, Editorial Síntesis, Madrid.
- ANDORNO, Roberto (2012), *Bioética y dignidad de la persona,* Tecnos, Madrid, 2ª Ed., versión española ampliada y actualizada (1ª ed., *La bioéthique et la dignité de la personne*, 1998, Presses Universataires de France, París).
- ARCOS VIEIRA, María Luisa (2016), "De miserias, entuertos, desventuras, quebrantos, pesares, afrentas y agravios (Aproximación a la responsabilidad civil derivada de conductas dañosas)", en ALENZA GARCIA, José Francisco —director—, *Cervantes y el Derecho. Ideas cervantinas para el aprendizaje del derecho,* Editorial Aranzadi, Pamplona, pp. 153-177.
- ARENDT, Hannah (2017), *La condición humana,* 3ª impresión, traducción Ramón Gil Novales, Espasa, Barcelona.
- ARISTOTELES (2005), *Ética a Nicómaco*, Introducción, traducción y notas de José Luis Calvo Martínez, 4ª reimp., Alianza Editorial, Madrid.

- ARISTOTELES (2011), *Ética Nicomáquea,* traducción y notas de Julio Pallí Bonet, Editorial Gredos, Madrid.
- ARISTOTELES (2011), *Política,* traducción y notas de Manuela García Valdés, Editorial Gredos, Madrid.
- ARISTOTELES (2016), *Poética*, Estudios preliminares y edición de Claudia González, Ediciones Lea, C.A.B.A.
- ARISTOTELES (2016), *Retórica*, Estudios preliminares y edición de Claudia González, Ediciones Lea, C.A.B.A
- ASHCROFT, Richard (2005), "Making sense of dignity", en: *J Med Ethics 2005*; n°31, pp. 679-682, doi: 10.1136 / jme. 2004.011130, Acceso libre en: https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC1734052/pdf/v031p00679.pdf (Última consulta: 26-01-2019).
- ATIENZA, Manuel (1993), Cuadernos y Debates Nro. 31; *Las Razones del Derecho. Teorías de la Argumentación Jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- ATIENZA, Manuel (1995), "Diez consejos para escribir un buen trabajo de dogmática", En: ISONOMIA, n°3, p. 223-224.
- ATIENZA, Manuel (1997), "Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos." *En: Revista ISONOMIA Nro. 6, abril 1997.* Disponible en: http://www.cervantesvirtual.com/portales/doxa/
- ATIENZA, Manuel (2000), *Tres Lecciones de Teoría del Derecho*, Editorial Club Universitario, San Vicente (Alicante).
- ATIENZA, Manuel (2006), *La Guerra de las Falacias*, 2da. edición ampliada, Editorial Compas, Alicante.
- ATIENZA, Manuel (2009), "Sobre el concepto de dignidad humana", *En: Sobre la dignidad y los principios: análisis de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO",* CASADO, M. (coord.), *Observatori de Bioètic i Dret*, Thomson Reuters, pp. 73-93.
- ATIENZA, Manuel (2010), *El Derecho como argumentación*, 5ª impresión, Ariel, Barcelona.
- ATIENZA, Manuel (2009), "Sobre la única respuesta correcta". *En: Jurid. Manizales* (Colombia), 6 (2): 13 - 26, julio-diciembre 2009, ISSN 1794-2918.
- ATIENZA, Manuel (2017), *El sentido del Derecho*, 5ª impresión, Ariel, Barcelona.
- ATIENZA, Manuel, (2012), "Una teoría pragmática del diritto", en *Rivista di filosofia del diritto. Journal of Legal Philosophy*, 1/2012, 123-134.
- ATIENZA, Manuel (2013), *Podemos hacer más. Otra forma de pensar el Derecho,* Editorial Pasos Perdidos, Madrid.
- ATIENZA, Manuel (2016), *Curso de argumentación jurídica*, Cuarta reimpresión, Trotta, Madrid.
- ATIENZA, Manuel, (2014), "Una filosofía del Derecho para el mundo latino. Otra vuelta de tuerca", en *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, N° 37 (2014),* Alicante, ISSN: 0214-8676, pp. 299-318.
- ATIENZA, Manuel (2017), "El derecho sobre el propio cuerpo y sus consecuencias", en: CASADO, María (coord.), *De la solidaridad al mercado. El cuerpo humano y el comercio biotecnológico*, Edicions de la Universitat de Barcelona, Barcelona, p. 35-63.
- ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan, (2007), "Dejemos atrás el positivismo jurídico", en *Revista Isonomía*, N°27, octubre de 2007, p. 7 y ss.

- ATWOOD, Margaret (2017), *El cuento de la criada*, 5ª ed., trad. Enrique de Hériz, Salamandra, Barcelona.
- BARBERIS, Mauro (2015), "El realismo jurídico europeo-continental", En: *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, volumen 1, cap. 6, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, p. 227-240.
- BASSET, Úrsula (2018), "La maternidad subrogada como trata y explotación de niños", en Diario La Ley de 11-09-2018, AÑO LXXXII N°170, Tomo La Ley 2018-E, ISSN 0024-1636, Buenos Aires.
- BAUM, Erica (2016), "El sentido de la justicia en *Desgracia*. La empatía como puente entre el derecho y la literatura". En: *Iuris Dictio. Revista de Derecho*, n°18, Universidad San Francisco de Quito, Ecuador. Disponible en acceso libre en: http://revistas.usfq.edu.ec/index.php/iurisdictio/article/view/777. Ultima consulta: 04-01-2019.
- BAZAN, Víctor (1997), "Hacia la plena exigibilidad de los preceptos constitucionales. Especial referencia a los casos de Brasil y Argentina", en Bazán, Víctor (Coord.) *Inconstitucionalidad por omisión*, Temiz, Santa Fe de Bogotá.
- BEADE, Ileana (2016), Acerca del concepto de dignidad humana en la filosofía kantiana: del hombre como fin en sí mismo al hombre como ciudadano del mundo. *En: Revista de Estudios Kantianos,* Vol. 1, Núm. 1, ISSN-e: 2445-0669, p. 24-38, DOI 10.7203/REK.1.1.6467. Disponible en: https://ojs.uv.es/index.php/REK/article/view/6467/pdf. Acceso: 15 ago. 2017.
- BEAUVOIR, Simone de (2018), *El segundo sexo,* Décima edición, traducción de Alicia Martorell, Ediciones Cátedra, Universitat de Valencia, Madrid.
- BECK, Ulrich (1998), *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, Trad. Jorge Navarro (caps. I, II [3, 4 y 5], III y IV); Daniel Jiménez (cap. II [1 y 2]) y Ma. Rosa Borras (caps. V-VIII). Paidós, Barcelona-Buenos Aires-México.
- BELLUSCIO, Augusto (2006), *Manual de derecho de familia*, 8ª ed., act. y ampl., t. II. Astrea, Buenos Aires.
- BELTRAN, Elena (2017), "La dignidad humana: Entre el derecho y la moral". *En: DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho,* edición especial, Alicante, ISSN: 0214-8676, p. 73-78.
- BENJAMIN, Walter (2014), *Textos esenciales,* 1ª ed., Ediciones Lea, Ciudad Autónoma de Buenos Aires.
- BERGEL, Salvador (2007), "Bioética, cuerpo y mercado", *en: Revista Colombiana de Bioética*, vol. 2, núm. 1, enero-junio, 2007, pp. 133-164, Universidad El Bosque Bogotá, Colombia. Acceso público en: https://www.redalyc.org/pdf/1892/189217294007.pdf (último acceso: 02-02-2019).
- BERGEL, Salvador (2002), "Los derechos humanos entre la bioética y la genética", en: *Acta Bioethica 2002; año VIII, n° 2*, acceso público en: https://scielo.conicyt.cl/pdf/abioeth/v8n2/art11.pdf, último acceso: 31/07/2019).
- BERNABE, Alberto (2010), "Introducción", en HOMERO, *La Odisea*, 29ª ed., traducción Felipe Jiménez Sandoval, Edaf, Madrid.
- BERLIN, Isaiah (2001), *Dos conceptos de libertad y otros escritos*, Traducción, introducción y notas de Ángel Rivero Rodríguez, Alianza Editorial, Madrid.

- BERNAL PULIDO, Carlos (2011), "El carácter fundamental de los derechos fundamentales", en *Derechos fundamentales, principios y argumentación. Estudios sobre la teoría jurídica de Robert Alexy,* Clérico, Laura; Sieckmann, Jan-R. y Oliver-Lalana, Daniel (coords.), Comares, Granada, p. 91-110.
- BERNAL PULIDO, Carlos (2007), "Los derechos fundamentales y la teoría de los principios. ¿Es la teoría de los principios la base para una teoría adecuada de los derechos fundamentales de la Constitución española? *En: DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 30 (2007),* Alicante, ISSN: 0214-8676, pág. 273-291.
- BIDART CAMPOS, Germán (1991), *Teoría General de los derechos humanos,* Astrea, Buenos Aires.
- BIDART CAMPOS, Germán (1995a), *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino,* Nueva Edición ampliada y actualizada, T.III, El derecho Internacional de los Derechos Humanos y la Reforma Constitucional de 1994, Ediar, Buenos Aires.
- BIDART CAMPOS, Germán (1995b), *El derecho de la constitución, y su fuerza normativa,* Ediar, Buenos Aires.
- BIDART CAMPOS, Germán (1996), *El derecho Constitucional humanitario;* Ediar, Buenos Aires.
- BIDART CAMPOS, Germán (2000), *Tratado elemental de derecho constitucional argentino.* Nueva edición ampliada y actualizada a 1999-2000, T.I-A, Ediar, Buenos Aires.
- BIDART CAMPOS, Germán (2000), *Tratado elemental de derecho constitucional argentino,* T.II-A, Ediar, Buenos Aires.
- BIDART CAMPOS, Germán (2001), *Tratado Elemental de derecho constitucional argentino*. Nueva edición ampliada y actualizada a 2000-2001 T. I- B, Ediar, Buenos Aires.
- BIDART CAMPOS, Germán (2004), *La constitución que dura. 1853-2003. 1994-2004,* Ediar, Buenos Aires.
- BLAZQUEZ RUIZ, Francisco Javier (2016), "El sentido de la dignidad. Libertad, justicia y utopía según D. Quijote", en ALENZA GARCIA, José Francisco —director—, *Cervantes y el Derecho. Ideas cervantinas para el aprendizaje del derecho,* Editorial Aranzadi, Pamplona, pp.71-86.
- BOAVENTURA DE SOUSA, Santos (2003), *Crítica de la razón indolente: contra el desperdicio de la experiencia,* Editorial Desclée de Brouwer, Bilbao.
- BOBBIO, Norberto (1991), *El tiempo de los derechos*, trad. Rafael de Asís Roig, ISBN: 84-86497-15-9, Sistema, Madrid.
- BOBBIO, Norberto (1993), *Igualdad y libertad*, trad. Pedro Aragón Rincón, Paidós, Barcelona.
- BORGES, Jorge Luis (2011), Obras completas 1, Sudamericana, Buenos Aires.
- BORDA, Guillermo (2008), *Tratado de derecho civil. Familia*, 10ª ed. La Ley, Buenos Aires.
- BURG CORTI, Paulo (2015), "El consejo genético como procedimiento eugenésico: una reflexión en relación con los principios bioéticos y los derechos fundamentales", en: *Revista de Bioética y Derecho,* núm. 33, enero 2015, p. 44-56. Acceso libre disponible en: www.bioeticayderecho.ub.edu (última consulta: 09-04-2019).

- BUSDYGAN, Daniel y GINNOBILI, Santiago -compiladores- (2017), *Ideas y perspectivas filosóficas,* 1ª ed., Universidad Nacional de Quilmes, Bernal, Buenos Aires.
- BUTLER, Judith (2017), *El género en disputa,* 1ª ed. en esta presentación, traducción Ma. Antonia Muñoz, Paidós, Barcelona.
- CALVO GONZÁLEZ, José (2012), *El escudo de Perseo. La cultura literaria del derecho*, Granada, Editorial Comares.
- CALVO GONZALEZ, José (2015). "Derecho y Literatura. Intersecciones instrumental, estructural e institucional". *En:* ROGGERO, Jorge (compilador) *Derecho y Literatura. Textos y Contextos.* Eudeba, Buenos Aires, p. 171-194.
- CALVO GONZALEZ, José (2016), *De la ley. ¿O será ficción?*, Marcial Pons, Madrid.
- CALVO GONZÁLEZ, José (2018). "Práctica jurídica y cultura literaria del derecho". En: *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, Santa María, RS, v. 13, n. 3, p. 1268-1278, dic. 2018. ISSN 1981-3694. Disponible en: https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/35881, Acceso en: 23/12/2018: http://dx.doi.org/10.5902/1981369435881
- CAMPS, M. Victoria (1997), "La igualdad de oportunidades en la filosofía actual", en: *Psychosocial Intervention*, ISSN 1132-0559, pp. 293-300, Acceso público en: http://www.copmadrid.org/webcopm/publicaciones/social/1997/vol3/arti2.htm (última consulta: 14-02-2019).
- CAMPS, M. Victoria (2002), *¿Qué hay de malo en la eugenesia?,* En Isegoría n°27, p. 55-71.
- CAMPS, M. Victoria (2002), "Principios, consecuencias y virtudes", en: *Daimon. Revista Internacional De Filosofía*, n°27, pp. 63-72. Acceso público en: https://revistas.um.es/daimon/article/view/12201 Último acceso: 31-01-2019.
- CAMPS, M. Victoria (2009), "La dignidad, un concepto indeterminado, pero no inútil", *En: Sobre la dignidad y los principios: análisis de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO",* CASADO, M. (coord.), *Observatori de Bioètic i Dret*, Thomson Reuters, pp. 145-153.
- CAMPS, M. Victoria (2018), "La fraternidad, condición de justicia", en: *Daimon. Revista Internacional de Filosofía*, Suplemento n°7, pp. 139-149, ISSN: 1130-0507 (papel) y 1989-4651 (electrónico). http://dx.doi.org/10.6018/daimon/333491 Acceso público (última consulta: 14-02-2019).
- CANAVAGGIO, Jean, "Biografía de Miguel de Cervantes", en Biblioteca virtual Miguel de Cervantes, disponible en: http://www.cervantesvirtual.com/portales/miguel_de_cervantes/autor_biografia/, última consulta: 07-01-2019 (acceso público).
- CAÑELES LOPEZ, Isabel (1998), *La construcción del personaje literario. Un camino de ida y vuelta*. Ediciones y Talleres de escritura creativa Fuentetaja, Madrid.
- CARRANCÁ Y RIVAS, Raúl y POLAINO-ORTS, Miguel (2018), *Cervantes, Wilde, Azorín. Cinco estudios de Derecho penal y literatura*, Bosch Editor, Barcelona.
- CARRIO, Genaro (1986), *Notas sobre derecho y lenguaje*, 3ª ed. aumentada, Abeledo-Perrot, Buenos Aires.

- CARRIO, Genaro (2003), *Cómo estudiar y cómo argumentar un caso*, 2ª ed., LexisNexis Abeledo-Perrot, Buenos Aires.
- CASADO, María (1996), "La Bioética", capítulo 1, *En: CASADO, María (ed.), Materiales de Bioética y Derecho,* Cedecs Editorial SL, Centro de Estudios de Derecho, Economía y Ciencias Sociales, Barcelona.
- CASADO, María (2017), "¿Gratuidad o precio? Sobre el cuerpo humano como recurso". *En: CASADO, María (coord.), De la solidaridad al mercado. El cuerpo humano y el comercio biotecnológico*, Edicions de la Universitat de Barcelona, Barcelona, p. 17-34.
- CARCOVA, Carlos (2015), "Derecho y Literatura como Teoría Crítica del Derecho", en *Derecho y Literatura. Textos y contextos*, Jorge Roggero –compilador–, Eudeba, Buenos Aires.
- CARRERAS, Mercedes (1996), "Derecho y Literatura", en *Persona y Derecho*, n°34, pp. 33-62, Servicios de comunicaciones de la Universidad de Navarra, disponible en acceso público en: http://hdl.handle.net/10171/12885. Ultimo acceso: 04-01-2019.
- CERRI, Chiara, 2010, "La subjetividad de género. El sujeto sexuado entre individualidad y colectividad", *En revista: Gazeta de Antropología, n°26 (2), artículo 42, disponible en: http://www.ugr.es/~pwlac/G26_42Chiara_Cerri.pdf, Fecha de última consulta: 24 jun. 2018).*
- CERVANTES SAAVEDRA, Miguel de (2016), *Don Quijote de la Mancha*, 1ª edición, en dos Volúmenes (I y II), Longseller, Buenos Aires.
- CIFUENTES, Santos (1995), *Derechos personalísimos,* 2ª ed. act. y ampl., Astrea, Buenos Aires.
- COLAUTTI, Carlos E. (1999), *Derechos Humanos Constitucionales*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe.
- CORCHETE MARTIN, María José (2007), "Teoría y realidad constitucional", en: Derechos Fundamentales, Ed. Universitaria Ramón Areces, UNED, n°20, 2° semestre 2007, p. 535-556.
- CORN, EMANUELE (2015), "La reproducción humana asistida en Italia. Presente y futuro después de la derogación de la prohibición de fecundación heteróloga", en Revista de Bioética y Derecho, Observatorio de bioética y derecho de la Universidad de Barcelona, n°35, p. 18-31.
- CORTINA, Adela (2000), *Ética mínima. Introducción a la filosofía práctica*, 6ª ed., Tecnos, Madrid.
- CORTINA, Adela (2002), "La dimensión pública de las éticas aplicadas", en: *Revista Iberoamericana de Educación*, n°29, pp. 45-64.
- COVER, Robert (2002), *Derecho, narración y violencia. Poder constructivo y poder destructivo en la interpretación judicial*, Trad. Christian Courtis, Gedisa, Barcelona.
- D'AURIA, Aníbal (2016), *La crítica radical del derecho,* 1ª ed., Eudeba, Buenos Aires.
- DAVID, René y JAUFFRET-SPINOSI, Camille (2010), *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, 11ª ed., Edición, traducción y notas de Jorge Sánchez Cordero, Instituto de investigaciones jurídicas, México.
- DE LORENZI, Mariana (2015), "El derecho de los niños nacidos de TRHA a conocer sus orígenes biológicos", en: *Tratado de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes,* FERNANDEZ, Silvia –Directora–, T.I, AbeledoPerrot, Buenos Aires.

- DE LUCAS, Javier (1994), "La polémica sobre los deberes de solidaridad", en: *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, ISSN 0214-6185, n°19, pp. 9-88.
- DELEIXHE, Martín (2016), *ÉTIENNE BALIBAR. La ilimitación democrática,* 1ª ed., traducción de Julia Tomasini y Ariel Dilon, Colección El bien común, Jusbaires Editorial, Ciudad Autónoma de Buenos Aires.
- DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón (2018), *Persona y Familia. Escritos selectos*, Editorial Hammurabi, impreso en Chile.
- DIAS, María Berenice (2010), *Manual de Direito das Famílias,* 6ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo.
- DIAZ, Elías (1998), *Curso de Filosofía del Derecho,* Marcial Pons, Madrid.
- DIAZ, Esther (2017), *Problemas filosóficos,* Arandu Editorial Biblos, Buenos Aires.
- DILL, Sandra (2002), "*Consumer perspectives".* En: *Current Practices and Controversies in Assisted Reproduction; Report of a meeting on "Medical, Ethical and Social Aspects of Assisted Reproduction" held at WHO Headquarters in Geneva, Switzerland 17–21 September 2001,* WHO (OMS), Ginebra, p. 253-271.
- DOUGLAS PRICE, Jorge Eduardo (2012), *La Decisión Judicial*, Rubinzal - Culzoni Editores, Buenos Aires – Santa Fe.
- DOUGLAS PRICE, Jorge E. (2017). "¿Derecho y Literatura? Una pregunta "extraña", un puente inconcluso." En: Revista Jurídica de la Universidad de Palermo. Año 15, Nº1, Mayo de 2017, | pp. 181-192. ISSN 0328-5642.
- DWORKIN, Ronald (1989), *Los derechos en serio*, traducción Marta Guastavino, 2ª ed., Editorial Ariel, Barcelona.
- DWORKIN, Ronald (1993), *Ética privada e igualitarismo político*, trad. Antoni Domenech, Paidós, Barcelona.
- DWORKIN, Ronald (1994), *El dominio de la vida. Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual,* Traducción Ricardo Caracciolo y Víctor Ferreres, Ariel, Barcelona.
- DWORKIN, Ronald (2003), *Virtud soberana. La teoría y la práctica de la igualdad.* Traducción Fernando Aguiar y María Julia Bertomeu, Paidós, Barcelona-Buenos Aires.
- DWORKIN, Ronald (2010), *Los derechos en serio*, trad. Marta Guastavino, 1ª ed. 8ª reimpresión, Editorial Ariel, Barcelona.
- DWORKIN, Ronald (2012), *El imperio de la justicia*, trad. Claudia Ferrari, 2da. Ed., Editorial Gedisa S.A., Barcelona.
- DWORKIN, Ronald (2013), *Justicia para erizos*, Trad. Horacio Pons, revisión de trad. Gustavo Maurino, 1ª ed. electrónica, Fondo de Cultura Económica, México.
- DWORKIN, Ronald (2015), *Religión sin dios,* Primera edición FCE Argentina, traducción Víctor Altamirano, Fondo de Cultura Económica, Ciudad Autónoma de Buenos Aires.
- DWORKIN, Ronald (2017), *Una cuestión de principios.* 2da. Edición, Siglo Veintiuno editores, trad. Victoria de los Angeles Boschiroli, título original: A Matter of Principle (1985), Buenos Aires.
- ECO, Humberto (2013) *Cómo se hace una tesis. Técnicas y procedimientos de estudio, investigación y escritura.* Versión castellana de Lucía Baranda y Alberto Clavería Ibáñez, Gedisa, Barcelona, España.

- EGUSQUIZA BALMASEDA, María Angeles (2016), "Del casamiento y las últimas voluntades testamentarias", en ALENZA GARCIA, José Francisco —director—, *Cervantes y el Derecho. Ideas cervantinas para el aprendizaje del derecho,* Editorial Aranzadi, Pamplona, pp. 199-216.
- EKMEKDJIAN, Miguel Ángel (1999), "El valor de la dignidad y la teoría del orden jerárquico de los derechos individuales", en Bidart Campos, Germán-Gil Domínguez, Andrés; *Los valores en la Constitución Argentin*a, Ediar, Buenos Aires.
- EKMEKDJIAN, Miguel Ángel (1999b), *Tratado de Derecho Constitucional, Constitución de la Nación Argentina, comentada y anotada con legislación jurisprudencia y doctrina.* T. IV, Depalma, Buenos Aires.
- ELIAS, Norbert (1989), *Sobre el tiempo,* Trad. Guillermo Hirata, Fondo de la Cultura Económica, Madrid.
- ELIZALDE SAN MIGUEL, Begoña (2018), "¿Femenino e informal? El modelo tradicional de cuidados a examen desde una perspectiva demográfica", en: *Prisma Social, Revista de Ciencias Sociales*, Nº21, 2º trimestre, junio, ISSN: 1989-3469, pp. 243-262. Disponible y acceso público en: http://revistaprismasocial.es/article/view/2466 (última consulta: 14-03-2019).
- ESLIN, Jean-Claude (2016), *HANNAH ARENDT. En deuda con el mundo,* trad. Sol Gil; Antonio Werli y Ariel Dilon, Colección El bien común, Jusbaires Editorial, Ciudad Autónoma de Buenos Aires.
- FACIO, Alda, 2002, "Con los lentes del género se ve otra justicia", en: *El otro derecho*, n°28, Julio de 2002, ILSA, Bogotá D.C., Colombia, p. 85-102.
- FAERMAN, Romina (2015), "Ética del cuidado. Una mirada diferente en el debate moral", en: *Revista de Teoría del Derecho de la Universidad de Palermo*, ISSN 2362-3667, Año II, n°1, pp. 123-146.
  Acceso público en: https://www.palermo.edu/derecho/pdf/teoria-del-derecho/n3/TeoriaDerecho_06.pdf (última consulta: 09-02-2019).
- FALCON Y TELLA, María José (2015), *Derecho y Literatura.* Marcial Pons, Madrid.
- FANLO CORTES, Isabel (2017), "Derechos reproductivos y libertad de las mujeres. Observaciones sobre el debate feminista", *En: Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 32, enero-junio de 2017, 29-52. DOI: https://doi.org/10.18601/01234366.n32.02.
- FARNÓS AMORÓS, Esther (2017a). "¿Debe permitirse la gestación por sustitución en España? Estado de la cuestión y algunas reflexiones". *En: CASADO, María (coord.), De la solidaridad al mercado. El cuerpo humano y el comercio biotecnológico*, Edicions de la Universitat de Barcelona, Barcelona, pp. 195-234.
- FARNÓS AMORÓS, Esther (2017b). Paradiso y Campanelli c. Italia (II): los casos difíciles crean mal derecho. *En: Observatori de Bioètica i Dret de la Universitat de Barcelona*. Barcelona: Revista de Bioética y Derecho, 40: p. 231-242.
- FEDERICI, Silvia (2010), *Calibán y la bruja. Mujeres, cuerpo y acumulación originaria*, Trad. Verónica Hendel y Leopoldo Sebastián Touza, Ed. Tinta Limón, Buenos Aires.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos (1987), *El derecho como libertad. Preliminares para una Filosofía del Derecho,* Universidad de Lima, Lima.

- FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos (2003), *Libertad, Constitución y Derechos Humanos,* Serie Clásicos del Derecho, Volumen I–E, San Marcos, Perú.
- FERRAJOLI, Luigi (1999), "Derechos fundamentales", *en: Derechos y garantías. La ley del más débil,* Introducción de Perfecto Andrés Ibáñez. Trad. de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Trotta, Madrid.
- FERRAJOLI, Luigi (2011), "Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista", en *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, N°34,* Alicante, ISSN: 0214-8676, p. 15 y ss.
- FILIPPI, Alberto (2016), *Filosofía y teoría política. Norberto Bobbio y América Latina,* 1ª edición, Hammurabi, Buenos Aires.
- FISH, Stanley (2015), "Trabajando en cadena: la interpretación en derecho y literatura", *En:* ROGGERO, Jorge (compilador) *Derecho y Literatura. Textos y Contextos,* trad. Mariano Carlos Melero de la Torre, Eudeba, Buenos Aires, pp. 135-151.
- FOUCAULT, Michel (2013), *Una lectura de Kant: Introducción a La antropología en sentido pragmático,* 1ª ed. 1ª reimpr., traducción de Ariel Dilon, Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires.
- FOUCAULT, Michel (2015a), *La gran extranjera: Para pensar la literatura,* 1ª ed., traducido por Horacio Pons, Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires.
- FOUCAULT, Michel (2015b), *Vigilar y castigar,* 2ª ed., 7ª reimpr., traducido por Aurelio Garzón del Camino, Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires.
- FRASER, Nancy (1995), "¿De la redistribución al reconocimiento? Dilemas de la justicia en la era «postsocialista»", Acceso público en: https://www.academia.edu/7679213/nancy_fraser_de_la_redistribucion_al_reconocimiento_dilemas_de_la_justicia_en_la_era_postsocialista (última consulta: 20-02-2019). También se puede ver en: Dilemas de la justicia en el siglo XXI: género y globalización / coord. por Nancy Fraser, María Antonia Carbonero Gamundí, Joaquín Valdivielso, 2011, ISBN 978-84-8384-181-5, pp. 217-254.
- FRASER, Nancy (2008), "La justicia social en la era de la política de identidad: redistribución, reconocimiento y participación", en: Revista de Trabajo, Año 4, Número 6, Agosto-Diciembre 2008, pp. 83-99.
- FRASER, Nancy (2015), *Fortunas del Feminismo. Del capitalismo gestionado por el Estado a la crisis neoliberal,* traducción de Cristina Piña Aldao, Instituto de Altos Estudios Nacionales del Ecuador, Quito.
- FRIEDAN, Betty (2009), *La mística de la feminidad*, traducción Magalí Martínez Solimán, Ediciones Cátedra Universitat de Valencia, Instituto de la mujer, Madrid.
- FROMM, Erich (2018), *El miedo a la libertad,* 1ª edición en esta presentación, traducción de Gino Germani, Paidós, Barcelona.
- GABRIEL, Markus (2019), *Yo no soy mi cerebro*, 4ª ed., trad. Juanmari Madariaga, Pasado y Presente, Barcelona.
- GABRIEL, Markus (2019), *Por qué no existe el mundo*, 9ª ed., trad. Juanmari Madariaga, Pasado y Presente, Barcelona.
- GADAMER, Hans-Georg (1993), *Verdad y método*, Título original: *Wahrheit und Methode*, traducción: Ana Agud Aparicio y Rafael de Agapito ©J.C.H., Mohr (Paul Siebeck) Tübingen —1975—, Ediciones Sígueme S.A., Salamanca, España.

- GARAPON, Antoine y SALAS, Denis -directores- (2016), *Imaginar la ley. El derecho en la literatura,* 1ª ed., traducción Ariel Dilon, Colección el bien común, Editorial Jusbaires, Ciudad Autónoma de Buenos Aires.
- GARCIA AMADO, Juan Antonio (1999), "Retórica, argumentación y derecho", En Revista Isegoría, n°21, Instituto de Filosofía del CSIC (Consejo Superior de Investigaciones Científicas), España, p. 131-147.
- GARCIA AÑON, José (1999), "El principio de igualdad y las políticas de acción afirmativa. Algunos problemas de la dogmática jurídica y el Derecho Europeo", en: *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho,* Universitat de Valencia, núm. 2-1999, I.S.S.N.: 1138-9877.
- GARCIA MANRIQUE, Ricardo (2009) "La dignidad y sus menciones en la Declaración". *En: Sobre la dignidad y los principios: análisis de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO",* CASADO, M. (coord.), *Observatori de Bioètic i Dret*, Thomson Reuters, pp. 41-64.
- GARCIA MANRIQUE, Ricardo (2016), "Bioética y cine: la eutanasia y la ayuda al suicidio", *en: Morir en libertad,* (Albert Royes -coord.-), Editorial Universitat de Barcelona, 128-167.
- GARCIA MARTÍN, Pedro (2016) "Bajo la jurisdicción del tiempo", prólogo en: *Cervantes y el Derecho. Ideas cervantinas para el aprendizaje del Derecho,* ALENZA GARCIA, José Francisco (Director), Ed. Aranzadi, Pamplona.
- GARZÓN VALDÉS, Ernesto (1988), "¿Es éticamente justificado el paternalismo jurídico?", en: Doxa, n°5, pp. 155-173.
- GARZÓN VALDÉS, Ernesto (2006), "¿Cuál es la relevancia moral de la dignidad humana?", en: *Derechos fundamentales y derecho penal*, COPPOLA, Patricia —compiladora—, Advocatus, Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales Sede Córdoba, Córdoba, pp. 21-37.
- GARZÓN VALDÉS, Ernesto (2006), "¿Cuál es la relevancia moral de la dignidad humana?", en: *El positivismo jurídico*, de BULYGIN, Eugenio, Fontamara, México.
- GARZÓN VALDÉS, Ernesto (2007), "30 minutos de filosofía del derecho. Viejos y nuevos problemas", en: *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n°30, pp. 224-233.
- GASCON ABELLAN, Marina (2014), "¿Lógica del descubrimiento para la prueba?", en *Prueba y razonamiento probatorio en Derecho. Debates sobre abducción,* García Amado, Juan Antonio y Bonorino, Pablo Raúl (coords.), Comares, Granada, 2014.
- GELLI, María Angélica (2005), *Constitución de la Nación Argentina Comentada y Concordada*, Tercera Edición ampliada y actualizada, La Ley, Buenos Aires.
- GIBERT MACEDA, María Teresa (1991), "Apariencia y realidad: el uso de la metáfora en *The Handmaid's Tale*", en: *EPOS, Revista de filología*, n°7, UNED, Madrid, pp. 475-484. Acceso libre en: http://revistas.uned.es/index.php/EPOS/article/view/9754 Última consulta: 26-06-2019.
- GIL DOMINGUEZ, Andrés; FAMA, María Victoria y HERRERA, Marisa (2006), *Derecho Constitucional de Familia*, Tomo I, Ediar, Buenos Aires.
- GIL DOMINGUEZ, Andrés (2007a), *La regla de reconocimiento constitucional argentina,* Ediar, Buenos Aires.

- GIL DOMINGUEZ, Andrés; FAMA, María Victoria y HERRERA, Marisa (2007b), *Ley de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes. Derecho Constitucional de Familia*, Comentada, anotada y concordada, Ediar, Buenos Aires.
- GIL DOMINGUEZ, Andrés; FAMA, María Victoria y HERRERA, Marisa (2006), *Derecho Constitucional de Familia*, Tomo II, Ediar, Buenos Aires.
- GIL DOMÍNGUEZ, Andrés (2013). La Ley de Acceso Integral a los Procedimientos y Técnicas Médicos Asistenciales de Reproducción Humana Asistida: sus proyecciones constitucionales y convencionales. *En: DFyP 2013 (agosto),* 20/08/2013, 24, Cita Online: AR/DOC/2629/2013.
- GILLIGAN, Carol (1977), "In a Different Voice: Women's Conceptions of Self and of Morality", *Harvard Educational Review*, n°17, pp 481-517.
- GILLIGAN, Carol (2003), *In a Different Voice. Psychological Theory and Women's Development*, Thirty-eighth printing, Harvard University Press. Cambridge, Massachusetts, and London, England.
- GILLIGAN, Carol (2013a), "El daño moral y la ética del cuidado", en: *Cuadernos de la Fundació Víctor Grífols i Lucas,* n° 30, Edit. Fundació Víctor Grífols i Lucas, ISBN 978-84-695-8257-2, Barcelona, pp. 10-39.
- GILLIGAN, Carol (2013b), "La resistencia a la injusticia: una ética feminista del cuidado", en: *Cuadernos de la Fundació Víctor Grífols i Lucas,* n° 30, Edit. Fundació Víctor Grífols i Lucas, ISBN 978-84-695-8257-2, Barcelona, pp. 40-67.
- GRANDE YAÑEZ, Miguel (2018), *Filosofía del derecho hermenéutica*, Tecnos, Madrid.
- GUIBOURG, Ricardo (2018), *El fenómeno normativo*, 2ª reimp., Astrea, Buenos Aires.
- HABERMAS, Jürgen (1993), *El discurso filosófico de la modernidad (Doce lecciones),* versión castellana de Manuel Jiménez Redondo, 1ª ed., reimp. Setiembre 1993, Taurus, Madrid.
- HABERMAS, Jürgen (1998), *Facticidad y Validez. Sobre el derecho y el Estado democrático del derecho en términos de teoría del discurso*, traducción de la 4° edición de Manuel Jiménez Redondo, Trotta, Madrid.
- HABERMAS, Jürgen (1998), *Escritos sobre moralidad y eticidad,* Trad. Manuel Jiménez Redondo, 1ª ed., 1ª reimp., Paidós, Barcelona-Buenos Aires-México.
- HABERMAS, Jürgen (1999a), *Teoría de la acción comunicativa*, T.I, Racionalidad de la acción y racionalización social, 4ª ed. revisada, trad. Manuel Jiménez Redondo, Taurus, Madrid.
- HABERMAS, Jürgen (1999b), *Teoría de la acción comunicativa*, T.II, Crítica de la razón funcionalista, trad. Manuel Jiménez Redondo, Taurus, Madrid.
- HABERMAS, Jürgen y RAWLS, John (2017), *Debate sobre el liberalismo político,* 8ª impresión, traducción de Gerard Vilar Rosa, Ediciones Paidós, Barcelona-Buenos Aires-México.
- HABERMAS, Jürgen (2002a), *Verdad y justificación,* traducción de Pere Fabra y Luis Díez, Editorial Trotta, Madrid.
- HABERMAS, Jürgen (2002b), *El futuro de la naturaleza humana. ¿Hacia una eugenesia liberal?*, traducción de R. S. Carbó, Paidós, Barcelona.
- HABERMAS, Jürgen (2010), "El concepto de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos", en: *Diánoia (online)*, volumen LV, número 64, pp. 3-25, versión en castellano: Javier Aguirre Román, revisada por

Eduardo Mendieta y María Herrera. ISSN 0185-2450. Acceso público en: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0185-24502010000100001 Última consulta: 31-01-2019.

- HART, Herbert (1998), *El concepto de Derecho,* traducción de Genaro R. Carrió, Abeledo-Perrot, Buenos Aires.
- HERNANDEZ CERVANTES, Aleida -coordinadora- et. al (2017), *Derecho y Literatura. Una alianza que subvierte el orden,* Bonilla Artigas Editores, México.
- HERRENDORF, Daniel E.; BIDART CAMPOS, Germán (1990), *Principios de Derechos Humanos y Garantías*, Ediar, Buenos Aires.
- HERRERA, Enrique (2006), *Práctica metodológica de la investigación jurídica,* 2° reimpresión, Astrea, Buenos Aires.
- HERRERA, Marisa y LAMM, Eleonora (2014), "Comentarios a los artículos 558 a 593", *en:* KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída; HERRERA, Marisa y LLOVERAS, Nora –Directoras–, *Tratado de Derecho de Familia. Según el Código Civil y Comercial de 2014,* T.II, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires-Santa Fe, pp. 395-892.
- HERRERA, Marisa (2015a), "Comentarios a los artículos 558 a 593, Filiación", en: *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, HERRERA, Marisa; CARAMELO, Gustavo; PICASSO, Sebastián* –Directores–, T. II, Infojus, Buenos Aires, pp. 274-350.
- HERRERA, Marisa (2015b), "Comentarios a los artículos 558 a 593, Filiación", *en: Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, LORENZETTI, Ricardo –Director–, T.II, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires-Santa Fe.
- HERRERA, Marisa (2015c), "Comentarios a los artículos 401 a 445", En: *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, LORENZETTI, Ricardo –Director–, T.II, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires-Santa Fe.
- HERRERA, Marisa (2019), *Manual de Derecho de las Familias*, 2ª ed., Abeledo Perrot, C.A.B.A.
- HIERRO, Liborio (2016), *Los derechos humanos. Una concepción de la justicia,* Madrid, Marcial Pons.
- HOMERO (2010), *La Odisea*, 29ª ed., traducción Felipe Jiménez Sandoval, Edaf, Madrid.
- HONNETH, Axel (1997), "Reconocimiento y obligación moral", en: *Areté. Revista de Filosofía*, Vol. IX, nº2, Traducción de Carla Saenz, revisión de Miguel Giusti, pp. 235-252. Acceso público en: http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/arete/article/view/5282/5278 (última consulta 12-02-2019).
- HORKHEIMER, Max y ADORNO, Theodor (1998), *Dialéctica de la Ilustración.* Fragmentos filosóficos, trad. Juan José Sánchez, 3ª ed., Trotta, Madrid.
- HUXLEY, Aldous (2017), *Un mundo feliz,* 27ª ed., trad. Ramón Hernández, Penguin Random House, Buenos Aires.
- JANER MANILA, Gabriel (2004), "Presentación", en: *Revista de educación, número extraordinario 2004 El Quijote y la educación*, del Ministerio de educación y formación profesional del Gobierno de España, disponible en acceso público en: http://www.educacionyfp.gob.es/dctm/revista-de-educacion/numeros-completos/re2004.pdf?documentId=0901e72b811e2f18, pp. 5-7.

- JARAMILLO, Isabel (1998), "La comunidad liberal de Ronald Dworkin: el problema de la relación entre derecho y moral y la importancia de la comunidad para el liberalismo", en: Revista de Derecho Público n°8, Universidad de Los Andes, Colombia, pp. 163-183. Disponible en acceso público en: https://derechopublico.uniandes.edu.co/components/com_revista/archivos/derechopub/pub240.pdf, última consulta: 01-08-2019.
- JELIN, Elizabeth (2010), *Pan y afectos. La transformación de las familias,* 2ª ed., Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires.
- JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael (2005), *El Constitucionalismo. Proceso de formación y fundamentos del Derecho Constitucional.* Marcial Pons, Madrid-Barcelona.
- JOAS, Hans (2015), *La sacralidad de la persona. Una nueva genealogía de los derechos humanos,* trad. Gerardo Losada, 1ª ed. en español, Unsam Edita-Jorge Baudino Ediciones, Buenos Aires.
- JONAS, Hans (1995), *El principio de responsabilidad. Ensayo de una ética para la civilización tecnológica.* Editorial Herder. Barcelona
- JONAS, Hans (1997), *Técnica, medicina y ética. Sobre la práctica del principio de responsabilidad,* Trad. Carlos Fortea Gil, Paidós, Barcelona.
- JUNYENT BAS DE SANDOVAL, Beatriz María (2016), *Fecundación asistida e identidad personal,* Astrea, Buenos Aires-Bogotá-Porto Alegre.
- KAFKA, Franz (1997), El proceso, 19ª ed., trad. Vicente Mendivil, Editorial Losada S.A., Buenos Aires.
- KAFKA, Franz (2014), *Ante la ley*, trad. Juan José del Solar, Debolsillo, Buenos Aires.
- KAHN, Paul (2001), *El análisis cultural del derecho. Una reconstrucción de los estudios jurídicos*, 1ª ed. en castellano, Editorial Gedisa, Barcelona.
- KANT, Immanuel (2012), *Fundamentación de la metafísica de las costumbres* [*Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, Riga, 1785], trad. Roberto Rodríguez Aramayo, 2da. Ed., Alianza, Madrid.
- KANT, Immanuel (1988), *Lecciones de ética*, traducción Roberto Rodríguez Aramayo y Concha Roldán Panadero, Editorial Crítica, Barcelona.
- KARAM TRINDADE, André; MAGALHÃES GUBERT, Roberta y COPETTI NETO, Alfredo (2008), *Direito & Literatura. Relexões Teóricas,* Livraria do Advogado editora, Porto Alegre.
- KARAM TRINDADE, André y KARAM, Henriete (2018), "Polifonia e Verdade nas Narrativas Processuais", en *Revista Seqüência (Florianópolis)*, n. 80, p. 51-74, dez. 2018, acceso público disponible en: http://dx.doi.org/10.5007/2177-7055.2018v39n80p51 (última consulta: 12-01-2019).
- KELSEN, Hans (2015), *Teoría pura del Derecho,* 3ª ed., 10ª reimp., trad. Moisés Nilve, Eudeba, Buenos Aires.
- KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída (1997), *El principio de igualdad y el derecho comunitario. Academia nacional de derecho y ciencias sociales de Buenos Aires*, Buenos Aires.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída (2001), "Derechos humanos y Familia", en Arnaud André-Jean y otros, *Aspectos Constitucionales y Derechos Fundamentales de la Familia,* Universidad Externado de Colombia, Bogotá.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída y MOLINA DE JUAN, Mariel (2017), "Informe argentino sobre las principales cuestiones relativas a la filiación por

Técnicas de Reproducción Humana Asistida", *En: Questioni di diritto delle famiglie e dei minori,* Ed. Scientifiche Italiane, Napoli, p. 117.

- KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída (2002), "Alberdi, precursor de la constitucionalización del Derecho de Familia", en *Homenaje a Juan Bautista Alberdi, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba,* Córdoba.
- KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída y LLOVERAS, Nora (2009), "La dignidad humana en la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos", *En: Sobre la dignidad y los principios: análisis de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO",* CASADO, M. (coord.), *Observatori de Bioètic i Dret*, Thomson Reuters, pp. 217-239.
- KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída; ROMERO, Clara y HERRERA, Marisa (2010), "Síntesis Jurisprudencial Tribunal Europeo de Derechos Humanos", en *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de doctrina y Jurisprudencia*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2010-III.
- KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída (2012a), "La bioética en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación de 2012", en: *La Ley online*, cita: SJA 28/11/2012, 33, cita online: AR/DOC/10022/2012.
- KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída; HERRERA, Marisa y LAMM, Eleonora (2012b), "Ampliando el campo del derecho filial en el derecho argentino. Texto y contexto de las técnicas de reproducción humana asistida", en: Revista Derecho Privado Año I, N°1, Mayo 2012, Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, C.A.B.A., pp. 3-45.
- KEMEMAJER de CARLUCCI, Aída; LAMM, Eleonora y HERRERA, Marisa (2012c), "Regulación de la gestación por sustitución", en: *La Ley online*, cita: La Ley 10/09/2012, 1 y La Ley 2012-E, 960, cita online: AR/DOC/4747/2012.
- KEMEMAJER de CARLUCCI, Aída; LAMM, Eleonora y HERRERA, Marisa (2013), "Gestación por sustitución en Argentina. Inscripción judicial del niño conforme a la regla de la voluntad procreacional", en: *La Ley online*, cita: La Ley 11/07/2013, 3, La ley 2013-D, 195, cita online: AR/DOC/2573/2013.
- KEMEMAJER de CARLUCCI, Aída; HERRERA, Marisa; LAMM, Eleonora y DE LA TORRE, Natalia (2017): *La gestación por sustitución en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. A propósito del caso "Paradiso y Campanelli c. Italia",* Publicado en: Diario LA LEY de 13/03/2017. Cita Online: AR/DOC/610/2017.
- KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída; HERRERA, Marisa y LLOVERAS, Nora –Directoras– (2014), *Tratado de Derecho de Familia. Según el Código Civil y Comercial de 2014,* T. II, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires-Santa Fe.
- KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída; HERRERA, Marisa y LLOVERAS, Nora –Directoras– (2016), *Tratado de Derecho de Familia,* T. V-A, Actualización doctrinal y jurisprudencial, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires-Santa Fe.
- KENNEDY, Duncan (2013), *Izquierda y derecho. Ensayos de teoría jurídica crítica,* 1ª ed., 1ª reimpr., traducción de Guillermo Moro, Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires.
- KERR, Philip (2010), *Una investigación filosófica*, 3ª ed. en "compactos", trad. Mauricio Bach, Anagrama, Barcelona.
- KOHEN, Beatriz (2005), "Ciudadanía y ética del cuidado", en: *Búsquedas de sentido para una nueva política,* CARRIO, Elisa Carrió y MAFIA, Diana (comps.), Paidós, Buenos Aires, pp. 175/188. Artículo reproducido en *Revista*

Word, n°11, año 2016, pp. 35-41, Acceso público en: http://campusward.edu.ar/files/default/pdf/netward11/modulo-12.pdf (última consulta: 09-02-2019).

- KUHM, Thomas S., 2013, *La estructura de las revoluciones científicas,* traducción e introducción de Carlos Solís Santos, Fondo de Cultura Económica, México.
- LAMM, Eleonora (2013), *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*. Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, Barcelona. ISBN 978-84-475-3757-0.
- LAMM, Eleonora (2015), "Comentario al artículo 57 del CCyC", en: *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Herrera, Marisa; Caramelo, Gustavo y Picasso, Sebastián –Directores–, T. I, Infojus, Buenos Aires.
- LAMM, Eleonora (2018), "Identidad de género. Sobre la incoherencia legal de exigir el sexo como categoría jurídica", *En revista: IDIBE*, n°8. Disponible en: http://idibe.org/wp-content/uploads/2018/03/93.Lamm-copia.pdf. Última consulta: 24 jun. 2018.
- LAMM, Eleonora, RODRIGUEZ ITURBURU, Mariana y RUBAJA, Nieve (2016), "Técnicas de reproducción humana asistida", en KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída; HERRERA, Marisa y LLOVERAS, Nora –Directoras–, *Tratado de Derecho de Familia,* T. V-A, Actualización doctrinal y jurisprudencial, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires-Santa Fe, pp. 665-820.
- LAMM, Eleonora (2017), "Prácticas prohibidas: Alteración genética", en: *Diccionario Enciclopédico de la Legislación Sanitaria Argentina (DELS),* publicación online, acceso público en: http://www.salud.gob.ar/dels/entradas/practicas-prohibidas-alteracion-genetica, última consulta: 31/07/2019.
- LAMM, Eleonora (2018), "Repensando la gestación por sustitución desde el feminismo", en: *MicroJuris*, cita *online*: MJ-DOC-13769-AR | MJD13769.
- LANDINI, Sara, 2018, "Filiación y parejas homosexuales en Italia", En: *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, ISSN 2386-4567, IDIBE, núm. 8, feb. 2018, p. 48-58.
- LAPORTA, Francisco (1994), "Imperio de la ley. Reflexiones sobre un punto de partida de Elías Díaz", en: *Doxa* n°15-16, p. 133-145.
- LARA GONZALEZ, Rafael (2016), "Vislumbre de Derecho Cambiario en La Mancha de Don Quijote: «La libranza pollinesca»", en ALENZA GARCIA, José Francisco —director—, *Cervantes y el Derecho. Ideas cervantinas para el aprendizaje del derecho,* Editorial Aranzadi, Pamplona, pp. 233-252.
- LA NACION ONLINE. www.lanacion.com.ar (2017). *Alquiler de vientres*. Disponible en: http://www.lanacion.com.ar/2006705-alquiler-de-vientres. Acceso en: 24 ago. 2017.
- LLOVERAS, Nora y SALOMON, Marcelo (2009), *El derecho de familia desde la Constitución Nacional,* Universidad, Buenos Aires.
- LLOVERAS, Nora y SALOMON, Marcelo (2005), *El paradigma constitucional familiar: análisis a una década de su reformulación*, JA 2005-II-888.
- LLOVERAS, Nora y HERRERA, Marisa –Directoras– (2010), *El derecho de familia en Latinoamérica,* Colección: Los derechos humanos en las relaciones familiares Vol. 1, Nuevo enfoque jurídico, Córdoba.
- LOPEZ DE LA VIEJA, María Teresa (2000), "Ética y modelo de los principios", en: *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, n°23, pp. 655-664.

- LOPEZ DE LA VIEJA, María Teresa (2005), "Salud y Género", *En: Bioética. Perspectivas emergentes y nuevos problemas,* José M. G. Gómez-Heras; Carmen Velayos Castelo (editores), Tecnos, Madrid, p. 73-97.
- LOPEZ DE LA VIEJA, Ma. Teresa (2008), *Bioética y ciudadanía. Nuevas fronteras de la Ética*, Biblioteca Nueva, Madrid.
- LOPEZ DE LA VIEJA, Ma. Teresa (2010), *La pendiente resbaladiza. La práctica de la argumentación moral*, Plaza y Valdés – Dilemata, Madrid.
- LOPEZ DE LA VIEJA, María Teresa (2013), *Bioética y Literatura,* Plaza y Valdés, Madrid.
- LORDON, Frédéric (2018), *La sociedad de los afectos. Por un estructuralismo de las pasiones*, Trad. Antonio Oviedo, Adriana Hidalgo editora, Buenos Aires.
- LORENZETTI, Ricardo Luis (2008), *Teoría de la Decisión Judicial. Fundamentos de Derecho*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires-Santa Fe.
- LORENZETTI, Ricardo Luis (2014), "Comentario a los artículos 1 a 18 del Código Civil y Comercial", en: *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, LORENZETTI, Ricardo Luis –Director–, T.I, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires-Santa Fe.
- LUHMANN, Niklas (2018), *Sistema jurídico y dogmática jurídica,* Supervisión de la traducción Luis E. Marcano Salazar y equipo, Ediciones Olejnik, Santiago de Chile.
- LUNA, Florencia (2009), "La declaración de la UNESCO y la vulnerabilidad: la importancia de la metáfora de las capas", *En: Sobre la dignidad y los principios: análisis de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO",* CASADO, M. (coord.), *Observatori de Bioètic i Dret*, Thomson Reuters, pp. 255-266.
- MACCORMICK, Neil (1999), *"Retórica y Estado de Derecho", en: Isegoría. Revista de filosofía moral y política, n°21, pp. 5-21, Instituto de filosofía, CSIC,* Acceso público en: http://isegoria.revistas.csic.es/index.php/isegoria/article/view/74/74 Última consulta: 31-01-2019.
- MACCORMICK, Neil (2009), "Universales y particulares", en: *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho,* n°32, trad. Guillermo Moro, pp. 127-150.
- MACCORMICK, Neil (2010), "Argumentación e interpretación en derecho", en *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n°33, trad. Jorge Luis Fabra Zamora y Laura Sofía Guevara, ISSN: 0214-8676, pp. 65-78.
- MACINTYRE, Alasdair (1984), "Is patriotism a virtue?", en: *The Lindley Lecture, University of Kansas, March 26, 1984*, Acceso público: https://mirror.explodie.org/Is%20Patriotism%20a%20Virtue-1984.pdf (última consulta: 21-02-2019).
- MACINTYRE, Alasdair (1991), *Historia de la ética*, trad. Roberto Juan Walton, 4ª reimp., Paidós, Barcelona.
- MACINTYRE, Alasdair (2001), *Animales racionales y dependientes. Porqué los seres humanos necesitamos las virtudes*, Traducción de Beatriz Martínez de Murguía, Revisión técnica de Fernando Escalante Gonzalbo, Paidós, Barcelona-Buenos Aires-México.
- MACINTYRE, Alasdair (2004), *Tras la virtud*, De la traducción castellana para España y América: Critica S.L., Barcelona, ISBN: 84-8432-170-3.
- MACKINNON, Catharine (2014), *Feminismo inmodificado: Discursos sobre la vida y el derecho,* 1ª ed., traducido por Teresa Beatriz Arijón, Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires.

- MACKLIN, Ruth (2003), "Dignity is a useless concept", en: *British Medical Journal*, 327, pp. 1419-1420, Acceso público en: http://www-management.wharton.upenn.edu/raff/documents/2009/Macklin_BMJ.pdf (última consulta: 28-01-2019).
- MAGRIS, Claudio (2010), *Literatura y derecho. Ante la ley*. Editorial Sexto Piso, Madrid.
- MALAMUD HERRERA, Samuel (2013), "Diagnóstico genético preimplantatorio y eugenesia. Análisis ético-jurídico", en: *Revista Colombiana de Bioética,* Vol. 8 n°1, Enero-Junio de 2013, pp.123-143, acceso público en: https://revistas.unbosque.edu.co/index.php/RCB/article/view/787/382, última consulta: 14/08/2019.
- MANCHOLA, Camilo (2017), "Tres apuestas por una bioética práctica", en: Revista Bioética, Vol. 25, n°2, *Conselho Federal de Medicina Brasília*, Brasil, pp. 264-274. Acceso público en: http://www.redalyc.org/pdf/3615/361552153007.pdf Último acceso: 31-01-2019.
- MARÍ, Enrique (2002), *La Teoría de las Ficciones*, Eudeba, Buenos Aires.
- MARI, Enrique (2014), *La interpretación de la ley,* Eudeba, Buenos Aires.
- MARI, Enrique (2015), "Derecho y literatura. Algo de lo que sí se puede hablar pero en voz baja", En: ROGGERO, Jorge (compilador), *Derecho y Literatura. Textos y Contextos*. Eudeba, Buenos Aires, p. 195-228.
- MARIN CASTAN, María Luisa (2007), "La dignidad humana, los Derechos Humanos y los Derechos Constitucionales", en: *Revista de Bioética y Derecho*, n°9, p. 1-8, acceso abierto en: http://www.bioeticayderecho.ub.es, consulta: 26 nov. 2018.
- MARIN CASTAN, María Luisa (2009), "Salvedad en cuanto a la interpretación: actos que vayan en contra de los derechos humanos, las libertades fundamentales y la dignidad humana", *En: Sobre la dignidad y los principios: análisis de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO",* CASADO, M. (coord.), *Observatori de Bioètic i Dret*, Thomson Reuters, pp. 537-556.
- MARIN CASTAN, María Luisa (2014), "En torno a la dignidad humana como fundamento de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO", en: Revista de Bioética y Derecho, n°31, y Número extra, recopilatorio especial: p. 125-145, acceso abierto en: http://www.bioeticayderecho.ub.es, consulta: 26 nov. 2018.
- MARTINEZ BULLEE-GOYRI, Víctor (2013). "Sobre los derechos humanos y la justicia". En: González, Juliana y Linares, Jorge –coords.–, *Diálogos de bioética. Nuevos saberes y valores de la vida*. Fondo de Cultura Económica. Universidad Nacional Autónoma de México. México, p. 368.
- MARTINEZ PAZ, Fernando (2005), *Introducción al derecho,* 2ª edición actualizada, reestructurada y revisada, 1ª reimpresión, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Ciudad de Buenos Aires.
- MASCIOTRA, Mario (2015), *Poderes-deberes del juez en el proceso civil,* Astrea, Buenos Aires-Bogotá.
- MATEO, Silvia y VITALE, Alejandra (2014) -coordinadoras-, *Lectura crítica y escritura eficaz en la universidad,* 1ª ed. 1ª reimpr., Eudeba, Buenos Aires.
- MAYER, Max Ernst (2015), *Filosofía del Derecho*, traducción de la segunda edición original por Luis Legaz Lacambra, Editorial B de F, Montevideo - Buenos Aires.

- MAZZUCCO, Melania (2016), *Eres como eres*, trad. Xavier González Rovira, 1ª edición. Anagrama, Barcelona. ISBN: 978-84-339-7942-1.
- MEDINA, Graciela (2001), *Los homosexuales y el derecho a contraer matrimonio,* Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe.
- MENDEZ COSTA, Josefa y D' ANTONIO, Daniel (2009), *Derecho de Familia*, t. III. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires–Santa Fe.
- MICHELINI, Dorando (2010), "Dignidad humana en Kant y Habermas", en: *Estudios de Filosofía Práctica e Historia de las Ideas*, vol. 12, n°1, p. 41-49. Acceso libre en: www.estudiodefilosofia.com.ar. Disponible en: file:///C:/Users/Gabriel/Downloads/Dignidad_humana_en_Kant_y_Habermas.pdf Ultima consulta: 29 nov. 2018.
- MILL, John Stuart (2005), *El sometimiento de las mujeres*, trad. Alejandro Pareja, Edaf, Madrid.
- MILL, John Stuart (2010), *Sobre la libertad,* traducción Lucas Bidon-Chanal, Universidad Nacional de Quilmes Editorial, 1ª ed. Bernal, Buenos Aires.
- MOLINA DE JUAN, Mariel (2017), "Justicia penal, perspectiva de género y violencia económica", en diario La Ley de 28/06/2017, p.4, La Ley 2017-D, 15, cita online: AR/DOC/1586/2017.
- MOLINA DE JUAN, Mariel (2018), *Compensación Económica. Teoría y Práctica,* Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires-Santa Fe.
- MONCAYO, Guillermo R. (2004). "Criterios para la aplicación de las normas internacionales que resguardan los derechos humanos en el derecho argentino", *en*: ABREGU, Martín y COURTIS, Cristian (Comp.) *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*; CELS, Editores del Puerto SRL, Buenos Aires, 1º ed. 1997 y 2º ed. 2004.
- MONEREO ATIENZA, Cristina (2010), *Desigualdades de género y capacidades humanas*, Comares, Granada.
- MONEREO ATIENZA, Cristina (2018), *Universos de dignidad,* Tirant Lo Blanch, Valencia.
- MORIN, Edgar (2005), *El paradigma perdido. Ensayo de bioantropología,* 7ª ed., trad. Domènec Bergadà, Editorial Kairós, Barcelona.
- MORIN, Edgar (2007), *Introducción a una política del hombre*, trad. Tomás Fernández Aúz y Beatriz Eguibar, Gedisa editorial, Barcelona.
- NAGEL, Thomas (2000), *La última palabra*, trad. Paola Bergallo y Marcelo Alegre, Gedisa, Barcelona.
- NAUCKE, Wolfgang y HARZER, Regina (2008), *Filosofía del Derecho. Conceptos básicos*, trad. Leonardo Germán Brond, Astrea, Buenos Aires.
- NAVARRO, Pablo (1993), "Sistema Jurídico, Casos difíciles y conocimiento del Derecho." *En: DOXA Cuadernos de Filosofía del Derecho, Nro. 14, 1993, Alicante, pág. 243-268.*
- NEVES PINTO, Gerson (2015), *Desde la Ética a la Bioética,* En: Revista de Bioética y Derecho, Observatori de Bioética i Dret, n°33, p. 57-67, Universidad de Barcelona, acceso *on line* libre en: www.bioeticayderecho.ub.edu (última consulta 15/10/2018).
- NEUMAN, Andrés (2012), *Hablar solos,* Alfaguara, Buenos Aires.
- NINO, Carlos (1974), *Notas de introducción al derecho 3; El concepto de sistema jurídico y la validez moral del derecho*, Astrea, Buenos Aires.
- NINO, Carlos (1975), *Notas de introducción al derecho 4; La ciencia del Derecho y la interpretación jurídica,* Astrea, Buenos Aires.

- NINO, Carlos (1988), "Liberalismo versus Comunitarismo", en: *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n°1, pp. 363-376. Disponible en: http://www.cepc.gob.es/gl/publicaci%C3%B3ns/revistas/revistas-electronicas?IDR=15&IDN=1226&IDA=35272 (último acceso: 03-01-2019).
- NINO, Carlos (1989), *El constructivismo ético,* Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- NINO, Carlos (1992), *Fundamentos de Derecho Constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional,* Astrea, Buenos Aires.
- NINO, Carlos (1993), *Algunos Modelos Metodológicos de "Ciencia" Jurídica, Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, Nro. 25*, Distribuciones Fontamara S.A., México, D.F.
- NINO, Carlos (2014), *Derecho, moral y política. Una revisión de la teoría general del Derecho*, Siglo Veintiuno, Buenos Aires.
- NINO, Carlos (2015), *Introducción al análisis del derecho*, 2° edición ampliada y revisada, 18ª reimpresión, Astrea, Buenos Aires.
- NINO, Carlos Santiago (2017a), *Ética y derechos humanos*, 2ª edición ampliada y revisada, 4ª reimpresión, Astrea, Buenos Aires-Bogotá-Porto Alegre (1ª ed. 1984).
- NINO, Carlos Santiago (2017b), *La validez del derecho,* 5° reimpresión, Astrea, Buenos Aires-Bogotá-Porto Alegre (1ª ed., 1985).
- NINO, Carlos (2017c), *Ocho lecciones sobre ética y derecho para pensar la democracia*, 1ª ed., versión digital, Siglo Veintiuno Editores.
- NUÑEZ VAQUERO, Álvaro (2015), "Ciencia Jurídica", En: *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, volumen 1, cap. 16, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, p. 601-631.
- NUÑEZ VAQUERO, Álvaro (2014), "Dogmática Jurídica", En: *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, n°6, marzo – agosto 2014, pp. 245-260, ISSN 2253-6655.
- NUSSBAUM, Martha (1995), *Justicia Poética, La imaginación literaria y la vida pública,* traducción de Carlos Gardini, Editorial Andrés Bello, Barcelona.
- NUSSBAUM, Martha (2001a), *La fragilidad del bien. Fortuna y ética en la tragedia y la filosofía griega,* Traducción Antonio Ballesteros, La balsa de la medusa, Madrid.
- NUSSBAUM, Martha (2001b), "El futuro del liberalismo feminista", en *ARETÉ. Revista de Filosofía,* Vol. XIII, n°1, 2001, pp. 59-101. Acceso público en: http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/arete/article/view/7427/7649 (última consulta: 09-02-2019).
- NUSSBAUM, Martha (2002), *Genética y Justicia: Tratar la enfermedad, respetar la diferencia,* Revista Isegoría n°27, p. 5-17.
- NUSSBAUM, Martha (2007), *Las fronteras de la justicia. Consideraciones sobre la exclusión*, trad. Ramon Vila Vernis (caps. I-IV) y Albino Santos Mosquera (caps. V-VII), Paidós, Barcelona.
- NUSSBAUM, Martha (2018), *La ira y el perdón*, trad. Víctor Altamirano, 1ª ed. en español, Fondo de Cultura Económica, México.
- OBSERVATORI DE BIOETICA I DRET (2019), *Documento sobre gestación por sustitución*, Edicions de la Universitat de Barcelona, Barcelona,
- OST, François (2006). "El reflejo del derecho en la literatura". *En: Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, n°*29, p. 333-348.

- OST, François (2015). "El reflejo del derecho en la literatura". *En:* ROGGERO, Jorge (compilador) *Derecho y Literatura. Textos y Contextos.* Eudeba, Buenos Aires, p. 153-170.
- OST, François (2016). *Shakespeare. La comedia de la ley*, traducción de Ariel Dilon, Colección el Bien Común. Editorial Jusbaires, Ciudad Autónoma de Buenos Aires.
- PALACIOS, Agustina (2008), *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad,* Ediciones Cinca, Madrid.
- PECES-BARBA MARTINEZ, Gregorio (1993), "La figura y el pensamiento de Norberto Bobbio", Introducción en: *Igualdad y libertad*, BOBBIO, Norberto, 1993, trad. Pedro Aragón Rincón, Paidós, Barcelona, pp. 9-49.
- PECES-BARBA MARTINEZ, Gregorio, con la colaboración de ASIS ROIG, Rafael; FERNANDEZ LIESA, Carlos R. y LLAMAS CASCON, Angel (1995), *Curso de derechos fundamentales. Teoría general,* Universidad Carlos III de Madrid. Boletín Oficial del Estado, Madrid.
- PELLEGRINI, María Victoria (2016), "Delineamiento de la figura de la compensación económica en el marco de un divorcio incausado", en: *Revista de Derecho Privado y Comunitario, N°2016-2, Derecho de Familia -II Relaciones entre adultos*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires-Santa Fe.
- PERELMAN, Chaïm (2018), *El imperio retórico. Retórica y argumentación*, supervisión de la trad. Luis E. Marcano Salazar y equipo, Ediciones Olejnik, Santiago de Chile.
- PEREZ, Carlos (2006), "Derecho y Literatura", en *Revista ISONOMÍA n°24,* PP 135-153.
- PEREZ FUENTES, Gisela, CANTORAL DOMINGUEZ, Karla y RODRIGUEZ COLLADO, Margarita del Carmen (2017), *La maternidad subrogada,* Tirant Lo Blanch, México.
- PEREZ LUÑO, Antonio E. (1991), *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 4ª ed., Tecnos, Madrid.
- PEREZ LUÑO, Antonio E. (2005), *Dimensiones de la igualdad*, Cuadernos Bartolomé de las Casas N°34, Dykinson, Madrid.
- PEREZ LUÑO, Antonio E. (2007), "Dogmática de los Derechos Fundamentales y transformaciones del sistema constitucional", *En: Teoría y Realidad Constitucional*, UNED, núm. 20, 2007, pp. 495-511.
- PEREZ LUÑO, Antonio E. (2014), *El desbordamiento de las fuentes del derecho,* La Ley, Madrid, 1ª Ed. 2011, 1ª reimpresión 2014.
- PEREZ TRIVIÑO, José Luis (2007a), *De la dignidad humana y otras cuestiones jurídico-morales,* Biblioteca de ética, filosofía del derecho y política, Fontamara, México.
- PEREZ TRIVIÑO, José Luis (2007b), "La relevancia de la dignidad humana. Un comentario", en: *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n°30, p. 159-163.
- PEREZ TRIVIÑO, José Luis (2007c), "El *Estatut* y los abusos de la dignidad", en: *Cuadernos de Derecho Público*, n°32, p. 113-128.
- PICASSO, Sebastián (2015), "Comentarios a los artículos 1716 a 1720; 1723; 1726 a 1736; 1760 a 1762", en: *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Tomo VIII, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires-Santa Fe.
- PINARD, Gustavo (1996), *Los derechos humanos en las constituciones del MERCOSUR*, Ed. Ciudad Argentina, Buenos Aires.

- PINKER, Steven (2008), "The Stupidity of Dignity", en: *The New Republic*, 28 de mayo de 2008, Disponible acceso público en: http://www-management.wharton.upenn.edu/raff/documents/2009/Pinker_New_Repub.pdf (última consulta: 28-01-2019).
- PRIETO ALVAREZ, Tomás (2005), *La dignidad de la persona. Núcleo de la moralidad y el orden público, límite al ejercicio de libertades públicas*, Aranzadi S.A., Navarra.
- PRIETO SANCHIS, Luis (2004), "Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial", en *La universalidad de los derechos sociales: el reto de la inmigración,* María José Añón (Ed.), Tirant lo blanch, Valencia.
- PRIETO SANCHIS, Luis (1985), "Teoría del Derecho y filosofía política en Ronald Dworkin", en: *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 5, n°14, Mayo-agosto 1985, pp. 353-377.
- PRIETO SANCHIS, Luis (1994), "Minorías, respeto a la disidencia e igualdad sustancial", en*: Doxa*, n°15-16, pp. 367-388. Universidad de Alicante, España.
- PUYOL, Angel (2017), *Rawls. El filósofo de la justicia,* EMSE EDAPP, Barcelona.
- RABOSSI, Eduardo (2007), "Derechos Humanos. El principio de igualdad y la discriminación"; en Alegre, Marcelo; Gargarella, Roberto (Coord.) *El derecho a la igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*, Lexis Nexis, Buenos Aires.
- RADI, Blas y PECHENY, Mario -coordinadores- (2018), *Travestis, mujeres transexuales y tribunales: hacer justicia en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires,* Jusbaires, CABA.
- RAWLS, John (2012), *Teoría de la justicia,* Primera edición electrónica, Traducción María Dolores González, Fondo de Cultura Económica, México
- RAWLS, John (2001), *Lecciones sobre la historia de la filosofía moral*, traducción Andrés de Francisco, Paidós, Barcelona-Buenos Aires-México.
- REALE, Giovanni y ANTISERI, Darío (1995), *Historia del pensamiento filosófico y científico,* T. II. Del Humanismo a Kant. Editorial Herder, Barcelona.
- RIVERA, Julio C. (2007), *Instituciones de derecho civil*, 4ª ed., Lexis Nexis. Abeledo Perrot, Buenos Aires.
- RIVERA CASTRO, Faviola (2004). El imperativo categórico en la fundamentación de la metafísica de las costumbres, *En: Revista Digital Universitaria UNAM*, Volumen 5, Número 11, 2004. ISSN: 1067-6079. http://www.revista.unam.mx/vol.5/num11/art81/dic_art81.pdf. Acceso en: 12 ago. 2017.
- RIVERA LOPEZ, Eduardo (1995), "Las paradojas del comunitarismo", en: *DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n°17-18, pp. 95-116.
- RODENAS, Angeles (2017), "Desafíos para la filosofía del derecho del Siglo XXI", en: *Revista de la Facultad de Derecho*, Universidad de Alicante, n°79, p. 33-46. Acceso libre. Disponible en: https://doi.org/10.18800/derechopucp.201702.002 Última consulta: 12-11-2018.
- RODIS-LEWIS, Geneviève (1971), *Descartes y el racionalismo,* Primera edición en lengua castellana, traducción de Francesc Domingo, Oikos-tau ediciones, Barcelona.
- RODOTA, Stefano (2014) *El derecho a tener derechos*, trad. José Manuel Revuelta, versión e-book, Editorial Trotta, Madrid.

- ROGGERO, Jorge -compilador- et al (2015), *Derecho y Literatura. Textos y contextos,* 1ª ed., Eudeba, Buenos Aires.
- ROGGERO, Jorge (2016), "Comunidades, textualidad, otredad y Derecho. Una lectura de Robin West", en: *Iuris Dictio* 18, ISSN 1390-6402 / e-ISSN 2528-7834. DOI: 10.18272/iu.v18i18.776, pp. 33-42.
- ROGGERO, Jorge (2017), "¿Cómo no hablar de "Derecho y Literatura"? Cinco tesis. *En: Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*. Año 15, Nº 1, Mayo de 2017, | pp. 175-180. ISSN 0328-5642.
- ROGGERO, Jorge (2018), *El reverso del derecho: desmontajes del discurso jurídico*, La Ley, C.A.B.A.
- ROSS, Alf (2011), *Sobre el derecho y la justicia,* 3ª ed., 2ª reimp., Eudeba, Buenos Aires.
- ROUDINESCO, Elisabeth (2010), *La familia en desorden,* 1ª ed., 4ª reimpr., Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires.
- RUIZ, Alicia, DOUGLAS PRICE, Jorge y CARCOVA, Carlos María (2014), *La letra y la ley. Estudios sobre derecho y literatura.* Infojus. Buenos Aires.
- RUIZ SANZ, Mario (1994), "El cambio de paradigma en las funciones de la dogmática jurídica. Algunos apuntes sobre la teoría de la argumentación jurídica de R. Alexy", En: ANUARIO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO XI (1994), p. 347-366.
- SABA, Roberto P. (2004), "Discriminación, trato igual e inclusión", en Abregú, Martín y Courtis, Cristian (Comp.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, 2º ed., Editores del puerto y CELS, Buenos Aires.
- SABA, Roberto (2014), "*Sejean* y la concepción liberal de la sociedad", en KEMELMAJER, Aída; HERRERA, Marisa y LLOVERAS, Nora –Directoras–, *Máximos Precedentes. Derecho de Familia*, editorial La Ley, Buenos Aires, pp. 38-60.
- SABA, Roberto (2016), *Más allá de la igualdad formal ante la ley. ¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?*, 1ª Ed., Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires.
- SAEZ, María Jimena (2019), "Derecho y literatura", en: *Eunomía. Revista en Cultura de la legalidad*, nº16, abril-setiembre 2019, Universidad Carlos III Madrid, pp. 273-282, acceso público en: https://doi.org/10.20318/eunomia.2019.4706 Última consulta: 15-02-2019.
- SAGÜES, Néstor Pedro (1997), *Elementos de Derecho Constitucional,* 2ª ed., Depalma, Buenos Aires.
- SAGUEZ, Néstor (2016), *La constitución bajo tensión*, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, México.
- SALAS, Denis (2015), *Kafka. El combate con la ley*, trad. Vivian Lofiego y Ariel Dilon, Colección El bien común, Editorial Jusbaires, Ciudad Autónoma de Buenos Aires.
- SALAS, Denis (2016), *Albert Camus. La rebelión justa,* 1ª ed., traducción de Vivian Lofiego y Ariel Dilon, Colección El bien común, Editorial Jusbaires, Ciudad Autónoma de Buenos Aires.
- SALES I JARDÍ, Mercè, *La vida familiar en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Una interpretación constructiva.* Bosch Editor, Barcelona.
- SAMBRIZZI, Eduardo (2010). *El pretendido derecho a tener un hijo y la maternidad subrogada.* Buenos Aires: Diario La Ley de 03/08/2010

- SAMBRIZZI, Eduardo A. (2012). "La maternidad subrogada (gestación por sustitución)." [en línea]. *En: Análisis del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012*. Buenos Aires, El Derecho. Disponible en: http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/maternidad-subrogada-gestacion-sustitucion-sambrizzi.pdf. Acceso en: 15 ago. 2017.
- SANTIAGO, Alfonso (2015), "Filosofía del derecho constitucional: perspectiva continental", en: *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del derecho*, vol. 3, Capítulo 51, Universidad Autónoma de México, pp. 1814-1888.
- SANTOLAYA MACHETTI, Pablo (2004), *El derecho a la vida familiar de los extranjeros,* Institut de Pret Public, Valencia.
- SARAMAGO, José (2015), *Ensayo sobre la ceguera,* Pengüin Random House, Barcelona.
- SARLO, Beatriz (2011), *Escenas de la vida posmoderna*, 3ª ed., Seix Barral, Ciudad Autónoma de Buenos Aires.
- SCOTTI, Luciana (2019), "Gestación por sustitución. Acerca de la Opinión Consultiva del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", en *La Ley online*, LA LEY 11/06/2019, 1, cita *online*: AR/DOC/1618/2019.
- SEN, Amartya (2000), *Nuevo examen de la desigualdad*, trad. Ana María Bravo, revisión Pedro Schwartz, Alianza Editorial, Madrid.
- SEN, Amartya (2010), *La idea de la justicia*, trad. Hernando Valencia Villa, Taurus, México, y 2ª reimpresión (2019), Taurus, Madrid.
- SHAKESPEARE, William (2008), Obras completas. III. Comedias sombrías. Dramas romancescos. Poemas, trad. Idea Vilariño, Cristina Piña; Delia Pasini, Alejandro Bekes, Manuel Mujica Lainez y Pablo Ingberg, Losada, Buenos Aires.
- SHAKESPEARE, William (2014), *Otelo,* 1ª ed., traducido por R. Martínez Lafuente, Aguilar Colecciones, Ciudad Autónoma de Buenos Aires.
- SHAKESPEARE, William (2016), *El mercader de Venecia*, trad. Marcelino Menéndez Pelayo, ebook The Project Gutenberg, acceso libre en: http://www.gutenberg.org/ebooks/53207 (última consulta: 10-01-2019).
- SINGER, Peter (2002), *De compras por el supermercado genético*, En: revista Isegoría n°27, trad. Julio Seoane, p. 19-40.
- SINGER, Peter –Editor– (2004), *Compendio de ética*, 2ª reimpresión, versión española de: Jorge Vigil Rubio y Margarita Vigil (caps. 26, 27, 28 y 43), Alianza, Madrid.
- SEGURA ORTEGA, Manuel (1993), "El movimiento del Derecho Libre", En: *Anuario de filosofía del derecho X (1993),* p. 423-455. Disponible: file:///C:/Users/Gabriel/Downloads/Dialnet-ElMovimientoDelDerechoLibre-142244.pdf, consulta: 09 julio 2018.
- SOFOCLES (2008), *Tragedias*, 1ª ed., 2ª reimp., traducido por: Iñaki Jarauta, Gradifco SRL, Buenos Aires.
- SOFOCLES (2014), *Antígona,* 3ª ed. 2ª reimp., traducido por: Ignacio Granero, Eudeba, Buenos Aires.
- SPECTOR, Céline (2016), *MONTESQUIEU. Libertad, derecho e historia,* 1ª ed., traducción de Víctor Goldstein, Colección El bien común, Jusbaires Editorial, Ciudad Autónoma de Buenos Aires.
- SPINOZA, Baruch de (2012), *Ética. Demostrada según el orden geométrico,* 1ª ed., Colección Opus Magnum, traducción y notas de Vidal Peña, Agebe filosofía, Buenos Aires.

- STEINER, Christian y URIBE, Patricia —coordinadores— (2014), Convención americana sobre derechos humanos comentada, Konrad Adenauer Stiftung, México.
- STRECK, Lenio (2017), *Hermenêutica, Livro-carta n.1,* Ediçao do Autor, São Leopoldo, Brasil.
- STRECK, Lenio (2017), *Sobre ponderações e katchangas: o senso comum venceu?, Livro-carta n.2,* Ediçao do Autor, São Leopoldo, Brasil.
- STRECK, Lenio y KARAM TRINDADE, André (2013), *Direito e Literatura. Da realidade da ficção à ficção da realidade,* Atlas, São Paulo.
- SUAREZ LLANOS, Leonor (2017), "Literatura del derecho: entre la ciencia jurídica y la crítica literatura", en *ANAMORPHOSIS – Revista Internacional de Direito e Literatura,* v. 3, n. 2, julho-dezembro 2017, by RDL – doi: 10.21119/anamps.32, pp. 349-386.
- SUTHERLAND, John (2014), *A Little History of Literature,* Yale University Press, New Haven and London.
- TALAVERA, Pedro (2006), *Derecho y Literatura. El reflejo de lo jurídico.* Comares, Granada.
- TAYLOR, Charles (2009), "La política del reconocimiento", en: *El multiculturalismo y "La política del reconocimiento"*, GUTMANN, Amy —textos introductorios—, segunda ed. en español, trad. Mónica Utrilla de Neira, Liliana Andrade Llanas y Gerard Vilar Roca, Fondo de Cultura Económica, México, pp. 53-116.
- TORRES GUTIÉRREZ, Alejandro (2016), "El Derecho a la Libertad de Conciencia en El Quijote", en ALENZA GARCIA, José Francisco —director—, *Cervantes y el Derecho. Ideas cervantinas para el aprendizaje del derecho,* Editorial Aranzadi, Pamplona, pp. 87-119.
- TRAVIESO, Juan A. (1993), *Historia de los derechos humanos y garantías. Análisis en la comunidad internacional y en la Argentina*, Heliasta, Buenos Aires.
- TRAVIESO, Juan A. (2004), "Los nuevos paradigmas. Enfoques con nuevas consideraciones metodológicas", en Abregú, Martín y Courtis, Cristian (Comp.) *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, 2ª ed., Editores del Puerto y CELS, Buenos Aires.
- VALADIER, Paul (2016), *Nietzsche. Crueldad y nobleza del derecho,* 1ª ed., traducción de Lucía Vogelfang y Ariel Dilon, Colección El bien común, Jusbaires Editorial, Ciudad Autónoma de Buenos Aires.
- VALLS, Ramón (2009), "La dignidad humana", *En: Sobre la dignidad y los principios: análisis de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO",* CASADO, M. (coord.), *Observatori de Bioètic i Dret*, Thomson Reuters, pp. 65-72.
- VALLS, Ramón (2015), "El concepto de dignidad humana", *en: Revista de bioética y derecho,* número extra, recopilado especial, Editorial Universitat de Barcelona, p. 278-285. Disponible en: http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=78343122029 Último acceso: 30 dic. 2018.
- VALLS, Ramón (2016), "La dignidad humana", *en: Morir en libertad,* (Albert Royes -coord.-), Editorial Universitat de Barcelona, p. 35-45.
- VAZQUEZ, Rodolfo (2009), "Autonomía y responsabilidad individual", *En: Sobre la dignidad y los principios: análisis de la Declaración Universal sobre*

Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO", CASADO, M. (coord.), *Observatori de Bioètic i Dret*, Thomson Reuters, pp. 197-206.

- VELASCO, Marina (2011), *¿Qué es la justicia? Argumentos filosóficos sobre lo justo y lo injusto. Discusión sobre los cupos de raza y género*, Eudeba, Buenos Aires.
- VELAYOS CASTELO, Carmen (2005), "Salud, enfermedad y felicidad", *En: Bioética. Perspectivas emergentes y nuevos problemas,* José M. G. Gómez-Heras; Carmen Velayos Castelo (editores), Tecnos, Madrid, p. 49-71.
- VELAZQUEZ JORDANA, José Luis (2009), "Dignidad, derechos humanos y bioética", en*: Sobre la dignidad y los principios: análisis de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO",* CASADO, M. (coord.), *Observatori de Bioètic i Dret*, Thomson Reuters, pp. 103-112.
- VIGO, Rodolfo Luis (2004), *Interpretación constitucional*, 1ª ed. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1993; 2ª ed., LexisNexis, Abeledo-Perrot, Buenos Aires.
- VIGO, Rodolfo Luis (2015), *Interpretación (argumentación) jurídica en el Estado de Derecho Constitucional,* Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires-Santa Fe.
- VILLANUEVA, Graciela (2017), "«Cosas raras»: el juego del hermetismo en la ficción de César", en: *Cuadernos LIRICO. Revista de la red interuniversitaria de estudios sobre las literaturas rioplatenses contemporáneas en Francia*, versión electrónica URL: http://journals.openedition.org/lirico/3822, DOI: 10.4000/lirico.3822, ISSN: 2262-8339, 2017, p. 2. Acceso público. Ultima consulta: 14/08/2019.
- VINTIMILLA, Mauricio José (2013), "El discurso práctico racional de Alexy y algunas objeciones generales a la ética del discurso", En: *Filosofía del Derecho*, año II, número 3, RUIZ, Alicia y ZULETA, Hugo -Directores-, Infojus, Buenos Aires, p. 137-154.
- VON WRIGHT, Georg (1997), "Ser y deber ser", trad. Ernesto Garzón Valdés, en: *La normatividad del derecho*, AARNIO, Aulis; GARZON VALDÉS, Ernesto y JYRKI, Uusitalo –comps.–, Gedisa editorial, Barcelona, pp. 87-110.
- WALDRON, Jeremy (2009), "Dignity, Rank, and Rights", en: *The Tanner Lectures on Human Values,* University of California, Berkeley, pp. 209-253. Acceso libre en: https://tannerlectures.utah.edu/_documents/a-to-z/w/Waldron_09.pdf (Ultima consulta: 26-01-2019).
- WALZER, Michael (1997). *Las esferas de la Justicia. Una defensa del pluralismo y la igualdad*, trad. Heriberto Rubio, 1ª edición en español, 1ª reimpresión, Fondo de Cultura Económica, México.
- WALZER, Michael (2015). *Las esferas de la Justicia. Una defensa del pluralismo y la igualdad*, trad. Heriberto Rubio, 2ª edición en español, 3ª reimpresión, Fondo de Cultura Económica, México.
- WARD, Ian (2015), "La educación jurídica y la imaginación democrática", En: ROGGERO, Jorge (compilador), *Derecho y Literatura. Textos y Contextos*. Eudeba, Buenos Aires, pp. 81-111.
- WEISBERG, Richard (2016), "Derecho y literatura en los Estados Unidos y en Francia. Una primera aproximación", en: GARAPON, Antoine y SALAS, Denis —directores—, *Imaginar la ley. El derecho en la literatura,* 1ª ed., traducción Ariel Dilon, Colección el bien común, Editorial Jusbaires, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, pp. 25-32.

- WEST, Robin (2015), "Comunidades, textos y derecho: reflexiones sobre el movimiento «Derecho y Literatura»", En: ROGGERO, Jorge (compilador), *Derecho y Literatura. Textos y Contextos*. Eudeba, Buenos Aires, p. 49-79.
- WESTON, Anthony (2011), *Las claves de la argumentación*, Edición actualizada, trad. Mar Vidal, 1ª ed., 3ª reimp., Ariel letras, Barcelona.
- WHITE, James Boyd (2015), "«Derecho y Literatura», un no manifiesto". En: ROGGERO, Jorge (compilador), *Derecho y Literatura. Textos y Contextos*. Eudeba, Buenos Aires, p. 29-47.
- WILLIANS, Raymond (2009), *Marxismo y literatura*, trad. Guillermo David, 1ª ed., Editorial Las Cuarenta, Buenos Aires.
- WITTGENSTEIN, Ludwig (2010), *Investigaciones filosóficas*, 3ª ed., traducción de Alfonso García Suárez y Ulises Moulines, Instituto de investigaciones filosóficas, UNAM, Editorial Crítica, Barcelona.
- YAKUSHI, Jorge (2012) "Max Horkheimer y Theodor W. Adorno: Dialéctica de la Ilustración. El dominio instrumental como causa de aporía", *en: Estudios de filosofía*, vol. 10, pp. 123-139, disponible en: http://eltalondeaquiles.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2015/11/causa-de-aporia.pdf Último acceso: 09-02-2019.
- ZAGREBELSKY, Gustavo (2016), *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia.* Traducción de Marina Gascón, Editorial Trotta, Madrid, Undécima edición (1ª ed. 1995).
- ZAMBRANO, Virginia (2018), "«Ex facto oritur ius». La metamorfosis de los modelos familiares en Italia, a saber, la «conversión de un caballo»", en: *Revista de Derecho de Familia N°85*, AbeledoPerrot, C.A.B.A.
- ZANNONI, Eduardo (1998), *Derecho Civil. Derecho de familia.* Astrea, Buenos Aires.
- ZAPATA BARRERO, Ricard (2009), "Michael Walzer. Los fundamentos básicos del liberalismo en entredicho: pluralismo cultural, ciudadanía y justicia", en: *Teorías políticas contemporáneas*, Ramón Máiz Suárez (coord.), 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, ISBN: 978-84-9876-463-5, pp. 233-270 (capítulo revisado respecto del publicado en: *Ciudadanía, democracia, y pluralismo cultural: hacia un nuevo contrato social*, Proyecto A, Ediciones/Biblioteca Episteme, Barcelona). Acceso libre en: http://biblio3.url.edu.gt/Publi/Libros/2014/TeoPoliticRamon/13.pdf (última consulta: 14-02-2019).
- ZONANA, Víctor G. (2018), "«Siete casas vacías» (2015) de Samanta Schweblin: el tópico de la casa y las formas naturalizadas de la violencia", en: *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia,* n°85, junio 2018, AbeledoPerrot, Avellaneda, Buenos Aires, p. 57-64.

LEGISLACION INTERNA E INTERNACIONAL Y JURISPRUDENCIA

- AMERICA. Convenciones
  -Convención Americana sobre Derechos Humanos. 22 nov. 1969
  -Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Convención Belém do Pará). 09 jun. 1994.

-Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura. 12 set. 1985.

❖ AMERICA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencias.

-Caso "Atala Riffo y Niñas vs. Chile". Sentencia 24 feb. 2012.
-Caso "Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) vs. Costa Rica". Sentencia 28 nov. 2012.
-Caso "Comunidad Campesina de Santa Bárbara vs. Perú". Sentencia 1 set. 2015.
-Caso "I.V. vs. Bolivia". Sentencia 30 nov. 2016.
-Caso "Penal Miguel Castro Castro vs. Perú". Sentencia 25 nov. 2006.
-Caso "González y otras ("Campo Algodonero") vs. México." Sentencia 16 nov. 2009.
-Caso "Las Palmeras vs. Colombia". Excepciones Preliminares. Sentencia 4 feb. 2000.
-Caso "Ríos y otros vs. Venezuela". Sentencia 28 ene. 2009.
-Caso "Perozo y otros vs. Venezuela". Sentencia 28 de ene. 2009.
-Caso "Fernández Ortega y otros vs. México". Sentencia 30 ago. de 2010.
-Caso "Rosendo Cantú y otra vs. México". Sentencia 31 ago. 2010.
-Caso "Veliz Franco y otros vs. Guatemala". Sentencia 19 mayo 2014.
-Caso "Espinoza Gonzáles vs. Perú". Sentencia 20 de nov. 2014.
-Caso "Fornerón e hija vs. Argentina". Sentencia 27 abr. 2012.
-Caso "Velásquez Paiz y otros vs. Guatemala". Sentencia 19 nov. 2015.
-Caso "Gelman vs. Uruguay". Sentencia 24 feb. 2011.
-Caso "Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala". Sentencia 19 nov. 2004.
-Caso "Ríos y otros vs. Venezuela". Sentencia 28 de ene. 2009.
-Caso "Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala". Sentencia 24 nov. 2009.
-Caso "J. vs. Perú". Sentencia 27 nov. 2013.
-Caso "Masacres Río Negro vs. Guatemala". Sentencia 4 sep. 2012.
-Caso "Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador". Sentencia 25 oct. 2012.
-Caso "Favela Nova Brasilia vs. Brasil". Sentencia 16 feb. 2017.
-Caso "Gudiel Álvarez y otros ("Diario Militar") vs. Guatemala". Sentencia 20 nov. 2012.
-Caso de la "Masacre de Mapiripán vs. Colombia". Sentencia 15 set. 2005.
-Caso "Masacres de Ituango vs. Colombia". Sentencia 1 jul. 2006.

-Caso "Defensor de Derechos Humanos y otros vs. Guatemala". Sentencia 28 ago. 2014.
-Caso de la "Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay". Sentencia 17 jun. 2005.
-Caso "Comunidad indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay". Sentencia 29 mar. 2006.
-Caso "Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay". Sentencia 24 ago. 2010.
-Caso "Centro Penitenciario de la Región Andina vs. Venezuela". Resolución Medidas Provisionales de 06 set. 2012.
-Caso "Duque vs. Colombia", Sentencia de 26 feb. 2016.
-Caso "Flor Freire vs. Ecuador". Sentencia de 31 ago. 2016.
-Caso "V.R.P., V.P.C. y Otros vs. Nicaragua". Sentencia de 8 mar. 2018.
-Caso "Caso Aloeboetoe y otros vs. Surinam". Sentencia de 10 set. 1993 (Reparaciones y Costas)

- AMERICA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opiniones Consultivas.

  -Opinión consultiva OC 04/84 de 19 de ene. 1984.
  -Opinión consultiva OC 17/02 de 28 de ago. 2002.
  -Opinión consultiva OC 18/03 de 17 de set. 2003.
  -Opinión consultiva OC 24/17 de 24 de nov. 2017.

- AMERICA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Cuadernillo de jurisprudencia nº4: género, 2017.

- ARGENTINA. Constitución Nacional.

- ARGENTINA. Código Civil y Comercial de la Nación. Ley 26.994 de 1 oct. 2014 (B.O. 28/10/2014). Vigencia a partir del 1 ago. 2015, texto según Ley 27.077 (B.O. 19/12/2014).

- ARGENTINA. Código Civil y Comercial de la Nación (Proyecto y Fundamentos), 2012, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires-Santa Fe.

- ARGENTINA.

  -Ley 26.862 de 5 jun. 2013. Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida (B.O. 26/06/2013).
  -Ley 26.529 de 19 nov. 2009. Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud (B.O. 20/11/2009) y su Decreto Reglamentario 1089/2012 (05 jul. 2012).
  -Ley 26.743 de 9 mayo 2012. Identidad de Género (B.O. 24/05/2012)
  -Ley 24.012 de 6 nov. 1991 (B.O. 03/12/1991).
  -Ley 23.179 de 8 mayo 1985 (B.O. 03/06/1985).
  -Ley 23.592 de 3 ago. 1988 (B.O. 05/09/1988).
  -Ley 24.632 de 13 mar. 1996 (B.O. 09/04/1996).

-Ley 26.364 de 09 abr. 2008 (B.O. 30/04/2008).
-Ley 26.485 de 11 mar. 2009 (B.O. 14/04/2009).
-Ley 26.791 de 14 nov. 2012 (B.O. 14/12/2012).
-Ley 26.862 de 05 jun. 2013 (B.O. 26/06/2013).

- ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de la Nación. Sentencias.
  -Causa "Ponzetti de Balbín, Indalia y ot. c/ Ed Atlántida SA", 11 dic. 1984 (JA 1985–I– 313; ED 112-242).
  -Causa "Sejean, Juan Bautista c/Zaks de Sejean, Ana María s/inconstitucionalidad del art. 64 de la ley 2393", 27 nov. 1986 (F.308:2286).
  -Causa "Bazterrica, Gustavo Mario s/Tenencia estupefacientes", 29 ago. 1986 (F.308:1392).
  -Causa "Portillo, Alfredo s/infr. Art. 44 ley 17.531", 18 abr. 1989 (F.312:496).
  -Causa "González Delgado, Cristina y ots. c/ Universidad Nacional de Córdoba", voto del Dr. Petracci, 19 set. 2000 (F. 323:2659).
  -Causa "Kot, Samuel", 1958, Fallos: 241:291, p. 299.
  -Causa "Sisnero, Mirta Graciela y ots. c/ Taldelva SRL y Ots. s/AMPARO", S. 932, XLVI, RHE, 20/05/2014, Fallos: 337:611.
  -Causa "Góngora, Gabriel Arnaldo s/causa n° 14.092, G. 61. XLVIII. RHE 23/04/2013, Fallos: 336:392.
  -Causa "D.L.P.V.G Y OTRO c/ REGISTRO DEL ESTADO CIVIL Y CAPACIDAD DE LAS PERSONAS s/AMPARO", CIV034570/2012/1/RH001, 06/08/2015, Fallos: 338:706.
  -Causa 3732/2014/RH1, "L.E.H. y otros c/OSEP s/Amparo", 01/09/2015, F.338-779.
  -Causa M. 2311.XLII.RHE, autos "M.D.H. c/ M.B.M.F. s/TENENCIA DE HIJOS", 29/04/2008, F.331-941.
  -Causa "Saguir y Dib, Claudia Graciela s/ autorización", 06/11/1980, F.302-1284.

- ARGENTINA. Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires, causa C. 118.472, "G., A. M. p/Insania y curatela" y sus acumuladas C. 118.473, "G., J. E. p/Abrigo" y C. 118.474, "S., R. B. y otro/a. Abrigo", de 04 nov. 2015.

- ARGENTINA. Juzgado de Familia Nro. 7. Viedma. Río Negro. Expte. N°[...] "Reservado s/ Autorización Judicial", 06 jul. 2017.

- ARGENTINA. Juzgado Nacional de 1ª Instancia en lo Civil Nro. 81, Partes: "S., I. N. y otro c. A., C. L. s/ impugnación de Filiación", 14 jun. 2017. Publicado en: LA LEY 27/07/2017, 27/07/2017, 6 - RCCyC 2017 (agosto), 10/08/2017, 116. Cita Online: AR/JUR/37036/2017.

- ARGENTINA. Expte. Nro. (reservado) caratulados "S.G.G. y otros s/filiación", Tribunal Colegiado de Familia de Rosario, 27 mayo 2016.

- ARGENTINA. Juzgado de Familia n°11, Maipú, Mendoza, EXPTE. Nº 2933/17/11F "A.G., O.C.E. Y A. M. D. P/ AUTORIZACION, 4 abril 2018.

- ARGENTINA. Cámara Nacional Federal en lo Contencioso Administrativo, sala IV, causa "P.M. y ots. c. Colegio Público de Abogados de la Cap. Fed", 23 abril 2002, LL 2004-A-614.

- ARGENTINA. Ministerio de Salud, Resolución 616-E/2017 (textos consentimientos informados TRHA).

- ARGENTINA. XXV Jornadas Nacionales de Derechos Civil, Conclusiones de la Comisión 6 de Familia, Bahía Blanca, 2015. Disponible en: http://jndcbahiablanca2015.com/wp-content/uploads/2015/10/CONCLUSIONES-06.pdf. Acceso: 24 ago. 2017.

- ARGENTINA. Proyecto de Ley n°5759-D-2016, Trámite Parlamentario n°117, 31/08/2016, firmantes: Diputada Rach Quiroga, Analía y otros. Disponible en acceso público: https://www.diputados.gov.ar/proyectos/index.html (último acceso: 14-03-2019).

- ARGENTINA. Proyecto de Ley nº2574-S-2015, de 14/08/15, firmante: Senadora Laura Montero. Disponible en acceso público: http://www.senado.gov.ar/parlamentario/comisiones/verExp/2574.15/S/PL (último acceso: 14-03-2019).

- ARGENTINA. Boletín del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, abril de 2019. Acceso público en: http://boletin.jus.gob.ar/abril-19/acceso/violencia-genero-abogadas/ (última consulta: 02-04-2019).

- DECLARACION DE HELSINKI DE LA ASOCIACION MEDICA MUNDIAL. Principios éticos para las investigaciones médicas en seres humanos. Adoptada por la 18ª Asamblea Médica Mundial, Helsinki, Finlandia, junio 1964.

- DECLARACION DE LISBOA DE LA ASOCIACIÓN MEDICA MUNDIAL. Sobre los derechos del Paciente. Adoptada por la 34ª Asamblea Médica Mundial Lisboa, Portugal, Septiembre/Octubre 1981 y enmendada por la 47ª Asamblea General Bali, Indonesia, Septiembre 1995 y revisada su redacción en la 171ª Sesión del Consejo, Santiago, Chile, Octubre 2005.

- ESPAÑA. Ley 14/2006 de 26 de mayo. Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida.

- EUROPA. Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000).

- EUROPA. Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina ("Convenio de Oviedo"), adoptado por el Consejo de Europa el 4 de abr. 1997 e Informe Explicativo.

- EUROPA. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Fallos:
  –"Marckx c/Bélgica", 13 jun. 1979.
  –"Keegan c/Irlanda", 26 mayo 1994.
  –"Kroon c/Países Bajos", 27 oct. 1994.
  –"S. H. y otro vs. Austria (más intervención del gobierno alemán)", solicitud 57.813/2000, 1 abr. 2000.
  –"Horst Michael Schalk y Johan Franz Kopf v. Austria", solicitud 30.141/2004, 24 jun. 2010.
  –"Paradiso y Campanelli c. Italia", 25358/12, 24 ene. 2017.
  –"Mennesson c. Francia", demanda n°65192/11, 24 jun. 2014.
  –"Labassee c. Francia", demanda nº 65941/11, 24 jun. 2014.
  –"Foulon y Bouvet c. Francia", asuntos 9063/14 y 10410/14, sec. 5ª, 21 jul. 2016.
  –"Laborie c. Francia", asunto 44024/13, sec. 5ª, 19 ene. 2017.
  –"V. C. Vs. Eslovaquia", No. 18968/07, 8 nov. 2011.
  –"N. B. Vs. Eslovaquia", No. 29518/10, 12 de jun. 2012.
  –"I.G., M.K. y R.H. Vs. Eslovaquia", No. 15966/04, 13 nov. 2012 (expediente de prueba, tomo VIII, anexos 26, 27 y 28 al escrito de solicitudes, argumentos y pruebas, folios 2474 a 2577).
  –"Opuz vs. Turkey", sentencia del 9 de junio de 2009.

- EUROPA. Corte Europea de Derechos Humanos. Communiqué de presse, n°132, 10-04-2019.

- ITALIA. Ley 40/2004. De 19 feb. 2004.

- ITALIA. Jurisprudencia de la *Corte Costituzionale*.
  -Sentencia 151/2009 de 01 abril 2009. Cita: ECLI:IT:COST:2009:151. Disponible en: www.cortecostituzionale.it
  -Sentencia 162/2014 de 09 abril 2014. Cita: ECLI:IT:COST:2014:162. Disponible en: www.cortecostituzionale.it
  -Sentencia 272/2017 de 22 nov. 2017. Cita: ECLI:IT:COST:2017:272. Disponible en: www.cortecostituzionale.it

- ONU.
  –Convención de Viena sobre el derecho de los tratados. U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, entered into force January 27, 1980.
  –Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW). 18 dic. 1979.
  –Convención sobre los Derechos del niño, 20 nov. 1989.
  –CEDAW, Recomendación General n°19, 29/01/92.
  –Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, Anand Grover, A/64/272, 10 ago. 2009.
  –Consejo Económico y Social. Observación General n°20, de 02 jul. 2009.

- UNESCO. Declaración universal sobre Bioética y Derechos Humanos. De 19 de octubre de 2005.

- UNESCO. Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos. De 11 de noviembre de 1997.

- WORD HEALTH ORGANIZATION ONLINE. www.who.int. 2010. http://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art_terminology_es.pdf?ua=1 Último acceso en: 24 ago. 2017.

JURISPRUDENCIA ESPECIFICA GESTACION POR SUSTITUCION EN LA ARGENTINA

- C. Civ. Com. y Lab. Gualeguaychú, "B., M. A. c. F. C., C. R.", 14/04/2010, cita LA LEY Online: AR/JUR/75333/2010;
- Juzg. Familia Gualeguay, "B. M. A. c. F. C. C. R. - ordinario", 19/11/2013, cita Microjuris online: MJ-JU-M-83567-AR | MJJ83567;
- Juzg. Nac. Civ. N. 86, "N. N. o D. G. M. B. s/ inscripción de nacimiento'", 18/06/2013, cita Microjuris: MJ-DOC-6401-AR | MJD6401;
- Trib. Familia N. 7 Rosario, "F. M. L. y otra s/ autorización judicial", 02/12/2014, cita online: AR/JUR/90178/2014;
- Juzg. Nac. Civil N. 102, 18/05/2015, "C., F. A. y otro c. R. S., M. L. s/ impugnación de maternidad", en AP AR/JUR/12711/2015;
- Juzg. Nac. Civ. Nº 83, "N. N. O., s/ inscripción de nacimiento", 30/06/2015, en www.colectivoderechofamilia.com/categoria/jurisprudencia/jurisprudencia-nacional/ , compulsado el 07/02/2017;
- Juzg. Familia N. 1 Mendoza, "A. V. O., A. C. G. y J. J. F.", 29/07/2015, cita online: www.colectivoderechofamilia.com/wp-content/uploads/2015/07/FA.-PCIAL.-PRIMER-JUZ.-FLIAMENDOZA.Gestaci%C3%B3n-por-sustituci%C3%B3n.pdf, compulsada el día 07/02/2017;
- Juzg. Familia N. 1 Mendoza, "C. M. E. y J. R. M. por inscrip. nacimiento", 15/12/2015, en www.colectivoderechofamilia.com/fa-pcial-juz-flia-no1-mendoza-gestacion-por-sustitucion/ , compulsada el 07/02/2017;
- Juzg. Familia N. 9 San Carlos de Bariloche, 29/12/2015, "Dato reservado. expte. nro. 10178 14", Infojus: NV13851, www.infojus.gob.ar/maternidad-subrogada-autorizan-transferencia-embrion-vientre-subrogado-nv13851-2015-12-29/123456789-0abc-158-31ti-lpssedadevon , compulsada el 22/03/2016;
- Juzg. Familia N. 7 Lomas de Zamora, "H. M. y otro/a s/ medidas precautorias (art. 232 del Cód. Proc. Civ. y Com.)", 30/12/2015, Microjuris online: MJ-JU-M-97208-AR;
- Trib. Col. Familia Nº 5 Rosario, "S. G. G. y otros s/ filiación", 27/05/2016, www.maestrosdelderecho.com.ar/jurisprudencia-gestacion-por-sustitucion/ , compulsado el 08/02/2017;
- Juzg. Nac. Civ. Nº 7, "A. R., C y otros c. C., M. J. s/ impugnación de filiación", 23/05/2016, inédito;
- Juzg. Unipersonal Familia Nº 2 Moreno, "S. P., B. B. c. S. P., R. F. s/ materia a categorizar", 04/07/2016, inédito;
- Juzg. Nac. Civ. Nº 8, "B., B. M. y otro c. G., Y. A. s/ impugnación de

filiación", 20/09/2016, www.colectivoderechofamilia.com/fa-nac-juz-nac-civ-no-8-trha-gestacion-por-sustitucion/ , compulsado el día 08/02/2017;

- Juzg. Familia N. 3 Gral. San Martín, 22/08/2016, "M., I. M. y otro s/ autorización judicial", inédito;
- Juzg. Familia Nº 12 de Lomas de Zamora, "G. M., C. y otro c. W. B., A. V. s/ rectificación de partida", 03/10/2016, inédito;
- Juzg. Familia Nº 7 Lomas de Zamora, "B. J. D. y otros s/ materia a categorizar", 30/11/2016, inédito;
- Juzg. Nac. Civ. N. 81, "S., I. N. y otro c. A., C. L. s/ impugnación de filiación", 14/06/2017, inédito;
- Juzg. Familia Nº 5 Viedma, "Reservado s/ autorización judicial (f)", 07/07/2017, inédito;
- Juzg. Familia Nº 1 Mendoza, "M. M. C. y M. G. J. y R. F. N. por medidas autosatisfactivas", 06/09/2017, inédito;
- Juzg. Nac. Civ. nº 4, "S. T., V. s/ inscripción de nacimiento", 20/10/2017, inédito;
- Trib. Col. N. 7 Rosario, "H., M. E. y otros s/ venias y dispensas", 05/12/2017, inédito;
- Juzg. Familia Nº 1 Mendoza, "S. M. S.; T. C. J.; B. P. V. por medidas autosatisfactivas", 15/02/2018, inédito;
- Juzg. Familia N. 6 San Isidro, "S., M. J. y otro s/ autorización judicial", inédito;
- Juzg. Familia y Menores N. 2 Segunda Circunscripción San Luis, "V., L. J. y otros s/ autorización judicial (familia)", 05/03/2018, inédito;
- CNCiv., sala H, "S. T., V. s/ inscripción de nacimiento", 15/03/2018, inédito;
- Juzg. Familia Maipú, Mendoza, "A. G., O. C. E. y A. M. D. p/autorización", 04/04/2018, inédito;
- Juzg. Familia Córdoba, "A., P. A. y otro - medidas urgentes", 21/05/2018, inédito;
- Juzg. Civ. Com. y Familia 2ª Nom. Villa María, Córdoba, 08/06/2018, inédito;
- Juzg. Civ. Familia y Sucesiones I San Miguel de Tucumán, "P. A. M. y otro s/ autorización judicial", 26/09/2018, inédito.