

## ENSAYO SOBRE LAS MUJERES Y LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD: EL SIDA Y LA LEY 25.543 DESDE UNA MIRADA BIOÉTICA

CARLOS A. GARAVENTA\*

**Resumen:** Este artículo de investigación toma como punto de partida la idea de que el principal síntoma de la enfermedad del sida, a partir de su descubrimiento hace treinta años, pareciera ser la discriminación que al principio fue sufrida por los hombres homosexuales hasta que se descubrió el virus del HIV en una mujer. Empero, a partir de ese momento, y en un período de tiempo relativamente corto, el número de mujeres infectadas se incrementó a mucha mayor velocidad que el de los hombres. En este sentido, este artículo se propone demostrar cómo la situación de sometimiento de las mujeres y la discriminación que éstas sufren en varios aspectos de su vida explican este fenómeno mundial.

Asimismo, se desarrolla el concepto de autonomía de la voluntad en el marco de la filosofía moderna, partiendo de su concepción como derecho negativo y desarrollando su evolución posterior hacia la idea de un derecho positivo, marcada por el advenimiento de las ideas del Estado de bienestar keynesiano, en el Siglo XX. El punto de partida es la idea de que las mujeres son personas vulnerables, cuyo derecho de libertad (autonomía de la voluntad) se ve afectado. Esto se vincula con el cambio de paradigma, mediante el cual opera una transformación de derecho negativo a derecho positivo. Este *paper* nos brinda, entonces, una explicación acerca de cuáles son los motivos por los que la autonomía de la voluntad de las mujeres debe ser objeto de una protección jurídica especial. Sin embargo, esta protección no debe llegar al punto de transgredir los límites de la libertad que son, además, los que permiten asegurar su goce a todas las personas. En este orden de ideas, se realiza una crítica a la Ley 25.543 y se señala que viola el principio de *enantiotelidad*, porque ampara una conducta lesiva hacia un tercero.

**Palabras clave:** autonomía de la voluntad – bioética – sida – discriminación.

**Abstract:** The starting point of this essay is the idea that, since its discovery thirty years ago, the main symptom of AIDS has seemed to be discrimination, which appeared to

\* Estudiante de Abogacía (UBA). Este trabajo fue presentado como trabajo final del Taller de Escritura Científica 2011 organizado por el CAICYT-CONICET y dictado por la Lic. en Letras Silvia Ramírez Gelbes; quiero dedicarlo especialmente a María Soledad Manin por contagiarme, todos los días, su pasión por la correcta escritura e incentivarne a emprender estas aventuras. Cualquier duda, crítica o comentario es siempre bienvenido: cgaraventa@live.com.ar.

be only against homosexual men, until the syndrom was first detected in a woman. From that moment, and in a short period of time, the number of infected women increased at a faster pace than the number of infected men. In this sense, this paper intends to evidence the way in which the subjection of women and discrimination against them concerning various aspects of their lives explain this worldwide phenomenon. The concept of free will is discussed, within the frame of modern philosophy, from its conception as a negative right and its evolution to the idea of a possitive right, emerged in the XXth Century out of Keynes's *welfare state*. We depart from the idea that women are vulnerable persons, whose right to freedom (free will) is not full. This is related to a paradigm change by means of which a negative right turns into a positive right; thus, this paper aims to explain the reason why women's free will must certainly be subjected to a special legal protection. However, this freedom must be enjoyed within the limits of the equal rights of others. In this sense, the Act 25.543 is criticized because it somehow protects a conduct that infringes on a third party's right (*principio de enantiotelidad*).

**Keywords:** free will – bioethics – AIDS – discrimination.

*“La naturaleza recíprocamente nociva de ciertas normas de género subraya la importancia de que los hombres y los niños varones participen de todas las acciones orientadas al cambio. Los varones adultos y los muchachos pueden ser una fuerza poderosa para cuestionar y reconfigurar los estereotipos perjudiciales de masculinidad, confrontar la violencia contra las mujeres y asumir su parte de responsabilidad en la prevención del VIH durante las relaciones íntimas. Los varones adultos y los muchachos tienen que desempeñar un papel más significativo para abordar la desigualdad entre los sexos”.*<sup>1</sup>

## I. INTRODUCCIÓN

El síndrome de inmunodeficiencia adquirida (sida) es una enfermedad viral transmitida por el virus de inmunodeficiencia humana (HIV, por sus siglas en inglés). Este virus ataca los linfocitos T y perjudica el sistema inmunológico de las personas, que quedan desprotegidas ante infecciones u otro tipo de enfermedades. No por nada esta enfermedad se descubre ante un aumento de casos de neumonía, como veremos más abajo.

1. CARTABIA, S. A., “SIDA: una enfermedad cuya principal causa y consecuencia es la discriminación”, en *Diálogos de Derecho y Política*, año 2, n° 4, Medellín, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, 2010, p. 16.

La vía de acceso del HIV al cuerpo humano es el torrente sanguíneo y existen sólo tres vías de contagio: la parenteral, a través de la mezcla de sangre infectada con la sangre de una persona sana; por relaciones sexuales sin profilaxis a través del intercambio de semen y flujos vaginales; y por vía perinatal, cuando la mujer contagia el virus a su hijo durante el embarazo, el parto o la lactancia. Existen distintos métodos preventivos para cada una de las tres vías de contagio. Contra la parenteral se debe evitar que la piel tome contacto directo con la sangre de otra persona infectada, ya que el virus puede ingresar al organismo a través del tejido muscular expuesto ante la menor lesión dérmica; a tal fin se utilizan elementos que permiten mantener la piel aislada, como los guantes de látex. Otra forma de evitar este tipo de contagio es a través de la utilización de jeringas descartables, ya que así se impide que éstas sean compartidas. A su vez, los bancos de sangre deben tomar las medidas necesarias para evitar el contagio por medio de transfusiones, entre otras medidas tendientes a evitar la mezcla de sangre infectada con sangre sana. Con respecto a las relaciones sexuales, está comprobado científicamente que la utilización de preservativos de látex evita el contagio. Finalmente, el contagio perinatal puede evitarse si la madre se realiza el test de HIV y, ante el resultado positivo, los médicos encargados de seguir el embarazo y el parto toman los recaudos necesarios para evitar el traspaso del virus.

Desde que esta enfermedad fue descubierta en la década de 1980, a partir de investigaciones realizadas en Atlanta por el *Center for Diseases Control and Prevention* ante el incremento de casos de neumonía en hombres que habían mantenido relaciones homosexuales, el principal síntoma del sida fue la discriminación, que se plasma en lo que algunos autores llaman una “sinergia de estigmas”,<sup>2</sup> que estuvo relacionada también con la falta de educación. Si bien en 1984 ya se había descubierto el virus del HIV, hasta el final de la década de 1990 podían encontrarse casos de extrema discriminación hacia los portadores del virus como consecuencia de un infundado y exagerado temor al contagio. Esto llevó a que, en esos años, se realizaran intensivas campañas publicitarias con el objeto de poner en conocimiento a la población de que el HIV no se contagiaba, por ejemplo, por la saliva.

El sida hoy muestra otro tipo de faceta discriminatoria diferente a la de treinta años atrás. En la actualidad, no es una enfermedad tan relacionada con la homosexualidad, pero sí con dos grupos sociales importantes: los pobres y las mujeres. Los datos empíricos corroboran esta hipótesis: África —el continente más pobre del mundo— es el continente con mayor número de infectados; asimismo, a diferencia de los primeros años en donde el sida se presentaba sólo en hombres, el porcentaje de mujeres infectadas con el virus ha crecido sostenidamente en la última década,

2. PECHENY, M. (dir.) y PETRACCI, M. (coord.), *Argentina. Derechos humanos y sexualidad*, Buenos Aires, CEDES, 2007, p. 217.

por lo que cabe inferirse que esta enfermedad se ha *feminizado*, según surge de un estudio realizado por el Centro de Estudios de Estado y Sociedad (CEDES).<sup>3</sup>

## II. METODOLOGÍA

El propósito de este trabajo es estudiar el segundo grupo afectado por la discriminación y el sida: las mujeres. Para cumplir con este objetivo me valdré de las ideas de diversos autores (que serán citados a lo largo del *paper*) que han escrito en diferentes momentos históricos, adscriben a ideas políticas diferentes y pertenecen a diversas escuelas filosóficas. Hecho esto, presentaré un debate en el que se intentará responder al siguiente interrogante: ¿alcanza el principio de autonomía de la voluntad a las mujeres o su nivel de sometimiento hace que no gocen de libertad plena? Finalmente realizaré una crítica a la Ley 25.543 en cuanto a que, al intentar brindar mayor protección a la autonomía de la mujer, otorga a las embarazadas la posibilidad de decidir si desean realizarse, o no, el test de HIV para evitar el traspaso de la enfermedad al hijo.

## III. RESULTADOS

De los tres principios que rigen la bioética –autonomía de la voluntad, beneficencia (con su concomitante lógico: no maleficencia) y justicia–,<sup>4</sup> el más tutelado en la Ley 23.798, mejor conocida como la Ley de sida, como en su reglamentación por Decreto 1.244/1991, es el de autonomía de la voluntad. Esto puede verse en el art. 2 de la Ley de sida, como también en su reglamentación, en donde se establece, además, el consentimiento informado y el deber de confidencialidad y secreto médico, y se enumeran siete excepciones a este último. A su vez, la reglamentación del art. 6 de la ley dispone que: “El profesional médico tratante determinará las medidas de diagnóstico a las que deberá someterse el paciente, previo consentimiento de este. Le asegurará la confidencialidad y, previa confirmación de los resultados, lo asesorará debidamente”, estableciendo, en la reglamentación del art. 8, el procedimiento para asegurar la confidencialidad del resultado. Por otra parte, la Ley 25.543 protege la autonomía de la voluntad y el consentimiento informado de la mujer embarazada, y obliga al médico a ofrecerle la realización del test de HIV.

3. *Ibidem*, pp. 216-217.

4. Conf. VÁZQUEZ, R., “Teorías y principios normativos en bioética”, en *DOXA. Cuadernos de filosofía del Derecho*, n° 23, Alicante, Universidad de Alicante, 2000, p. 436.

La Ley de sida obliga al Estado a cubrir los tratamientos y a hacer lo posible para impedir la propagación del virus. Empero, el Estado argentino se ha desentendido siempre de esta obligación, lo cual queda evidenciado, entre otras cuestiones, en que no hay cifras oficiales sobre cantidad de infectados, por lo que éstas dependen de investigaciones privadas. La evasión de estas obligaciones suele fundarse en que se trata de decisiones sobre políticas públicas y, por lo tanto, son cuestiones políticas no justiciables y se valen de la trágica división entre derechos negativos, respecto de los cuales el Estado tiene la obligación de no interferir, y derechos positivos, que requieren que el Estado actúe positivamente para su tutela.<sup>5</sup> Uno de estos derechos positivos es, justamente, asegurar la salud y, en este sentido, ciertos autores opinan que no es obligación del Estado utilizar los recursos financieros para hacerlo. Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha pronunciado en sentido contrario a esta doctrina en el fallo “Asociación Benghalensis y otros c/Estado Nacional”,<sup>6</sup> dictado el 1º de junio de 2000, en el que se obligó al Estado argentino a cumplir con las obligaciones que le impone la Ley de sida.

Como podemos ver, la autonomía de la voluntad es medular en el desarrollo de este tema: la tutela de la voluntad, que se ejerce de modo tan particular en estos casos, surge justamente del contenido social discriminatorio que ha tenido esta enfermedad, principalmente en el ámbito laboral. Con el fin de evitar este uso, precisamente, los empleadores no pueden exigir la realización del test de HIV en los exámenes psicofísicos previos a la incorporación laboral y, por consiguiente, existe la posibilidad de no realizarse dicho test.

Ya vimos cómo se protege la autonomía del individuo, pero ¿a qué nos referimos cuando hablamos de autonomía de la voluntad? Este principio está relacionado con la libertad de las personas. En *El contrato social*, Rousseau ya decía que “el hombre ha nacido libre y por todas partes se encuentra encarcelado”.<sup>7</sup> De esta forma, el autor criticaba a los Estados absolutistas y despóticos. Las ideas rousseauianas fueron tomadas a fines del Siglo XVIII por los jacobinos en la Revolución Francesa, en donde se pondría el acento en el respeto de la libertad y la igualdad entre las personas. En este orden de ideas, la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789 estableció que la libertad “consiste en poder hacer todo lo que no perjudica a los demás; de este modo, la existencia de los derechos naturales de cada hombre no tiene otros límites que aquellos que aseguran a los demás miembros de la sociedad el disfrute de esos mismos derechos. Estos límites no pueden ser determinados sino por ley” (art. 4). Finalmente, en el Siglo XIX, con el advenimiento del capitalismo industrial y la cúspide del liberalismo clásico, se terminó de

5. HOLMES, S. y SUNSTEIN, C., *El costo de los derechos*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno, 2011, p. 56.

6. Fallos de la CSJN, t. 323, p. 1339.

7. ROUSSEAU, J. J., *El contrato social*, Buenos Aires, Losada, 2003, p. 35.

dar forma a la idea de autonomía de la voluntad o autonomía de la persona con las ideas del utilitarismo.

En su obra *On Liberty*, el filósofo utilitarista John Stuart Mill hace especial referencia a la necesidad de limitar el autoritarismo del gobernante sobre la autonomía del individuo.<sup>8</sup> Podemos decir que la autonomía del individuo es todo aspecto de su vida que se vincula con su privacidad y debe estar exento de la coacción estatal. Mill dice que: “Para que esta coacción fuese justificable, sería necesario que la conducta de este hombre tuviese por objeto el perjuicio de otro. Para aquello que no le atañe más que a él, su independencia es, de hecho, absoluta. Sobre sí mismo, sobre su cuerpo y espíritu, el individuo es soberano”.<sup>9</sup> Esto es lo que los comentaristas de Mill denominaron el *principio del daño* que establece que toda persona goza de la suficiente autonomía para realizar conductas auto-referentes siempre que su comportamiento no provoque un daño a otro. Si bien, como señala Martín Farrell, el *principio del daño* es el único válido para castigar; es decir, para limitar la libertad, éste es un principio vago.<sup>10</sup> No me interesa desarrollar aquí los motivos de la vaguedad del *principio del daño*, mas es interesante exponer que algunos comentaristas millianos reflexionan en torno a esto y llegan a la conclusión de que el daño puede producirse no sólo por acción sino también por la omisión de realizar una conducta que pudo haberlo evitado. Por lo tanto, cuando hablamos de la libertad ya no nos estamos refiriendo sólo a la facultad de realizar todas las acciones auto-referentes que no dañen a otros; sino que a ésta además se le impone como límite el obligar a la persona a realizar una acción cuando ella sirva para evitar un daño. Autores como David Lyons aplican esta idea a la actuación del Estado y establecen que éste debe llevar a cabo políticas para “prevenir –o eliminar– algunos daños significativos, tales como la desnutrición y el hambre, las perturbaciones emocionales, la enfermedad, la vulnerabilidad al ataque o la falta de vivienda”.<sup>11</sup> Esta interpretación del *principio del daño* sumada al avance de las ideas igualitaristas de la izquierda dieron origen –como veremos más adelante– a un cambio de paradigma según el cual la labor del Estado para garantizar la libertad no se limita sólo a no interferir con las conductas auto-referentes que no causan daño a otros, sino también a llevar a cabo acciones tendientes a proteger la autonomía de las personas más vulnerables.

Las ideas del utilitarismo fueron receptadas por la iusfilosofía en el principio de clausura de Hans Kelsen, según el cual todo lo que no está prohibido está permitido<sup>12</sup>. Principio que podemos encontrar en el art. 19 de la Constitución

8. MILL, J. S., *Sobre la libertad*, Barcelona, Orbis, 1985, p. 26.

9. *Ibidem*, p. 30.

10. FARRELL, M. D., *El Derecho liberal*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, p. 144.

11. *Ibidem*, p. 165.

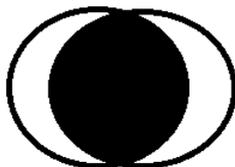
12. KELSEN, H., *Teoría pura del Derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 2003, p. 135.

Nacional y cuyo límite se encuentra en las conductas que causan daño a terceros. Por ello –enfatisa Nino– no puede pensarse a una persona por cuestiones meramente morales a menos que causen un daño a otra persona.<sup>13</sup>

De esta forma, pareciera que cuando hablamos de respetar la autonomía de la voluntad estamos refiriéndonos a que el Estado no debe causar un daño injustificado a una persona, cuya acción privada no perjudica más que a sí misma. Si volvemos sobre la división entre derechos positivos y negativos a los que hice alusión al comentar el fallo *Asociación Benghalensis*, podríamos decir que la autonomía de la voluntad es un derecho negativo, puesto que sólo requiere que el Estado no interfiera en su desarrollo. Sin embargo, este concepto histórico de autonomía personal fue mutando conforme a la evolución de la filosofía y, principalmente, a partir de los aportes de las ideas políticas de la izquierda. En este orden de ideas, el anarquista Mijail Bakunin realiza un interesante estudio sobre la libertad y la igualdad y llega a afirmar que sólo puede gozarse de la primera cuando ella se encuentra unida a la segunda, es decir, desarrolla un interesante concepto de libertad-social diferente de la tradicional libertad-individual. Así nos dice: “la libertad del individuo es incrementada y no limitada por la libertad de todos. Sólo soy libre cuando todos los seres humanos que me rodean, hombres y mujeres, son igualmente libres. Lejos de limitar o negar mi libertad, la libertad de los demás es su condición necesaria y su confirmación”.<sup>14</sup>

Estas críticas que realiza la filosofía de izquierda están orientadas a mostrar que, si hay desigualdad entre las personas, no puede existir una auténtica autonomía de la voluntad. Si quisiéramos graficar como la desigualdad afecta a la autonomía podríamos hacerlo a través de dos círculos superpuestos, como figura en el Gráfico 1: el espacio superpuesto es la autonomía que una persona cede a la otra mientras que lo que no queda superpuesto es la autonomía personal que conserva el individuo.

Gráfico 1. Autonomía de la voluntad entre iguales

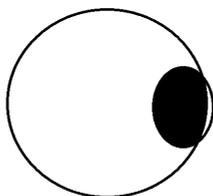


13. NINO, C. S., *Los límites de la responsabilidad penal*, Buenos Aires, Astrea, 2006, p. 272.

14. BAKUNIN, M., *Escritos de filosofía política* (compilación de G. P. Maximoff), Madrid, Alianza, 1978, t. II, p. 14.

Cuando el diámetro de los círculos es el mismo, hablamos de autonomía entre iguales. Pero cuando el diámetro de un círculo es mayor al de otro, estamos en presencia de autonomía entre desiguales, como sucede en el Gráfico 2. Aquí, el círculo más grande, que representa al individuo más poderoso, conserva mayor autonomía personal que el individuo menos poderoso y, de esta manera, absorbe prácticamente la totalidad de la autonomía del círculo más pequeño, que representa al individuo más débil.

Gráfico 2. Autonomía de la voluntad entre desiguales



La autonomía de la voluntad se convierte, entonces, en un derecho positivo y recae en el Estado la obligación de protegerla para que la situación del Gráfico 2 se asemeje en la mayor medida posible a la del Gráfico 1. Es a través de la tutela legal que se busca que la persona con mayor poder no afecte tanto a la más vulnerable. Nos encontramos, entonces, con un cambio de paradigma que genera, en cierta forma, una extraña paradoja. En el viejo paradigma, el Estado no debía interferir en la autonomía de las personas; pero, en el actual, sí debe hacerlo, con el fin de garantizarla. Esta paradoja, que se produce en tanto que el Estado por un lado no debe interferir y por el otro sí, hace que la cuestión de la autonomía de la voluntad, que ha suscitado polémicas por más de tres siglos, siga gozando de gran actualidad.

Por eso mismo es que la Ley de sida –sobre la cual hice un comentario al comenzar con este acápite– hace tanto énfasis en la protección de la autonomía de la voluntad como en el consentimiento informado. Este último no es tutelado por casualidad sino bien a conciencia. El consentimiento informado es la herramienta de la que dispone el profano para hacer valer su autonomía frente al galeno, ya que el primero se encuentra en una situación de clara inferioridad con respecto a los conocimientos que maneja el segundo. Por eso es que la nueva Ley 26.529 de consentimiento informado asegura que el profesional le brinde al paciente la adecuada información de manera “clara, suficiente y adecuada a la capacidad de comprensión del paciente” (art. 3).

Podemos ver con facilidad cómo este cambio de paradigma opera en nuestro Derecho. Del histórico no-intervencionismo estatal se ha pasado a una tutela positiva de la autonomía de la persona lo que, en algunos supuestos, como la Ley de

sida o la de consentimiento informado resulta sumamente positivo. Sin embargo, en otros casos, se brinda una protección exagerada que desvirtúa la finalidad de este principio, que no debemos olvidar: se es libre y autónomo en tanto y en cuanto el ejercicio de esa autonomía no cause un daño a un tercero. En mi opinión, este es el error de la Ley 25.543 y aquí es donde el pensamiento de los históricos nos servirá para solucionar los problemas de hoy. Esta cuestión, sin embargo, será retomada y profundizada más adelante.

En consonancia con el nuevo paradigma que acabo de exponer, Pedro Hooft, jurista experto en bioética, cita el Informe Belmont para definir el principio bioético de autonomía y dice que “el respeto por las personas incorpora al menos dos convicciones éticas: primera, que los individuos deberán ser tratados como entes autónomos y segunda, que las personas cuya autonomía está disminuida deben ser objeto de protección”.<sup>15</sup> A partir de aquí intentaré mostrar como las mujeres se encuentran dentro de este grupo de personas, ya que su autonomía se encuentra limitada por diversos mandatos de tipo social-moral que no deberían tomarse en consideración para limitar la autonomía de las personas.

Si bien la afirmación relativa a que una mujer está determinada por la sociedad en que vive puede ser considerada entimemática, ya que todas las personas se ven determinadas por el ámbito en que desarrollan su vida,<sup>16</sup> y por lo tanto, será tachada de tautológica. Lo que los antropólogos llaman determinación por la sociedad trasciende, en relación con las mujeres, los límites de ésta, por lo que deberíamos decir –de forma más acertada– que las mujeres se encuentran sometidas por la sociedad en la que viven.

La máxima exponente del feminismo radical, Catharine MacKinnon, se vale de la teoría marxista para explicar una explotación sexual de la mujer por parte de una sociedad patriarcal<sup>17</sup> que domina a las mujeres a través de una cultura machista. Esta cultura está a la vista de quien quiera verla, no se requiere mayor esfuerzo que prender el televisor y ver cómo el programa de mayor audiencia de nuestro país se vale de la cosificación del cuerpo femenino convirtiendo a la persona (la mujer) en un objeto.<sup>18</sup>

Todo esto lleva al feminismo radical a exponer dogmas fundamentalistas como: *toda relación sexual es una violación*. No es extraño, por ejemplo, que la gran mayoría de la población infectada de HIV en el continente africano esté

15. HOOFT, P., *Bioética y Derechos Humanos*, Buenos Aires, Depalma, 1999, p. 7.

16. D'AURIA, A., *Rousseau: su crítica social y su propuesta política (una lectura actual y libertaria)*, Buenos Aires, La Ley - Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 2007, p. 115.

17. MACKINNON, C., *Hacia una teoría feminista del Estado*, Madrid, Cátedra, 1995, p. 23.

18. Ver: BENENTE, M., “Bailando por un sueño como producto de la industria cultural” en *Derecho y barbarie*. Num. 1, Buenos Aires, 2008, pp. 34-40.

constituida por mujeres cuando se las cría enseñándoles que no pueden negarse a tener relaciones sexuales cuando un hombre se los exige. Hablar de África nos parece lejano, pero si miramos hacia adentro de casa veremos que infinidad de mujeres son víctimas de la violencia y obligadas a mantener relaciones sexuales con sus maridos o parejas, aún cuando internamente no quieran hacerlo, porque se ven culturalmente obligadas a satisfacer el apetito sexual del hombre.

Teniendo en cuenta lo dicho, la respuesta a la pregunta: ¿gozan las mujeres de autonomía de la voluntad?, es negativa. El pensamiento feminista ha dado respuesta a esta opresión de la autonomía. Dentro de lo que podríamos denominar anarcofeminismo. Emma Goldman “pugna por el derecho de cada mujer a decidir sobre su propia sexualidad y fertilidad, rechazando vehementemente todo tipo de intromisión estatal que lo regule, y por supuesto, también todo tipo de intromisión por parte de la Iglesia y demás discursos moralizantes”.<sup>19</sup> Goldman se enrola en el viejo paradigma de no-intervención estatal; de hecho, si bien el nuevo paradigma reconoce su génesis en pensadores de la izquierda anarquista, éstos jamás hubieran pugnado por el intervencionismo estatal, ya que reconocen en el Estado la cúspide de toda desigualdad porque dota de legitimidad a sus causas.<sup>20</sup> El Estado-intervencionista no es más que una válvula de escape del sistema capitalista, que entrega migajas para seguir conservando el pan, para así evitar la revolución socialista, como expone el politólogo y economista Martín Unzué explicando las causas que dieron origen al keynesianismo<sup>21</sup>. El feminismo radical –que se autodefine como marxista–, a diferencia de Goldman, distorsiona la repugnancia a los derechos de Marx y modifica la teoría marxista del Derecho para afirmar que el Estado, a través del Derecho, debe tutelar de manera especial a las mujeres y reconocerlas en forma particular.<sup>22</sup>

En lo que coinciden tanto Goldman como MacKinnon es en que la Iglesia y su discurso moralizante no debe intervenir. Cuando estas autoras hablan de Iglesia, se refieren a la Iglesia Católica, cuyo poder es tan grande que hasta es considerada un sujeto de Derecho Internacional. Podríamos detenernos en su sistema de gobierno extremadamente machista que la lleva a no tener el más mínimo respeto por los tratados de Derechos Humanos que hacen referencia a la igualdad de oportunidades

19. BARREIRO, M. E., “Libertad, mujer y derechos reproductivos en Emma Goldman”, en D’AURIA, A. (coord.), *El anarquismo frente al Derecho*, Buenos Aires, Anarres, 2007, p. 130.

20. ROUSSEAU, J. J., *Discurso sobre el origen de la desigualdad entre los hombres*, Barcelona, Folio, 2007, p. 114.

21. UNZUÉ, M., “Nueva racionalidad en el estado poskeynesiano: una revisión de la relación de lo público y lo privado”, en *Periferias*, n° 1, Buenos Aires, Fundación de Investigaciones Sociales y Políticas, 1996, p. 40.

22. Ver: BROWN, W., *States of injury*, Princeton, Princeton University Press, 1995, pp. 96-134. La autora realiza un excelente análisis sobre las interpretaciones y transformaciones que se han efectuado de los comentarios de Karl Marx sobre los derechos hasta llegar a la llamada “teoría marxista del Derecho”.

entre el hombre y la mujer; y por ello, como sujeto de Derecho, debería estar sometida a responsabilidad internacional. En lo que hace al sida, la Iglesia Católica no es inocente en contribuir a la expansión del HIV, ya que es la principal enemiga de la utilización del único método de prevención para la transmisión del virus por vía sexual. Incluso lo ha hecho difundiendo información falsa sobre la efectividad del preservativo de látex para evitar el contagio (que se calcula en el 98,7%).

Pero esto no es todo, el Papa Benedicto XVI ha realizado declaraciones todavía más aberrantes al permitir el uso del preservativo sólo a “las prostitutas”. De esta forma el mensaje que se transmite es que la mujer que utiliza este método es una promiscua. Se refuerza así una forma de discriminación sociocultural mediante la cual el hombre que tiene relaciones sexuales con varias mujeres está bien visto por la sociedad, pero la mujer que tiene sexo con varios hombres es una promiscua o una “prostituta”, en el violento lenguaje de la Iglesia. Este tipo de tradiciones pudieron verse también en el Derecho, por ejemplo, cuando el Código Penal tipificaba el adulterio: mientras que para que el hombre incurriera en este delito debía llevar una suerte de “doble vida”, para la mujer el delito se tipificaba con sólo un encuentro sexual ocasional.

La estigmatización social de la mujer como promiscua es explicada de manera excelente por Slavoj Žižek citando la campaña de la *Moral Majority* contra el aborto. En esta campaña, se configura un estereotipo de mujer diferente al tipo de mujeres que suelen realizarse la mayor cantidad de abortos en los Estados Unidos. Las mujeres que abortan suelen ser de clases bajas, con poca o nula educación, generalmente víctimas de violencia familiar, iniciación sexual prematura y víctimas de violaciones. En cambio, la campaña que Žižek critica dice que la mujer que se realiza abortos es “la profesional de éxito, sexualmente promiscua, que apuesta por su carrera profesional antes que por la *vocación natural* de ser madre”.<sup>23</sup> Vale la pena resaltar la frase *sexualmente promiscuas*, ya que es el mismo estigma con el que viven las mujeres que son HIV positivas. Al igual que en el caso del aborto, suelen ser mujeres sin recursos, sin educación, víctimas de la violencia familiar y muchas víctimas de violaciones; empero, la marca social con la que deben vivir es la de *promiscuas*.

De lo dicho hasta aquí surge que no se respeta la autonomía personal de las mujeres de la misma forma que la de los hombres y a partir de allí se explica mejor por qué es que hoy existe un crecimiento sostenido de casos de sida en mujeres, que llega a casi igualar los casos de hombres en tan sólo una década, cuando hace treinta años –cuando se comenzó a investigar esta enfermedad– había una relación de ochenta y seis hombres infectados por cada mujer. Los Estados tampoco se

23. ŽIŽEK, S., *En defensa de la intolerancia*, Madrid, Sequitur, 2008, p. 14.

preocupan mucho por proteger a este grupo vulnerado<sup>24</sup> y el nuestro no es la excepción. De hecho la única ley que hace especial referencia a la mujer en relación con el sida es la Ley 25.543, que analizaré a continuación, y que, en realidad, se dirige más a la protección del hijo que a la mujer embarazada, a excepción del art. 5, referido a la obligación de dar contención a la mujer HIV positiva que esté embarazada.

El art. 1° de esta ley dispone el ofrecimiento obligatorio de la posibilidad de realizarse el test de HIV a la mujer embarazada. Se tutela la autonomía de la voluntad de la mujer en este sentido toda vez que el test no es obligatorio y la mujer, recibiendo previamente la adecuada información al respecto (art. 4) puede dar, o no, su asentimiento para realizárselo (art. 3). Sin embargo, esto no está orientado a amparar a la mujer, sino a conocer su situación para poder tomar los recaudos necesarios a fin de evitar el traspaso del virus a su hijo por vía perinatal.

Se nos presenta aquí un difícil debate desde el punto de vista bioético que pone en su centro la autonomía de la voluntad de la mujer que defendimos anteriormente. Si la realización del test no es obligatoria significa que la mujer puede negarse a hacerlo, pero, con esta actitud, está poniendo en peligro de contagio al hijo. La pregunta que consecuentemente debemos plantearnos es: ¿es correcto que la mujer tenga el derecho de opción aquí o debería estar obligada a realizarse el test de HIV? Puede objetárseme esta cuestión por abstracta ya que no se conocen casos en donde la mujer se haya negado a realizarse el test. Mas el hecho de que no haya ocurrido no significa que no pueda ocurrir y, teniendo en cuenta el carácter preventivo del Derecho, me resulta muy fácil refutar este argumento.

También puede objetárseme una incongruencia lógica<sup>25</sup> en mi argumentación ya que adscribo a la teoría feminista, que es defensora, entre otras cosas, del aborto, y ahora pretendo velar por los *derechos del feto*. Debo aclarar que esta es una objeción falaz. Por adscribir a la teoría feminista estoy a favor del aborto y considero que debe respetarse la autonomía de la mujer que decide realizárselo.<sup>26</sup> Pero son cosas distintas el hacerse un aborto que el continuar un embarazo cuando existe la posibilidad de ser portadora de HIV, y al negarse a conocer esta situación se está

24. En este orden de ideas vale la pena mencionar que existen pensadoras feministas que consideran —en sentido contrario a lo que aquí sostengo— que es mejor que así sea argumentando que el reconocimiento jurídico a las mujeres a fines del Siglo XX corresponde a un extendido control estatal y médico sobre la conducta reproductiva y sexual de las mujeres. Ver: PETCHESKY, R., *Abortion and women's Choice: the state, sexuality and reproductive freedom*, Nueva York, Longman, 1984.

25. Uno de los principios de la lógica aristotélica es el de no-contradicción:  $\neg(p \cdot \neg p)$ .

26. Aunque no es necesario enrolarse en la escuela feminista para sostener esto. En la filosofía libertaria también se encuentra esta misma objeción contra la punición del aborto argumentando que el primer derecho es el de propiedad sobre el propio cuerpo y que la mujer debería de gozar de autonomía respecto de las decisiones a tomar sobre el suyo. Ver: ROTHBARD, M., *Hacia una nueva libertad. El manifiesto libertario*, Buenos Aires, Grito Sagrado, 2005, pp. 127-128.

poniendo en riesgo de contagio al hijo que efectivamente nacerá, ya que hablamos de un caso en donde la mujer no desea abortar.

Nuestra posición se fundamenta en la filosofía de los pensadores históricos, en los límites de la autonomía de la voluntad, que están dados por el *principio del daño* o, como lo llama Nino, el principio de *enantiotelidad*.<sup>27</sup> Tomando esto en consideración es que nuestra propuesta se orienta a que la mujer embarazada tenga la obligación de realizarse el test de HIV si tiene intención de continuar con su embarazo. El Estado debe legislar en este sentido, ya que su principal obligación en lo que a sida se refiere es hacer todo lo posible por evitar la propagación del virus.

En este orden de ideas, vale la pena traer a colación lo resuelto el 25 de noviembre de 2011 por la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal en el fallo “D. E. R. s/Recurso de casación”.<sup>28</sup> Los hechos del caso son, lamentablemente, moneda corriente en la justicia: una mujer es violada y se la contagia de sida. La Justicia, entonces, ordena una extracción compulsiva de sangre con el fin de obtener una muestra de ADN del imputado; pero la particularidad de este caso es que también se utilizaría la muestra para saber si el imputado es portador del HIV y probar que fue él quien contagió a la víctima. El abogado defensor recurrió esta orden de la justicia apelando al derecho de intimidad y autonomía de la voluntad en cuanto a la toma de decisiones de la persona sobre su propio cuerpo; además alegó la doctrina del *test de proporcionalidad* para tachar de irrazonable la medida probatoria ya que la obtención de una muestra de ADN puede conseguirse por otros medios no invasivos como lo es la extracción compulsiva de sangre. El razonamiento que realiza el juez de la Cámara, Alejandro Slokar, es brillante: rechaza el argumento de la supuesta irrazonabilidad de la medida argumentando que la única forma de saber si una persona es portadora del HIV es a través de un análisis químico de su sangre. Corroborada, entonces, la proporcionalidad del medio probatorio rechaza el agravio referido a una supuesta violación de la autonomía del individuo fundándose en que la negativa a realizarse la extracción no puede considerarse como una conducta incluida dentro del ámbito de la libertad del imputado sino como una obstrucción al desarrollo de la tarea judicial y al esclarecimiento de la verdad, más si se toma en consideración el presunto daño que el imputado causó a su víctima. Este razonamiento de Slokar merece ser resaltado pues pone de manifiesto la importancia de la postura que sostiene este ensayo: si bien es importante tutelar la autonomía de las personas en materia de sida, y más aún la de los grupos altamente vulnerables, la protección debe ser razonable; y no debe garantizarse por medio de una norma jurídica la posibilidad de dañar a otro.

27. NINO, C. S., *op. cit.*, p. 324.

28. Causa N° 14.090. Publicado en el diario jurídico *El Dial Express*, año XIV, n° 3.422, miércoles 28 de diciembre de 2011, elDial.com - AA723B.

La negativa de la mujer embarazada a realizarse el test de HIV, y el posterior contagio de sida a su hijo implica un daño directo a la persona toda vez que, de haber conocido la situación de enferma de la mujer, se hubieran podido tomar las medidas necesarias para evitar el traspaso del virus. En consecuencia, la mujer debería responder tanto en sede civil como penal, ya que su actuar encuadra de manera perfecta en lo que Luigi Ferrajoli llama el principio de *lesividad*.<sup>29</sup>

#### IV. CONCLUSIÓN

Hemos llegado al final de este opúsculo y, lamentablemente, la conclusión que debo dar no es muy esperanzadora. El sida es una terrible enfermedad, un flagelo mundial y, por desgracia, sus víctimas son también afectadas por el flagelo social de la discriminación.

La situación de las mujeres es la peor:<sup>30</sup> se ven sometidas a una inferiorización sociocultural que llega a niveles tan graves como el desprecio. Por ejemplo, en China, donde no puede tenerse más de un hijo debido a la superpoblación del país, los padres que tienen una niña optan por matarla —y esta actitud está permitida por el gobierno chino— para, eventualmente, poder engendrar un hijo varón, ya que las mujeres son despreciadas en la sociedad china. Este menoscabo y desprotección que padecen las mujeres socialmente se traduce en una mayor vulnerabilidad a contraer el virus y, en caso de contraerlo, en una discriminación aún mayor a la que ya sufrían en razón de su género.

Resulta, entonces, fundamental que los Estados tutelen la autonomía de las mujeres para evitar las relaciones sexuales forzadas o sin protección (sin utilización de preservativos de látex) y para que, por otra parte, no se las obligue a realizarse el test de HIV si así no lo desean y se respete la confidencialidad del resultado para aquellas que se lo hagan. Sin embargo, se presenta un problema cuando la mujer está embarazada porque, a los fines de la preservación de la salud del hijo, sí debería estar obligada a realizarse el test. En esto último, debemos apelar al pensamiento de los filósofos históricos para resolver este conflicto de hoy. El límite del ejercicio y la protección de la autonomía debe ser el no causar un daño a otro. Contra esto no hay cambio de paradigma o paradoja filosófica que pueda oponerse.

29. FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1995, p. 466.

30. Conf. CARTABIA, S. A., *op. cit.*, p. 15.

## BIBLIOGRAFÍA

- BAKUNIN, Mijail, *Escritos de filosofía política* (compilación de G. P. Maximoff), Madrid, Alianza, 1978.
- BENENTE, Mauro, “Bailando por un sueño como producto de la industria cultural”, en *Derecho y barbarie*, n° 1, Buenos Aires, 2008.
- BROWN, Wendy, *States of injury*, Princeton, Princeton University Press, 1995.
- CARTABIA, Sabrina Ayelén, “SIDA: una enfermedad cuya principal causa y consecuencia es la discriminación”, en *Diálogos de Derecho y Política*, año 2, n° 4, Medellín, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, 2010.
- D’AURIA, Anibal (coord.), *El anarquismo frente al Derecho*, Buenos Aires, Anarres, 2007.
- *Rousseau: su crítica social y su propuesta política* (una lectura actual y libertaria), Buenos Aires, La Ley - Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 2007.
- FARRELL, Martín D., *El Derecho liberal*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1995.
- HOLMES, Stephen y SUNSTEIN, Cass, *El costo de los derechos*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2011.
- HOOFT, Pedro, *Bioética y Derechos Humanos*, Buenos Aires, Depalma, 1999.
- KELSEN, Hans, *Teoría pura del Derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 2003.
- MACKINNON, Catharine, *Hacia una teoría feminista del Estado*, Madrid, Cátedra, 1995.
- MILL, John Stuart, *Sobre la libertad*, Barcelona, Orbis, 1985.
- NINO, Carlos Santiago, *Los límites de la responsabilidad penal*, Buenos Aires, Astrea, 2006.
- PECHENY, Mario (dir.) y PETRACCI, Mónica (coord.), *Argentina. Derechos humanos y sexualidad*, Buenos Aires, CEDES, 2007.
- *Abortion and women’s Choice: the state, sexuality and reproductive freedom*, Nueva York, Longman, 1984.
- ROTHBARD, Murray, *Hacia una nueva libertad. El manifiesto libertario*, Buenos Aires, Grito Sagrado, 2005.
- ROUSSEAU, Jean Jaques, *Discurso sobre el origen de la desigualdad entre los hombres*, Barcelona, Folio, 2007.
- *El contrato social*, Buenos Aires, Losada, 2003.
- UNZUÉ, Martín, “Nueva racionalidad en el estado poskeynesiano: una revisión de la relación de lo público y lo privado”, en *Periferias*, n° 1, Buenos Aires, Fundación de Investigaciones Sociales y Políticas, 1996.

VÁZQUEZ, Rodolfo, “Teorías y principios normativos en bioética”, en *DOXA. Cuadernos de filosofía del Derecho*, n° 23, Alicante, Universidad de Alicante, 2000.

ZIZEK, Slavoj, *En defensa de la intolerancia*, Madrid, Sequitur, 2008.