

RAZONAMIENTO DEL DERECHO A LA VIDA Y DIGNIDAD HUMANA CON PERSPECTIVA JURÍDICA Y BIOÉTICA EN EL DERECHO ARGENTINO Y SU FUENTE INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS¹

Guillermo González Castellano², Mario Vignolo³, Daniel Casermeiro (QEPD)⁴, Alberto Carballo⁵,
Mariela Andrea Zanor⁶
(marielazanor@yahoo.com.ar)

Fecha de Recepción: 15 de Abril de 2020

Fecha de Aprobación: 2 de Agosto de 2020

Resumen

Desde una perspectiva técnica, ética y jurídica, nos proponemos no puntualizar en contenidos ideológicos como fundamento de la conclusión acerca de la temática del aborto y del debate por su legalización. Para ello, en la introducción sentamos las premisas que consideramos lógicamente “correctas” para luego elaborar una tesina científica donde proponemos el diálogo como recurso valioso de la misma, incluyendo el debate a modo de análisis comparativo de las dos

¹ Artículo revisado y aprobado para su publicación el día 2 de Agosto de 2020.

² Ex magistrado Camarista del Poder judicial de Córdoba, Quinta Circunscripción Judicial, y ex funcionario legislador. Integra la comisión perteneciente a las áreas de las ciencias sociales, jurídica, médica y bioética.

³ Médico perito oficial forense de la provincia de Córdoba, Argentina y Conferencista investigador nacional e internacional. Integra la comisión perteneciente a las áreas de las ciencias sociales, jurídica, médica y bioética. Se desempeña como docente e investigador en varias universidades e instituciones de América Latina, entre ellas: Universidad de Guayaquil (Ecuador); Universidad de Londres (Méjico); Universidad de Sonora (México) y forma parte del Instituto Forense de Investigaciones Latinoamericanas. Ha recibido varios premios por su labor en práctica e investigación en Medicina Forense y Criminalística.

⁴ Médico, Especialista en Ginecología y Obstetricia. Fue Director de Clínica Médica Privada. Integró la comisión perteneciente a las áreas de las ciencias sociales, jurídica, médica y bioética.

⁵ Organizador y moderador en conferencias y disertaciones sobre Bioética. Integra la comisión perteneciente a las áreas de las ciencias sociales, jurídica, médica y bioética.

⁶ Autora por correspondencia. Abogada, Docente de UCES y autora de publicaciones en SAIJ (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación). Conferencista en materia de Derecho Procesal y Filosofía del Derecho.

principales posturas en pugna, permitiendo esto elaborar a posteriori y lógicamente una conclusión acerca de la premisa inicial. Con base en la razón humana, analizaremos los principios bioéticos que interesan a la problemática e intereses en juego y enrolada a la cuestión ética jurídica que son los derechos humanos fundamentales o morales universales. Esto necesariamente nos remite a la relación entre el derecho y la moral, entendida como principio de justicia, ubicados por derecho en la propia Constitución nacional argentina. Para reforzar el diálogo argumentativo con imparcialidad vamos a formular un cuadro comparativo con los principales argumentos de ambas posturas enfrentadas en la actualidad: una, a favor de la legalización del aborto y otra, a favor de la protección de la vida y la salud como derechos integrales. En este análisis comparativo, tomados los principales argumentos críticos de ambas, subyace una tensión de poder y derecho, lo que permite encasillar los argumentos en posturas utilitarias y posturas éticas con sus definiciones e implicancias prácticas. Es decir, los poderes que subyacen en estas ideologías, que en nuestro ordenamiento están o aparecen a favor del aborto, tratan de imponerse para lograr el consenso social en esta problemática (con un núcleo duro o referencia central que es la utilidad social) y las otras, dentro de las posturas éticas, tienen una base que precisa necesariamente la definición de los derechos para su total protección, en pos de mantener el *statu quo* de los derechos vigentes y con ello las garantías del propio poder soberano de la Nación Argentina como garantía de su protección integral y como derechos humanos fundamentales.

Palabras Clave: Aborto, Derecho y Moral (Ética), Derechos Humanos, Poder y Derecho, Concepto de Derecho a la Vida y a la Salud.

Abstract

From a technical, ethical and legal point of view, we propose to draw any ideological question as a basis for the conclusion on the subject of abortion and the debate for its legalization. For this reason, in the introduction we set out the premises that we logically consider to be "correct" and then we elaborate a scientific thesis in which we propose the dialogue as a valuable resource of the same, including the debate that, in the form of a graph, allows us to visualize the theses as a comparative analysis of the two main positions in conflict, allowing us to elaborate a posteriori and logically conclusion about the initial premise. Based on human reason, we will analyze the bioethical principles that are relevant to the problem and the interests at stake, and we will address

this question in relation to the ethical-legal issue of universal human rights. That necessarily refers us to the relationship between law and morality, understood as principles of justice, located by law in the Argentine national Constitution itself. To reinforce the argumentative dialogue with impartiality, we will take in a comparative table with the main arguments of both positions currently confronted: one, in favor of the legalization of abortion, and the other in favor of the protection of life and health as integral rights. In this comparative analysis, taking the main critical arguments of both, a tension of power and right underlies and allows us to classify the arguments in utilitarian positions and ethical positions with their definitions and practical implications. In other words, the powers that these ideologies entail in our legal system are or appear in favor of abortion try to impose themselves to achieve social consensus on this issue (with a hard core or central reference that is social utility) and the others, within the ethical positions, have a basis that necessarily requires the definition of rights for their full protection to maintain the *statu quo* of existing rights and with it the guarantees of the sovereign power of the Argentine Nation, as a guarantee of their integral protection as fundamental human rights.

Keywords: Abortion, Law and Morality (Ethics), Human Rights, Power and Rights, Concept of Right to Life and Right to Health.

Sumário

De uma perspectiva técnica, ética e legal, propomos não especificar o conteúdo ideológico como base para a conclusão sobre a questão do aborto e o debate sobre sua legalização. Para isso, na introdução estabelecemos as premissas que consideramos logicamente "corretas" para posteriormente desenvolver uma tese científica onde propomos o diálogo como um valioso recurso da mesma, incluindo o debate como forma de análise comparativa das duas principais posições concorrentes, permitindo elaborar a posteriori e logicamente uma conclusão sobre a premissa inicial. Com base na razão humana, analisaremos os princípios bioéticos que concernem ao problema e aos interesses em jogo e vinculam à questão ética jurídica, que são direitos humanos fundamentais ou morais universais. Isso nos remete necessariamente à relação entre direito e moral, entendida como um princípio de justiça, situados por direito na própria Constituição Nacional Argentina. Para reforçar o diálogo argumentativo com imparcialidade, vamos formular um quadro comparativo com os principais argumentos das duas posições que se enfrentam atualmente: uma, a

favor da legalização do aborto e a outra, a favor da proteção da vida e da saúde como direitos integrais. Nessa análise comparativa, tomando os principais argumentos críticos de ambas posições, há uma tensão subjacente de poder e direito, o que permite que os argumentos sejam categorizados em posições utilitárias e posições éticas com suas definições e implicações práticas. Ou seja, os poderes que estão por trás dessas ideologias, que em nosso ordenamento são ou aparecem a favor do aborto, procuram se impor para chegar a um consenso social sobre esse problema (com um núcleo duro ou referência central que é a utilidade social) e as outras, dentro das posições éticas, têm um fundamento que necessariamente requer a definição de direitos para sua proteção integral, a fim de manter o status quo dos direitos existentes e com isso as garantias do próprio poder soberano da Nação Argentina como garantia de sua proteção integral e como direitos humanos fundamentais.

Palavras-chave: Aborto, Direito e Moral (Ética), Direitos Humanos, Poder e Direito, Conceito de Direito à Vida e à Saúde.

1) Introducción

El presente trabajo se encuentra relacionado a una investigación más extensa que comienza con un antecedente de la primera autora como expositora y docente de la materia Deontología Profesional, desarrollada en el 2008 en la sede de la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales (UCES), dentro de la carrera de Abogacía. Dicha investigación, titulada “Argumentos filosóficos para la justificación racional y sistemática de la relación entre moral y derecho como sistemas e ideas” (2008), surge en el marco del encuentro docente, “Los nuevos desafíos del Derecho del siglo XXI”, realizado en ese mismo año. La investigación expone la relación entre moral y derecho como sistemas e ideas del fenómeno jurídico, relacionadas lógicamente y éticamente en pos de abordar al concepto de los derechos humanos fundamentales.

Esta temática ha consolidado una idea rectora en la nueva redacción del Código Civil y Comercial, que habla a las claras de la constitucionalización del derecho privado y de su marco relacionado con las fuentes de derecho interno e internacional, como el nuevo orden de interpretación del derecho que, por tanto, incluye en su redacción el espíritu de los tratados de los derechos humanos. En este trabajo, se hará referencia a sus aspectos centrales, retomando como propuesta la de proclamar la relación entre derecho y moral con el principal argumento de la temática de los derechos humanos fundamentales.

Derecho y moral son los dos grandes sistemas de regulación de la conducta humana, que tienen el mismo objeto, el ser humano, y el mismo fin, la libertad humana. Por su naturaleza jurídica, los derechos humanos constituyen el objeto teórico de ambos sistemas, es decir, el derecho y la ética o moral⁷. El derecho refiere al aspecto externo y a la regulación normativa de la conducta humana en su interferencia intersubjetiva. Los sistemas de moral o ética indican las pautas sociales y personales de la conducta humana, con referencia a los valores o axiología jurídica, es decir, puntualizan en la idea rectora que debe atender el derecho para ser justo.

En este trabajo se hará referencia a un orden normativo completo e integrado que sirva a la justicia como valor ético y normativo primordial. El camino normal y garantista de un estado de derecho es lograr el estado de justicia, que es el que respeta los derechos humanos fundamentales. El término justicia refiere a una idea o principios de derecho que son, asimismo, el sustento natural e ideológico de nuestra Constitución de tipo liberal. Incluso, luego de la secularización de derecho y moral, existe un aspecto ético o de justicia que el derecho no puede desconocer o renunciar -y aún más desde un aspecto científico- sin alejarse definitivamente de la propia naturaleza racional del hombre, tomado como un fin en sí mismo. Es decir, la razón legal del jurista, del legislador o del propio juez debe fundarse en un criterio de justicia vinculada a los derechos humanos.

Desde un punto de vista antropológico y científico, esta conclusión es conducente con el respeto y la perfección del ser humano como parte esencial de la regulación positiva de conductas en un contexto humano natural y organizado jurídicamente a nivel de los Estados nacionales e internacionales. Los principios, valores e ideas jerarquizadas y protegidas como derechos humanos fundamentales en la propia Constitución nacional son una garantía para sostener la convivencia pacífica en nuestro estado de derecho y sirven de guía para avanzar hacia un estado de justicia humanizada. He aquí la relación del derecho y la moral como sistemas e ideas del ámbito jurídico de regulación de las conductas humanas.

2) Derechos humanos de la vida y la salud

PREMISA A: necesidad de definir la esfera de protección jurídica del derecho a la vida y la salud

Con base en la necesidad de conceptualizar el derecho a la vida y a la salud como bienes jurídicos protegidos, la problemática debe ser abordada racionalmente tanto por el derecho como

⁷ Para el presente trabajo usaremos ambos términos indistintamente.

por la filosofía jurídica, desde el marco de la bioética, es decir desde la ética aplicada a las ciencias biológicas y médicas. La Constitución nacional, en su texto y espíritu legal, expresa con claridad que garantiza la protección del derecho a la vida desde la concepción. Es por ello que, desde el plano legal, el derecho argentino afirma, sin ninguna duda, el status jurídico de la persona desde la concepción.

Esto se ha consagrado en el Código Civil y Comercial, que entiende que el embrión es una persona por nacer, quien “ostenta la condición de persona humana” (Art. 19, Código Civil y Comercial, 1 de octubre de 2014).

En base a esto, surge el siguiente interrogante: dentro de este razonamiento, además de la esfera de la legalidad ¿qué características hacen a un derecho legítimo? Para dilucidar dicho interrogante, es necesario diferenciar y especificar las nociones de legitimación y legitimidad. Entendemos a las cuestiones de hecho como legitimación y a los problemas de valor, en tanto cuestiones de legitimidad.

Laporta (1989) expone que una institución disfruta de legitimación cuando sus normas y principios son cumplidos y aceptados por sus destinatarios en función de un conjunto de creencias compartidas. Esto no hace obligatorias sus normas *per se*, ya que la moral positiva no puede pretender que sus imperativos estén justificados.

Pasamos, entonces, a la legitimidad como una cuestión de valor, ya que hace referencia a un conjunto de valores, procedimientos, exigencias y principios que tratan de operar como criterio de justificación de normas instituciones, etc.

Por lo tanto, un sistema jurídico político goza de legitimidad cuando sus normas están dotadas de cierta justificación ética aceptable. No existe en tal sistema complejo una respuesta unitaria. Con respecto a este tema, Laporta (1989) plantea tres estrategias para considerar legítimo a un sistema:

- a) *que aspire a la seguridad, paz y certeza en las relaciones interpersonales;*
- b) *que apele a la democracia o decisión por mayorías:* en este caso, la dificultad radica en que la norma jurídica no pierde su fuerza moral, aunque sea dictada en un procedimiento no democrático, ni la norma es injusta por haber sancionada por un órgano representativo;
- c) *que garantice ciertos derechos básicos de los individuos, concebidos como derechos morales anteriores al sistema de normas jurídicas.*

Siguiendo a Ronald Dworkin (1998), estos derechos morales no estarían sujetos al derecho de las mayorías ni serían tan numerosos como indican los catálogos de derechos humanos, sino -

más bien- serían dos o tres básicos. Esto implica apelar a los derechos humanos, y aquí surge este análisis: desde lo jurídico y lo ético, en pos de buscar las razones de legitimación en la existencia y desde la óptica de los llamados derechos humanos.

Por ende, la especulación jurídica y la ética o justificación ética no pueden caminar ignorándose mutuamente, según lo expresa Laporta (1989).

Toda eticidad es bioeticidad y no se entiende aisladamente, ya que es interdisciplinaria. Las propias directivas de la Corte Suprema, en materia de salud, ubican al hombre como centro del sistema jurídico. El estándar mínimo con respecto a los daños a la persona lo brinda el derecho internacional de los derechos humanos pero el estándar nacional argentino dependerá de nuestro compromiso previo en tales interpretaciones.

Siguiendo a Bidart Campos (1991), desarrollamos el tema de jerarquía e interpretación constitucional como paradigma de justicia humanizada. Se puede afirmar que el derecho a la vida y a la salud desde la concepción como etapa de desarrollo del ser humano está consagrado en la esfera de la protección de la legalidad en el marco de la supremacía e interpretación constitucional.

Nuestro actual sistema de derechos constitucional se hizo más amplio en contenidos y extenso en normas a partir de la reforma de 1994. Se le ha agregado un nuevo capítulo, derechos y garantías constitucionales. La parte orgánica se ha enriquecido a través del artículo 75, inciso 22, que da jerarquía constitucional a once instrumentos internacionales.

Por lo tanto, esa es la doble fuente para el sistema de derecho: la interna y la internacional. Esta fuente se nutre no solo de estos tratados, sino que debe respetar los tratados que versan acerca de los derechos humanos que no posean aquella jerarquía y es una obligación internacional asumida por el Estado el darles jerarquía superior a las leyes. La parte del artículo 75 que más conflicto interpretativo provoca en muchos autores es la que refiere que los tratados de derechos humanos con 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” (Art. 75, inc.22, Constitución de la Nación Argentina, 15 de diciembre de 1994).

Una interpretación considera que la no derogación de los artículos de la primera parte de la Constitución significa que esa primera parte tiene prelación sobre los tratados de jerarquía constitucional. En tanto, la segunda parte se ubicaría por debajo de tales tratados. Tal esquema viene a acoger la tesis, por nosotros rechazada, de relaciones intrajerárquicas dentro de un sistema de normas que revisten jerarquía constitucional.

Con respecto a la supremacía del control de constitucionalidad y a la supremacía de las leyes según la reforma de 1994, Bidart Campos (1991) considera que la paridad que asignamos a todo el conjunto normativo de la Constitución con los instrumentos internacionales de jerarquía constitucional (los once enumerados en el art. 75, inc. 22, más los que la adquieren en adelante) impide declarar inconstitucionales: 1) a norma alguna de la Constitución (en cualquiera de sus partes) en relación con instrumentos internacionales de derechos humanos de jerarquía constitucional; 2) a norma alguna de dichos instrumentos en relación con normas de la Constitución (en cualquiera de sus partes); 3) por ende, toda aparente oposición o incompatibilidad ha de superarse a tenor de una interpretación armonizante y congruente, en la que se busque seleccionar la norma que en su aplicación rinda resultado más favorable para el sistema de derechos (integrado por la Constitución y los instrumentos internacionales de jerarquía constitucional), en razón de la mayor valiosidad (pero no supremacía normativa) que el sistema de derechos ostenta respecto de la organización del poder.

Además, el autor asegura que el bloque obliga a controlar todos los sectores del derecho infraconstitucional, y a declarar inconstitucional toda norma que en él sea infractora de la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional. Los tratados internacionales que no gozan de jerarquía constitucional, como inferiores que son, quedan sometidos a control y todo el derecho infraconstitucional, a partir de las leyes, también debe ser controlable en relación con los tratados sin jerarquía constitucional, porque el principio general aplicable a este supuesto es el de la superioridad de los tratados sobre las leyes y, por ende, sobre el resto del ordenamiento sublegal.

La retroalimentación que circula entre la fuente interna y la internacional del sistema de derechos y que, a su modo, viene formulada en la "complementariedad" que los instrumentos internacionales con jerarquía constitucional proveen a nuestra Constitución reformada en su art. 75, inc. 22, encuentra otro indicio valioso. Es el principio que, aun sin norma explícita en la Constitución, damos por contenido implícitamente en ella, siguiendo como modelo la Constitución de España de 1978: las declaraciones, las libertades, los derechos y las garantías constitucionales se deben interpretar de conformidad con los instrumentos internacionales (declaraciones, tratados, pactos y convenciones) que están incorporados al derecho interno. En el caso argentino, no solamente los que gozan de rango constitucional sino, a la vez, los que solamente están reconocidos con jerarquía supralegal.

En todo este recorrido de interpretación e integración es importante tener en cuenta la tendencia a la maximización y optimización del sistema de derechos para su completitud y plenitud en el Estado democrático, al que hay que dar efectividad en la vigencia sociológica con indivisibilidad de las tres generaciones de derechos: los civiles y políticos, los sociales y los de la tercera generación. Es en esta adición indivisible hay que hospedar a los silencios e implicitudes del orden normativo para que rinda resultado benéfico hacia el sistema de derechos. De nuevo hace presencia el plexo de principios y valores como contenido sustancial del mismo sistema.

El precedente panorama -tan someramente esbozado- sirve como un instrumento indispensable para comprender el sentido y alcance del sistema de derechos, con normas y sin normas, para que cumpla su finalidad personalista en el Estado democrático, desde el ámbito doctrinario o desde la aplicación que han de llevar a cabo los operadores.

Queremos dejar propuesto el tema de la irreversibilidad de derechos, aunque no es el objetivo de este trabajo abordarlo en detalle. Este es un principio que acogemos en el derecho internacional de los derechos humanos e incorporamos a nuestro derecho constitucional.

Los derechos implícitos aluden a cuando el sistema de derechos acrece por ingreso de nuevos derechos o de contenidos nuevos en derechos viejos, y el "plus" queda definitivamente anclado en el sistema, aunque la fuente que le dio origen desaparezca. Para nuestro caso de los tratados de derechos humanos, una eventual denuncia por parte de nuestro Estado impediría dar por suprimidos los derechos de los que ahora esos tratados han sido fuente. En tal supuesto, cabría acudir a la tesis de que mantienen su hospedaje en la cláusula del art. 33 de la Constitución acerca de los derechos implícitos.

La insistencia con la que venimos postulando en los últimos años que, para la completitud de un sistema de derechos, hace falta nutrirlo desde una doble fuente, la interna y la internacional, reaparece en muchos de los tratados jerarquizados constitucionalmente. Ello cobra relevancia cuando, desde la misma dualidad de fuentes y de sus respectivas normativas, inferimos la también destacada necesidad de efectuar una opción preferente por la que se suministra un resultado más beneficioso y favorable para la persona y para el sistema de derechos, en cada caso concreto.

El carácter mínimo y subsidiario que reviste el derecho internacional de los derechos humanos se concilia con la tendencia a la maximización y optimización del sistema de derechos, razón por la cual, para alcanzar este resultado, el derecho internacional no pretende erigirse en cada tratado como fuente única –aunque sí mínima– y, al contrario, deja abierto el sistema a lo que de

más amplio le puede brindar el derecho interno de cada Estado, como asimismo el propio derecho internacional a través de otros tratados.

Introducción al principio pro hominis

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, sostiene que “si a una misma situación son aplicables la Convención Americana y otro tratado internacional, debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1985, Opinión Consultiva OC-8/87). En el caso "Viviana Gallardo" afirmó que el equilibrio de la interpretación se obtiene orientándola en el sentido más favorable al destinatario de la protección internacional –el ser humano– siempre que ello no implique una alteración del sistema.

De alguna manera, así como resulta de antigua data el reconocimiento de que el derecho internacional es fuente del derecho interno cuando éste le da recepción, también a la inversa cabe decir que el derecho internacional de los derechos humanos incorpora al derecho interno del Estado cuando éste depara solución más amplia o favorable.

Véase como ejemplo el que proporciona la Convención Americana sobre Derechos Humanos:

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 parte o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se deriven de la forma democrática representativa de gobierno, y d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza. (Art. 29, Convención Americana Sobre Derechos Humanos, 22 de noviembre de 1969).

El núcleo alrededor del cual gira dicho tema es el de las violaciones a los tratados de derechos humanos porque, cuando se consuman, implican incumplimiento de las obligaciones que ellos asignan a cada Estado parte.

La especificidad de la interpretación constitucional de los derechos fundamentales en el derecho constitucional argentino, a partir de la integración del Principio hermenéutico *Pro Hominis*

-en 1994, última reforma constitucional- ha modificado sustancialmente el criterio tradicional de jerarquía de fuentes normativas. La trascendencia del principio conlleva el nacimiento de una verdadera garantía de interpretación del derecho constitucional, cuya función no es otra que la de someter la jurisdicción a la ley, lo cual implica una limitación racional a la arbitrariedad de las decisiones jurisdiccionales e impone la interpretación más favorable a los derechos fundamentales.

Debemos contar con la asistencia de los principios orientadores de la bioética y de la propia ciencia jurídica para formular un correcto diálogo de premisas en este contexto de derechos humanos. Para conocer qué es lo que debatimos con respecto al tema que nos concierne, es pertinente que se sienten las bases de la definición de “ser humano” y de “derecho a la vida”, ya que deben ser nociones claramente definidas, en pos de que el ser humano también sea protegido en esencia y no en apariencia de derecho.

El ser humano está definido como objeto de la protección jurídica, es sujeto de derechos y es ser humano desde la concepción. Siguiendo a Korzeniak (2005) desde el punto de vista biológico, el derecho a la vida supone el derecho a nacer, el derecho a existir y el derecho a sobrevivir.

En base a esto, desde el plano filosófico y moral surgen los interrogantes: ¿cuál es la finalidad del derecho o cuál es el bien jurídico protegido? Y, en dicha protección, ¿cuál es la esencia de esos derechos?

La primera respuesta se encuentra en los derechos naturales, en la justicia universal y en la esencia de estos derechos como esfera natural inalterable de protección. Los derechos naturales proclaman que debe respetarse, sin excepción, tanto el derecho a la vida como el status jurídico. El embrión es un ser humano y, como tal, es digno de protección, por su propia naturaleza humana. Esto implica el reconocimiento de la dignidad humana desde el inicio de la concepción. Pues la noción de derecho humano indica, precisamente, que el hombre no se convierte en miembro de la sociedad humana mediante una captación pública o consensuada, realizada sobre la base de determinadas características, sino en virtud del propio derecho humano y de su pertenencia biológica a la especie *homo sapiens*.

Cualquier otro criterio convertiría a unos en jueces de otros, en definitiva, en la falacia de ignorar al otro ser humano, al niño no nacido que tiene el código genético humano como ser distinto a la madre, único e irrepetible. Negar que sea humano es negar la realidad biológica y su protección que es legal, principista y esencial, ya que toda persona es un fin en sí mismo.

Estas falacias discursivas y carentes de atención al derecho protegido y a los principios morales universales que lo sustentan, son altamente ilegítimas y perjudiciales para nuestro estado de derecho.

Por último, la postura abortista, en cuanto al concepto de libertad -el más digno valor democrático- deriva en problema cuando, fuera de toda finalidad social humanitaria, se convierte en un no valor, desligándolo de un enraizamiento natural, reivindicado en y desde sí mismo. En efecto, si no hay naturaleza, puede concluirse que cualquier uso posible de la libertad será correcto. La auto realización humana se llevará a cabo en virtud de una voluntad arbitraria. Siguiendo a Barilko (2010) que expresa “sin pautas del bien o del mal la humanidad queda herida de muerte” (p. 183), nos preguntamos: ¿qué valores debe respetar la ciencia del derecho y la medicina sin lesionar los principios bioéticos que sustentan la vida y el ser humano? Reservamos esa respuesta a modo de conclusión.

Definida la situación problemática a resolver, expuesta y desarrollada la premisa, las definiciones iniciales de los bienes y valores en juego, expondremos a continuación los lineamientos principales de ambas posturas, a favor y en contra de la legalización del aborto, con la exposición de un cuadro comparativo que servirá para encontrar el punto de unión y separación definitivas; convenientes a la juridicidad de los derechos protegidos (que necesitan conceptualización) e identificados con el plexo de derechos y garantías constitucionales y los derechos humanos como ideas y sistemas de protección morales y jurídicos por el principio de legalidad de las posturas éticas.

Cuadro comparativo de los principales argumentos y posturas doctrinarias

Los argumentos expuestos a continuación forman parte de una previa selección, siguiendo los criterios de pertinencia y circulación masiva. Han sido extraídos de los discursos expuestos en los plenarios de comisiones del Congreso de la Nación argentina, en 2018 y 2020, en el marco del debate por la legalización del aborto; de los propios fundamentos de la Ley 27.610; de los derechos en juego en nuestro paradigma constitucional; de la legislación pertinente al tema, fallos y doctrinas relevantes, destacando la labor doctrinaria de algunas autoras y autores que integraron la comisión de la reforma del Código Civil y Comercial. Los temas que destacamos son los derechos de la

persona humana, la progresión y autonomía de la voluntad en niños y niñas, la salud sexual y reproductiva y la propia noción de persona humana⁸.

<p>Base legal: sus fundamentos están en la Ley de Interrupción Voluntaria del Embarazo (IVE), Ley 27.610 de Argentina, sancionada por el Congreso Nacional el 30 de diciembre de 2020 y promulgada el 14 de enero de 2021. La ley dispone, en los artículos 1 y 2, que toda mujer tiene derecho a decidir la interrupción voluntaria de su embarazo durante las primeras doce semanas del proceso gestacional y que toda mujer tiene derecho a acceder a la realización de la práctica del aborto en los servicios del sistema de salud.</p> <p>El embarazo y la maternidad no forzados no son una opción a considerar por muchas personas, entonces el Estado resulta ineficaz. Sin dudas, hay mujeres que deciden continuar un embarazo no intencional. Muchas eligen, aceptan o incluso desean transitar una gestación y una maternidad en las mismas circunstancias que para otra mujer resulta inaceptable. En ambos casos, esa decisión debe ser respetada y es indelegable. El Estado ha fracasado al pretender soslayarla; en ambos casos el</p>	<p>Base legal: defensa del orden de la legalidad que asegure el respeto al orden jerárquico constitucional y de integración de los tratados de protección de los derechos humanos fundamentales que incluyen como sujeto de protección especial al niño por nacer como persona humana. Derecho a la protección integral de la madre gestante, el embarazo, el niño y la familia.</p> <p>La Ley 27.610 es inconstitucional: argumentos de derechos protegidos con remisión al fallo del juez federal de Mar del Plata (recientemente apelado por el Estado), que dispone medida cautelar para dejar sin efecto la ley y el Protocolo para la atención integral de las personas con derecho a la interrupción legal del embarazo, porque afectan y ponen en peligro la vida, dignidad y derecho tanto del niño por nacer, como de su madre gestante.</p> <p>Derecho a la vida y a la salud del niño por nacer, como persona humana (vida y dignidad previstos en el Código Civil y Comercial) y coherencia y respeto al orden jerárquico de protección de la Constitución nacional y los</p>
--	--

⁸ Este trabajo no pretende hacer análisis discursivo, sino exponer de manera comparativa -según los criterios de selección- los argumentos principales de ambas posturas (a favor y en contra de la legalización del aborto).

Estado debería ser respetuoso y acompañar a cada una en sus convicciones y en la situación especial que le toca vivir.

Otras fuentes citadas: La jurisprudencia del caso FAL, en marzo de 2012, con el llamado “F.A.L. s/ Medida autosatisfactiva”. En la decisión, se tuvieron en cuenta la posición de la Organización Mundial de la Salud en la materia y distintos pronunciamientos del Comité de Derechos Humanos y del Comité de los Derechos del Niño, ambos de Naciones Unidas, que marcaron la necesidad de garantizar el acceso seguro a los abortos no punibles en nuestro país y la eliminación de las barreras institucionales y judiciales que han impedido a las víctimas de una violación acceder a un derecho reconocido por la ley.

Defensa de los intereses individuales y respeto a la voluntad de la mujer gestante a decidir sobre su propio cuerpo. Doctrina de juristas argentinas acerca de los derechos reproductivos de la mujer, con base en los valores de la libertad conquistados, protegidos por tratados internacionales, defensa de Amnistía Internacional y de las recomendaciones con base en la jurisprudencia de los convenios suscriptos.

Tratados de Derechos Humanos. La realidad debe ser analizada con criterio de verdad, no se debe restringir derechos, sino modificar las condiciones conforme a valores jurídicos más elevados como fines de las normas universales de los derechos humanos.

Mantienen al aborto como delito contra la vida en el Código Penal Argentino y las causales de no punibilidad expresamente previstas. Ningún fundamento de un fallo puede ser utilizado en forma tal de abolir un delito en materia penal o extender una causa de no punibilidad, más allá del caso puntual juzgado.

Paradigma amplio y legalista de protección de los derechos humanos fundamentales sin distinción: a) derecho a la protección de la vida y la salud del niño por nacer, inseparables de su condición de persona humana, legalmente prevista. Con respecto a la concepción de persona humana, Mosset Iturraspe (2011) menciona que se es persona humana desde la concepción y esto garantiza su protección legal absoluta, atento que solo

<p>Derecho a interrumpir el embarazo sin riesgo, entendido como otro derecho de la mujer, con base en el principio de autonomía y libre disponibilidad, en tanto derecho a la salud sexual y reproductiva.</p>	<p>cambia el momento o etapa y no por ello hace menos efectiva su protección; b) derecho a la mujer a educarse y a planificar su maternidad, con prevención de los embarazos no deseados -derecho a la salud sexual y reproductiva-; c) derecho al cuidado y protección del embarazo y de la madre gestante, como el derecho a la vida, dignidad y salud del niño por nacer; d) derechos del padre; e) derecho a la objeción de conciencia individual y profesional; f) juramento hipocrático, fines y principios de la medicina.</p>
<p>Postura abolicionista: sostiene que el derecho debe legislar sobre este problema y por ello debe debatirse, sin otras consideraciones como las éticas o morales.</p>	<p>Postura conservadora de la legalidad, según el estatus y la protección integral de la persona humana, con fundamentos jurídicos y bioéticos de los derechos humanos. Es una cuestión que debe incluir un debate amplio, con consideraciones reales jurídicas, éticas y bioéticas, por estar en juego los derechos humanos. Principios bioéticos de protección de la vida y la salud humana, más allá de la utilidad o fines. Acceso a la salud pública con garantía real de protección para todos los seres humanos, sin distinción, discriminación ni vulneración de ninguno, ya reconocido como derecho humano, y con base en las pautas de interpretación constitucional y legalidad de fines. Fines superiores de protección integral.</p>
<p>Valores políticos de igualdad de género. Derechos de la mujer a la no discriminación o a no sufrir violencia (entendida como suprimir su derecho a abortar de forma segura o estar obligada a gestar o a parir).</p>	
<p>El derecho absoluto de la mujer a la salud pública integral. Derechos del niño (niñas de</p>	<p>Se es persona desde el vientre materno y se tiene, desde el inicio, el primordial derecho a</p>

<p>13 a 18 años). Proyecto de vida: posibilidades y potencialidades.</p>	<p>la vida a desarrollarse para cumplir el plan de vida. Comprende el hecho primordial de nacer, vivir, sobrevivir y desarrollarse libremente con protección integral.</p>
<p>La interrupción del embarazo es y debe ser legal, segura y gratuito, evitando la muerte de mujeres en abortos clandestinos sin real igualdad de oportunidades de acceso a la salud.</p>	<p>La ley IVE, aunque esté vigente como tal y sancionada, es ilegítima e inconstitucional y así debe declararse de oficio por los jueces en su labor de aplicar los tratados de orden público de interpretación de los derechos humanos. Dificultad de aplicación, costo social económico, jurídico y humano. Derecho a la máxima protección de los derechos humanos. Derecho a la objeción de conciencia.</p>

PREMISA B: tensión entre poderes, posturas ideológicas, derechos humanos e intereses en juego

Siguiendo el cuadro anterior, el eje problemático del debate se centra en los intereses sociales en juego y la forma de legitimarlos. De esta discusión, nacieron las búsquedas de consenso social en marchas, movimientos, consultas populares, reclamos y/o protestas, proyectos de ley de iniciativa de despenalización en el propio Congreso de la Nación Argentina, como realidad imperante desde el 2018, que se reiteró en otro proyecto del 2019 y continuó en el 2020 con los protocolos extensivos de no punibilidad del aborto.

El debate ha sido una tensión entre los poderes y los derechos, que culminó en la sanción de la ley de aborto, Ley 27.610, el 30 de diciembre de 2020. Esta establece que el aborto inducido es legal y gratuito, en los casos ya habilitados desde 1921 (aborto terapéutico y en caso de violación) o en todos los demás casos, cuando la gestación no supere la semana catorce.

En esta tensión o pulseada en la que se mueven las sociedades (problemas a resolver – movimientos reformistas de asunto de “intereses sociales”) se avanza un paso más allá de las ideologías sociales y políticas, ya que hay intereses en pugna. Entonces, se vuelve pertinente analizar, en un diálogo amplio, cuáles son los intereses comprometidos, con base en el mismo

poder, de todas las instituciones de la sociedad y del Estado como poder soberano y con base en los derechos humanos, que son preceptos constitucionales vigentes (marco legal).

En este marco, se buscará analizar esta problemática, teniendo como eje las razones que comprometen seriamente estos intereses y los derechos en la noción del poder soberano o del pueblo de la Nación Argentina, siguiendo este desarrollo dialogal argumentativo.

En la problemática del debate, se presenta un estado de tensión inusual entre los poderes y los derechos e intereses comprometidos. Anteriormente, hemos desarrollado el concepto preliminar de derechos y su vinculación con los derechos humanos fundamentales, como parte de un análisis previo.

Delimitando la noción de “poder”

Bodenheimer (1994) explica en su teoría del derecho que, en toda problemática social hay una cuestión de poder. Desde el punto de vista sociológico, el poder incluye tanto al físico como al político, al igual que muchos otros tipos. El autor expone que un individuo o grupo puede llevar a la práctica su voluntad, incluso a pesar de la resistencia de otros individuos; es decir, puede ejercer el poder por medios físicos, psicológicos o intelectuales. Un hombre puede lograr el poder por el hecho de ser físicamente más fuerte que algunos de sus congéneres; puede llegar a ser poderoso por ser capaz de ejercer una irresistible influencia psicológica o –incluso– hipnótica sobre otros hombres o multitudes. En circunstancias favorables, sus grandes dotes intelectuales pueden también procurar a un hombre una posición de poder dentro de una comunidad o de una nación. El poder de un individuo puede ser considerablemente realzado si consigue ganar, para la obtención de sus fines, la cooperación devota de un grupo. Tal grupo puede ser un partido político, una sociedad secreta o una orden religiosa, por no mencionar sino unos cuantos ejemplos.

Ahora bien, para Bodenheimer (1994) existen dos formas de poder incontrolado que son la anarquía y el despotismo. Todas las formas de anarquistas sociales se caracterizan por atacar el paternalismo de un Estado y sus instituciones. El despotismo se representa con un individuo que preside, con absoluto poder de gobierno, en un intento por ejercer o bien su idea personal o sino actúa en nombre de una idea impersonal, que aparenta querer y llevar adelante.

Entonces, por un lado, todo poder o voluntad incontrolada del puro libre albedrío (hago lo que quiero y mi voluntad se ejerce según mi deseo) conduce a la anarquía y, por el otro, todo poder gobernante absoluto es despotismo. El Estado es un ente soberano, ya que el poder supremo (soberanía política) es otorgado por el pueblo, es decir, es el mismo pueblo el que gobierna.

En este punto, es necesario y pertinente que se indique que existe una continua tensión entre el poder y el derecho, necesaria para el control social en el marco de la vida social democrática. La premisa de este trabajo deviene en respetar esta justa tensión y definir, además, el status de protección jurídica y bioética humanista de la vida y de la salud humana. Tanto la vida como la salud humana son bienes jurídicamente protegidos como derechos humanos, por su propia naturaleza y por la definición de tales como esferas de protección jurídica. Para el análisis de este trabajo, debemos descartar los elementos tales como las ideologías que coadyuvan a favor y en contra de cada una de las posturas.

Posturas ideológicas e ideología constitucional: lo que dice el constituyente que son los derechos

Con respecto a la noción de ideología, podemos encontrar una primera definición en el Diccionario de la Real Academia Española (DRAE), entendida como un conjunto de ideas que caracterizan a una persona, escuela, colectividad, movimiento cultural, religioso, político. En el marco de las ciencias sociales, el concepto se amplía y se entiende como un conjunto de creencias (en una aproximación inicial)⁹.

El movimiento feminista -o parte del original movimiento feminista mundial- sostiene una postura ideológica de base clara en la defensa del aborto como una libertad de la mujer a decidir; y que desde los años '70 lleva en sus consignas de lucha esta bandera. El movimiento feminista, con sus distintos matices, busca sus consensos para la consagración de la igualdad estructural social del acceso de la mujer a puestos de poder (en su afán de búsqueda de poder y de igualación de poder como conquista social). Por eso, para la promoción del aborto en Argentina, parte del feminismo -dispar en la propia búsqueda de consensos- incluye en la misma agenda otros reclamos contra el paternalismo estadual e institucional.

El enfoque divulgado en el medio pro vida es coherente con las construcciones culturales e ideológicas existentes a favor del conservadurismo social.

En este trabajo, no menospreciando la necesidad del compromiso ideológico (cualquiera sea), se pretende pasar a otro plano el diálogo ético y científico, haciendo foco en la propia

⁹ En este trabajo no se pretende profundizar en el concepto de “ideología”, sino más bien comprender qué función cumplen las diferentes posturas ideológicas en las tensiones de poder propias de la problemática que nos compete y si éstas dialogan o no con la ideología constitucional argentina.

ideología de la Constitución de la Nación Argentina, en pos de incluir todos los derechos e intereses en pugna. Consideramos que es prudente virar este enfoque a otro también valioso, complementario, pero un tanto más alejado de las ideologías y más cercano a nuestra retórica nacionalista: la propia ideología de la Constitución nacional argentina. Entendemos a esta ideología como valores, ideas y principios que, definiendo primero su bien jurídico protegido y la base de esa protección, no concentrándose solo en los mecanismos de protección y promoción (tutela judicial y difusión), se acerca a la esencia misma de los derechos que debemos garantizar. En este trabajo se expuso *in extenso* este razonamiento jurídico bioético, siguiendo la premisa que se basa en la necesidad de definir, en primera instancia, la esfera de protección o bienes jurídicos protegidos.

En base a esto, en palabras de Zamora (2015), surge una nueva preocupación cuando, en nombre de determinadas ideologías, se pretenden cambios que representan un franco retroceso en nuestro sistema jurídico. La Constitución argentina enuncia y abraza la defensa de los grandes sistemas culturales y espirituales que han definido a un pueblo a lo largo de su historia, pero jamás debe asumir posturas político-ideológicas. Coincidimos con el autor cuando denuncia que muchas ideologías políticas son construcciones mentales preconcebidas, “entelequias” que responden al interés de grupos afanados en obtener poder.

Debido a esto, la constitución de una nación no debe ser la camisa de fuerza que obligue a los gobiernos a dirigir sus políticas gubernamentales en una u otra dirección ideológica. La influencia ideológica en las instituciones jurídico-constitucionales, como lo es por ejemplo el referendo, puede alcanzar, incluso, estos ribetes peligrosos a nuestros preceptos.

Concepto de poder soberano del pueblo

Siguiendo el artículo 22 de la Constitución nacional argentina, el cual enuncia que el pueblo no delibera ni gobierna sino por medio de sus representantes y autoridades creadas por ésta, debemos recordar que la soberanía reside en el pueblo y que ninguna reunión particular de personas puede asumir votos vinculantes de representación popular, ni arrogarse esos derechos, ni asumir peticiones en su nombre. El primer sistema de preceptos constitucionales se centra en los ideales superiores de la nacionalidad y en él se enumeran principios tan fundamentales para la nación como lo son la independencia, la defensa nacional, la soberanía, la jurisdicción territorial, la democracia, la ciudadanía y la nacionalidad, entre otros.

El derecho a la vida y a la salud está incluido y protegido especialmente en su definición de “derecho a la vida y salud”, entendido como precepto constitucional, ideológico e institucional jerárquico de la Carta Magna.

Tanto el poder como el derecho son mecanismos de control social para no caer en anarquía o despotismo. Siguiendo a Laje (2018), el derecho garantiza la estabilidad y cierta regulación en la vida humana, delimitando esferas de poder e impidiendo invasiones arbitrarias de los derechos de los individuos, lo cual permite un orden y una planificación razonables de la vida, bajo los cuales sería difícil establecer un régimen arbitrario. El derecho otorga al individuo cierta seguridad que necesita para disponer y planear su vida de manera racional e inteligente.

En este punto, la moral, encargada de gobernar la vida íntima de los hombres, forma parte de los medios de control social. Todo sistema jurídico encarna e integra ciertas ideas esenciales de moralidad, predominantes en la sociedad de la que forma parte, por lo tanto, es necesario que se usen medios no políticos para imponer reglas morales. De este modo, la persona no se verá coaccionada de modo directo por el Estado.

Ahora bien, en este marco surge un interrogante: ¿deben permitirse todas las prácticas o costumbres sociales? Según Bodenheimer (1994), solo pueden considerarse como derecho aquellas reglas consuetudinarias que han llegado a estar tan firmemente establecidas, que constituyen limitaciones al poder de la autoridad gobernante. Por ello hemos indicado en cada línea de argumentos principales expuestos cómo operan el utilitarismo y la ética jurídica valorativa en materia de derecho a la vida y a las libertades humanas.

Habiendo expuesto las principales posturas del esquema de la tensión entre poder y derecho para la resolución de la temática, y clasificando los argumentos en tal sentido, en cuanto a las principales posturas, desde la ciencia y la justicia como sistema de derechos humanos, a continuación, nos adentraremos en otras nociones pertinentes al tema.

Los utilitarismos

Esta concepción se basa en la búsqueda de resultados, descartando principios y ciertos valores éticos para lograr el grado de apoyo y consenso social de los logros considerados útiles para el grupo social dominante, en un lugar y época determinados. Los mecanismos de poder son operativos legítimos o ilegítimos según el agente promotor, en pos de cambiar el *statu quo* y la institucionalidad vigente. Encuentran su apoyo en intereses económicos poderosos y en grupos de

poder con mecanismos de control social altamente visibilizados, para mostrar un cambio de paradigma y una necesidad de reforma.

Generalmente, son vertientes extremas y a favor del aborto: por ejemplo, para la promoción del aborto planteado en hipótesis y resultado como solución a otras situaciones que son problemáticas estructurales e injustas. Lo relacionan de modo directo con problemas sociales de base, atravesados por la profunda desigualdad social (pobreza) y por los derechos de la infancia vinculados al aborto como necesidad de salud pública. Cuentan con financiamiento de organismos internacionales y multinacionales, hasta de algunas “clínicas del aborto”, con sus propios objetivos dependientes directamente de la práctica del aborto. Se caracterizan por contar con grupos intelectuales que deciden las reformas del derecho y tienen suficiente poder para promoverlo. También colaboran activamente grupos muy visibles. Se destaca el alto grado de ideologización, siempre en torno al resultado útil esperado u objetivo. Se basan, con profunda convicción, en distintos mecanismos que, en general y en su faz ideológica, atacan el *statu quo* y el pensamiento diferente, en algunos casos con falacias.

En cuanto a la ideología en el discurso sostenido, promocionan nuevos valores con la aparente convicción o la firme creencia de que el derecho a la vida es definible por consenso cultural. Permanecen nombrando la vida de las mujeres sin definir derecho a la vida, le dan un valor puramente social, y consideran necesario que no debe ser definido, sino consentido socialmente (principal discrepancia teórica y técnica con nuestra tesis de derechos humanos). Imponen un nuevo lenguaje, consentido por el movimiento, como también una nueva forma de comunicación. Allí subyace el poder de su teoría que refuerza el poder individual (como empoderamiento) y lo aleja peligrosamente de la esfera protectoria del ser humano más débil y de la idea de derecho y valores éticos esenciales y anteriores, o dignidad esencial que está plenamente garantizada para todos como seres libres, pero iguales. Conducen a una entelequia.

En este contexto, se citan doctrinas internacionales que admiten la despenalización del aborto sin sentir comprometida su constitución en el uso del poder de decir el derecho, en pos de amparar libertades, incluso otorgándole una mayor jerarquía que a la vida misma y a la dignidad humana. Atacan al pensamiento conservador como paternalista. En definitiva, pugnan por el poder y los intereses económicos y mundiales del aborto. Proponen reformas, nuevas interpretaciones y valores útiles por sobre la ética constitucional y el ideario constitucional.

En otras posturas *in extremis* o extremas (llamadas también de reacción, por su mecanismo) se encuentran todas las fundamentalistas, incluidas algunas ideologías de tradición religiosa

fundamentalista minoritaria que debemos descartar de este análisis, si atentan contra la vida, la igualdad o la libertad por la consagración expresa de los “derechos humanos universales válidos vigentes y eficaces en el sistema de derechos” y con una justa relación con la moral natural y religiosa, como legitimación del poder jurídico institucional. Estas son solo una de las estrategias de control social e imposición de ideas.

Las corrientes éticas

Son conservadoras del consenso social y de la moralidad institucional y democrática, con base en el estado de derecho. Se muestran a favor de hacer operativos los principios constitucionales vigentes a favor de los derechos humanos y universales, tanto por razón de la propia dignidad y concepto de hombre y ser humano como de la libertad racional de los fines éticos perseguidos en su protección. Apelan a las garantías del estado de derecho para su protección institucional de los derechos humanos, consagrando su máxima protección en esencia y, como tal, legitimados en la Carta Magna y en las recomendaciones de los Comités de Bioética Internacional, consenso científico y ético que propone el diálogo universal, incluyendo a todos.

3) Conclusiones preliminares

Buber (s.a) hace referencia a que no puede existir una verdadera investigación científica sin un diálogo “que iguale”, como una pauta ética básica de la investigación. La filosofía del diálogo forma parte del debate filosófico en torno a la naturaleza del hombre en general, y a la reflexión desde una perspectiva ética esencialista, en particular. Esto resulta altamente provechoso para los estudios de los fenómenos, formas y procesos comunicativos que incluye en este análisis el lenguaje como recurso del pensamiento sistémico normativo.

En asuntos de derechos humanos (vida, salud, libertad), la igualdad y la solidaridad en el diálogo científico nos llevan a defender no solo la finalidad del propio sistema de normas (estructura del sistema) sino también los fines propios de la protección de los derechos. Consideramos estrictamente necesario y pertinente adjudicarles el carácter de derechos, y no hacerlos depender del puro arbitrio de la voluntad humana o de otro poder sin límites; es decir, respetando el estado de derecho, en pos de lograr el estado de justicia.

Teniendo esto en cuenta, en este trabajo hemos citado en forma ordenada y relacionada los conceptos jurídicos fundamentales para alcanzar la absoluta neutralidad, en aras a la protección de los derechos humanos o de la naturaleza humana.

La igualdad de los derechos y el valor autónomo e intrínseco de la vida y de la salud humana, son cuestiones fundamentales del discurso y nos basamos en los términos de la obra de Dworkin (1998) que incluye estos caracteres como definitorios del derecho a la vida¹⁰. También nos lleva a proclamar un máximo y hasta siquiera un mínimo de ética o moral exigible en el discurso práctico, para la función del mismo sistema y para su legitimación, como a la verdad de las proposiciones que a ella refieren.

Por estricta coherencia, y en aras a permanecer neutrales durante este desarrollo, se precisa conducir este trabajo con un tecnicismo jurídico teórico. En primera instancia, remarcamos que la función del diálogo es primordial para poder igualar a los interlocutores en el debate.

El uso del diálogo, aconsejado desde la antigüedad grecorromana, siguiendo la razón y con origen en las convenciones, es también causa del mismísimo instituto del proceso civil, entre otros. Como verdadero paradigma de la libertad y de la democracia en la República, se pre ordena ese diálogo como una serie de actos racionales, dirigidos ante el juez con un único fin: la justicia que, por obvia apelación a la razón humana, pierde su anterior sentido místico o irracional.

El diálogo nos aleja de excluir otras opiniones en torno a la problemática. La coherencia y lógica de las premisas de este trabajo, basadas en el razonamiento estrictamente jurídico, evita cualquier posible abuso, personalismo o cualquier otra arbitrariedad del que dirige el discurso en el sistema o subsistemas de la realidad social y jurídica de la problemática analizada; sabiendo de antemano que puede existir y se puede prescindir de la subjetividad del autor o hasta de sus creencias, sin que estas importen más que por una suerte de motivación personal. Atento a esto, utilizamos desde el inicio el recurso del diálogo entre los distintos argumentos sin descartar ninguno, tomando como línea directriz el valor de la premisa inicial.

No obstante, en ese análisis lógico vale aclarar a su respecto que no tomamos al iusnaturalismo versus el iuspositivismo ni ningún extremo o teorías en confrontación o en sus antípodas, sino que adelantamos que nuestra postura admite otras consideraciones menos extremas y no ideologizadas.

A lo largo de este recorrido, hemos seguido la línea de autores como Ronald Dworkin (1998); John Finnis (1990), Laporta (1989) y hasta el mismo H. Hart (1980), como también en los demás citados a lo largo del trabajo, incluyendo intencionalmente a los positivistas y a los iusnaturalistas menos extremos o adherentes. De Finnis (1990) destacamos la idea de que la

¹⁰ Los incluye en su obra *El dominio de la vida*.

razonabilidad práctica exige instituciones del derecho positivo que aseguren ciertos bienes o valores humanos fundamentales.

De estas teorías se infieren las relaciones entre moral y derecho que propugnamos en su estricta coherencia. Parece ser hasta pedagógicamente correcto traer a consideración que la moral y el derecho aparecen normalmente integrados, tal como enunciamos en la introducción.

La relación con base en el diálogo interdisciplinario y en las teorías de los derechos humanos fundamentales sirve para justificar el rol del ser humano como sujeto de derechos internacionales, parte de la comunidad internacional. Estos derechos son descriptos, declarados y reconocidos en los acuerdos internacionales, constitucionalizados en los Estados libres y democráticos. Son descubiertos por la razón, preexistentes, naturales, absolutos e inviolables.

Nuestra tarea exige, por lo tanto, una interpretación constitucional que respete la jerarquía de derechos y la coherencia para el examen de compatibilidad de las normas del sistema para mantenerse como tal, sin derrumbarse. Esta interpretación no solo permite la aplicación del derecho, sino también la concreción de su significado (o acaso se lo quita o lo acerca a la justicia o a la injusticia)¹¹.

Por ello, consideramos que nuestro intento ya ha sido productivo al tratar de legitimar conforme la última teoría mencionada a los derechos humanos tanto como sistemas e ideas del derecho y la moral por esencialmente humanos, pero racionalmente vinculados y sin caer en extremos o ideologías, teniendo en cuenta que la filosofía nunca es un mito, en tanto modo de razonamiento, y menos aún pretende ser una ideología.

He aquí que el diálogo es la base para la superación del puro cientificismo, y puede aportar al avance de las doctrinas bioéticas y a los principios éticos del derecho en las ciencias de la vida, que han sido incorporados a textos normativos como contenido moral e interpretativo, con una clara finalidad humanista de las leyes, protectorias en el sentido de “humanidad ascendente”, ya que el juridicismo metodológico del modelo dogmático impedía incorporar la dimensión axiológica a la teoría de la interpretación.

¹¹ Reconocemos que todas las teorías citadas, aún las críticas, buscan un criterio de validez racional de los derechos humanos. La fundamentación de los derechos morales (inalienables y naturales) anteriores y preexistentes a cualquier regulación como principios, requieren en el intérprete un ejercicio intelectual, absoluta imparcialidad y razonabilidad para asegurar normas que aseguren el respeto a la persona humana por su condición de tal.

Conclusiones

Según el criterio utilizado *ab initio* del trabajo, con los recursos del diálogo de argumentos aún disímiles, habiendo abordado los distintos fundamentos de las ideas opuestas de la misma problemática social, que aparecen como problema social, político, jurídico y hasta religioso (en su diversidad cultural e ideológica) hemos encontrado las razones de mayor peso, tanto en la esfera de la legalidad como en la legitimidad del sistema de derechos. Este, entendido como sistema jurídico cerrado o semicerrado (dogmático), y como sistema abierto e integrante de otros subsistemas respetuosos de los derechos humanos, como lo son la vida y la salud en el respeto a la finalidad estructural que interesa a la coherencia intra sistemática.

Hemos contrastado las posturas disímiles con los fundamentos de los derechos humanos como fines valiosos en sí mismos. Consideramos que todas las posturas utilitaristas en el sentido *in extremis* se basan en el uso del poder y la publicitación masiva. Las doctrinas intermedias o moderadas de utilidad social, con referencias mínimas a la ética, coinciden en bregar por el respeto al *statu quo* de los derechos consagrados, como los derechos humanos esenciales de progreso social y de las libertades en un sentido amplio, sin atender a otros valores religiosos o morales fundantes (libertad de credo, educación sexual y moral de conciencia, como tales definidos y por ello protegidos) no admitiendo al aborto, por defender **la vida como derecho o contenido ético mínimo del derecho.**

Plano ético

Con respecto a las posturas éticas, en este esquema argumental de derechos definidos, no todas las teorías de la ética que defienden la vida promueven los nuevos derechos y garantías y quizás hasta se oponen, en un sentido ideológico, con una cierta resistencia pasiva. No obstante, dentro del esquema legal y protectorio de los derechos humanos, esta oposición queda en un nivel ideológico, ya que no resisten el plano legal si son contrarios a los nuevos derechos y garantías reconocidas en nuestro paradigma legalista, que no legitiman la discriminación de ninguna persona por ser contraria a la dignidad humana y atentan contra la tolerancia democrática con consagración real del derecho de igualdad y libertad humanas.

Pero huelga decir que todas las éticas, incluidas las religiosas o con valores religiosos de respeto a la vida, tienen matices muy diversos, aunque son consistentes en la misma definición de derecho a la vida y de su eticidad; siendo proclives a no incluir al aborto como derecho ni bien valioso. Sostienen, por sus razones filosóficas y morales, que cualquier restricción del derecho a la

vida es una intromisión al poder nacional y soberano y que en las hipótesis de un utilitarismo extremo el resultado es la lisa y llana eliminación de los derechos humanos como bienes jurídicos protegidos.

Derechos, en este caso, definidos como tales y por ende protegidos como la vida y la salud desde el inicio de la personalidad humana como valor y también como una utilidad esencial al progreso moral de un pueblo soberano. La ética a favor de la vida.

El eje problemático del debate es una cuestión de los propios intereses sociales en juego y una búsqueda de legitimarlos o de lograr los consensos, advirtiendo una tensión entre los poderes y los derechos comprometidos en la problemática del debate. En esta tensión en la que se mueven las sociedades y más allá de las ideologías sociales y políticas en pugna o los intereses en juego, se trata de analizar, en un diálogo amplio, los intereses comprometidos en el mismo poder de todas las instituciones de una sociedad y los derechos humanos que son preceptos constitucionales y que comprometen seriamente estos intereses y el poder soberano o del pueblo de la Nación argentina. Se presenta un estado de tensión inusual entre “el poder” y los derechos comprometidos en la problemática del debate, entendiendo -desde un sentido sociológico- que el poder incluye tanto al físico como al político, al igual que muchos otros de los tipos de poder.

Esto es coherente al respeto a la ideología de principios democráticos de la Constitución nacional, la soberanía jurídica y política guiada por los valores democráticos y de justicia social. Estas pautas rígidas están inmersas sólidamente y racionalmente en la tolerancia democrática que contribuye con diálogo y razón a una justa tensión entre poder y derecho. Es decir, las corrientes éticas sostienen la idea de justicia o de derechos humanos impuesta en la ética o ideario de los valores jurídicos, protegidos en la propia Constitución nacional. Es sistemáticamente coherente con el plexo jurídico de constitucionalidad y es fruto de una clara premisa legal y filosófica principista, que se basa en algo definido previamente como principio por un orden científico y jurídico concluyente.

La definición de la vida desde la concepción y el derecho a la salud desde ese comienzo como la propia maternidad y la familia son inseparables de la persona humana, definida por su propia dignidad y racionalidad humana por la Constitución de la Nación Argentina. El ser humano es un fin en sí mismo, razón por la cual concluimos que, en nuestro derecho, estos valores de la vida y de la salud son derechos humanos fundamentales desde el inicio y como tales están jurídicamente protegidos y claramente definidos para su protección.

Plano jurídico

La Convención sobre los Derechos del Niño (1989) y sus principios define los bienes jurídicos protegidos con una protección constitucional como derechos humanos: 1) máxima protección del status del embrión y de la vida desde la concepción, definidos como vida humana (derechos del niño y protección integral por etapas); 2) derecho a la vida y a la dignidad; 3) persona humana considerada desde la concepción; 4) principio de protección integral derechos; 5) derecho a la no discriminación en materia de salud y vida, (dignidad y protección integral de los seres humanos y de la vida, sin contar el grado de desarrollo o madurez o capacidad laborativa); 6) no discriminación, sentido amplio de protección de los derechos de los niños por nacer; 7) autonomía universal de los derechos del niño; 8) principio de igualdad y no discriminación, a partir del cual se encomienda a los Estados aplicar la Convención sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño; 9) rol activo del Estado para su protección (responsabilidad); 10) derecho a la salud como comprensivo e indisoluble de la vida; 11) del embarazo, como estado de salud y especial protección; 12) organización y rol de la familia como célula social básica, con deber de protección de los derechos de la minoridad; 13) derechos a los valores sociales e individuales de la persona como ser social y de protección al más débil de la escala social (*favor debilis*). Todos los niños tienen esos derechos desde la concepción y como seres íntegros¹².

Supremacía constitucional

La Constitución nacional es la ley fundamental que otorga eficacia y validez a toda la estructura jurídica del sistema (función jerárquica y función de control). El fundamento de los controles constitucionales es el mantenimiento del Principio de Supremacía Constitucional y es consecuencia de la doctrina de las leyes fundamentales (hay leyes que fundan y organizan un Estado) y de la del derecho natural (el hombre tiene derechos anteriores al ordenamiento), ya que al existir leyes fundamentales o leyes naturales (el derecho las reconoce) estas deben ser supremas respecto de cualquier decisión humana que las contraríe –aun cuando emane del Parlamento- y que, además, no deben ser fácilmente reformables como las leyes inferiores.

Según la Constitución, la protección de la niñez incluye a la persona “ser humano” en cualquiera y en todas las etapas de su desarrollo. Esta interpretación se amplía a favor de los

¹² Resumimos los principios de legalidad y justicia que sustentan los derechos humanos universales de los niños.

derechos del hombre e incorpora, en múltiples tratados internacionales -bajo un criterio hermenéutico- el rasgo fundamental de los derechos humanos, en virtud del cual se debe estar siempre a favor de la persona. Esto implica que se debe acudir a la norma más amplia o a la interpretación pro hombre o ser humano, y debe tomarse la interpretación más favorable a la validez del derecho, incluso más cuando el derecho que está en juego es el derecho a la vida.

Ética y ciencia

La bioética es ética con referencia deontológica, lo que refiere a la ciencia de lo justo en las conductas humanas y a sus principios rectores. La ética aplicada a las ciencias médicas o biológicas recoge principios morales, éticos o presupuestos gnoseológicos.

Relacionado con la deontología como parte de la axiología jurídica o como rama de la filosofía se la ha conceptualizado como la reflexión filosófica sobre los problemas éticos que se plantean en el contexto de la medicina y las ciencias biológicas, con sólidas relaciones con la epistemología o la filosofía de la ciencia médica o biológica. Es interdisciplinaria y propone el diálogo argumentativo y la discusión racional acerca de la ética aplicada a estos campos del saber. Su objeto es encontrar una coincidencia moral de aceptabilidad común en una sociedad pluralista y secular.

Por lo tanto, la medicina y ética deben ir de la mano en la incorporación de los avances científicos y las prácticas médicas sobre humanos.

Desde un punto de vista bioético, entendemos que los derechos humanos han precisado de los valores que deben promoverse en las investigaciones y la práctica médica. La ciencia debe guiarse de los valores y principios fundamentales de los derechos humanos, con un principio inicial y natural: valen para todo hombre sin distinción ni discriminación. El respeto a los derechos humanos ha de ser exigido de modo responsable a los científicos y es en este punto donde encuentra sentido la discusión acerca de temas como el aborto o la eutanasia, principio y fin de la vida, fines a los que el médico debe servir y respetar según el juramento hipocrático.

Merece la pena reflexionar acerca de los fines o bienes afirmados en el juramento hipocrático que el profesional médico tiene que promover, preservándolos, manteniéndolos o dándolos a conocer. Hay pocas cosas más significativas para la filosofía de la medicina y para la ética médica que una reflexión acerca de estos fines de la ciencia y práctica médicas y las formas obligatorias, lícitas e ilícitas de promoverlos o de actuar contra ellos.

Ante esto, resulta pertinente tener en cuenta los siguientes puntos: a) los fines y bienes a los que el médico debe tender y promover; b) la existencia de formas de promover estos fines que son obligatorias, buenas y deseables mientras que otras son incorrectas y algunas son objetos de elecciones non-obligatorias; c) cada uno de estos bienes, a los cuales el médico ha de servir, pueden ser reemplazados por males respectivos. Esta es una de las tentaciones del médico y, por tanto, la aspiración a estos bienes no es necesaria, sino objeto de una elección libre; d) la finalidad de la acción médica -que constituye la verdadera forma y esencia de la profesión médica- solamente puede ser comprendida por referencia a verdades filosóficas que caen fuera del alcance de la ciencia empírica.

Entonces, ¿cuál es la finalidad del derecho o cual es el bien jurídico protegido? O, en definitiva, ¿cuál es la esencia de ese derecho? Esta surge de la propia definición de derecho, la cual refuerza el marco protectorio de los derechos naturales o humanos que no necesitan ser reconocidos para ser respetados y, como tales, se han definido y protegido legalmente: derecho a la vida, status jurídico del *nasciturus* como un bien jurídico, que entiende la vida y la salud humana del embrión en su naturaleza de ser humano como integralidad y desde el inicio, como etapa de desarrollo hasta el fin de su vida. Siguiendo a Finnis (1990) entendemos que es coherente a este desarrollo y a la premisa inicial, que se incorporen los principios de la ética y bioética como disciplinas auxiliares que se ocupan del ser humano como base del sistema de derechos humanos; vinculando derecho y moral racionalmente desde el inicio.

En este marco, también corresponde dar a los conceptos su real significado, un sentido antropológico que atiende a la esencia humana y al individuo con su realidad trascendental y su ética de libertad. Dentro de este esquema abierto, tolerante de la diversidad cultural y a la incorporación de los derechos humanos a la ciencia del derecho, entendemos la realidad jurídica y moral del derecho como integrado, respetando todas las posturas con base en la racionalidad y la neutralidad. Esta última exige adecuada fundamentación y diálogo permanente de razones.

El derecho natural aparece racionalmente como producto espontáneo del diálogo consensuado de actores civiles, sociales y políticos, que debaten la problemática, éticamente sobre el principio y fin del derecho. Puede tener su origen en un posible pacto humano universal, fruto del razonamiento que toma el concepto ser humano como ser individual que se respeta a sí mismo y es la “esencia vital” de toda la regulación existente acerca de la persona humana. Instrumentalmente, sirve para dar materia o contenido jurídico a la formulación abstracta de los valores de justicia,

libertad y dignidad con un sentido positivo, llamado a reencauzar o reformular el contenido de las normas positivas con el fin de respetar su contenido fundamental ideológico.

Como contrapartida, el Estado, para ser legítimo, tiene una obligación vital y fundamental de respetar la dignidad del hombre como ser libre y autónomo con poder de autodeterminación. Es, además, su obligación como delegación natural de su poder coercitivo el imperar por conductas moralmente valiosas en una sociedad que respeta ideológicamente los derechos humanos.

También se ha reafirmado, con sentido universal, el poder coactivo del Estado, más allá de las razones morales relativas a su sistema ideológico, tales como la seguridad, la certeza, la paz social, etc. El sistema no se conforma con la vigencia normativa estática de las prescripciones de sus normas positivas, sino que dialoga los fundamentos de los problemas jurídicos con esta inspiración humanizada que se ha legalizado, sin descartar ninguna, pero sin renunciar a la coherencia y a la compatibilidad del propio sistema de derechos, vinculados al sistema mayor de derechos humanos, en absoluta coherencia y significado o finalidad de su protección.

En la definición material del término de justicia, vinculado a los derechos humanos, universales, naturales e inviolables han logrado mentar sistemáticamente el esquema de los intereses legítimamente protegidos como derechos propios o esencialmente humanos. Se les ha dado forma de prescripciones legales para coaccionar su natural existencia como derechos vigentes y/ o derechos humanos, estableciendo definitivamente las bases para la existencia de una teoría general de los derechos humanos como ideología, base esencial y material del sistema jurídico.

El ser humano es un fin en sí mismo y los derechos humanos son asimismo principios regulatorios que integran el sistema como un todo ordenado y coherente.

Entonces, ¿cómo abordamos la premisa inicial?

Llegados a este punto, cabe inferir la respuesta afirmativa a la premisa inicial, que es necesario definir la esfera de protección jurídica del derecho a la vida y la salud. Los derechos deben o necesitan racionalmente ser definidos dentro del sistema jurídico para efectivizar su protección jurídica, desde el razonamiento argumentativo y el diálogo.

En nuestro derecho argentino, los valores de la vida y de la salud son derechos humanos fundamentales desde el inicio de la vida y son inherentes a todo ser humano. Como tales, están jurídicamente protegidos y claramente definidos para su protección.

En palabras de Carmen Polledo (2018), la vida es el presupuesto condicionante de las restantes especies del género libertad y la protección de ese derecho desde la concepción, un principio de rango constitucional.

Para culminar, traemos las palabras de Ángel Ossorio (como citó Melendo en el Prólogo, 2014): “A nuestro autor le interesaba el derecho como medio de alcanzar la justicia y en cuanto fuese expresión de la razón” (s/p). A este respecto, creemos que es clave tener razón y expresarla de acuerdo con el derecho, para obtener justicia. En palabras de Melendo (2014):

Ten fe en el derecho, como el mejor Instrumento para la convivencia humana; en la justicia, como destino normal del derecho; en la paz, como sustitutivo bondadoso de la justicia; y, sobre todo, ten fe en la libertad, sin la cual no hay derecho, ni justicia, ni paz.

Derecho, justicia, caminando, juntos por un campo único, de manera que quien tenga la razón la vea reconocida por el derecho y amparada por la justicia. Y en ese poner la razón antes que el derecho estriba su obsesionante tendencia a la sencillez; el derecho ha de ser sencillo, claro, fácil, porque sus normas no están dirigidas a iniciados sino a todos los ciudadanos.

Su oratoria es, ante todo, forense en su tendencia al diálogo y a la publicidad; es la exposición natural y humana de quien está defendiendo una causa que cree justa y la defiende con parcialidad correcta: el saber hablar y también saber escuchar, porque sólo así, escuchando y sabiendo escuchar, se puede llegar a dialogar. (Ossorio, A., Prólogo de Melendo, 2014).

Referencias bibliográficas

Argentina. Código Civil y Comercial de la Nación (2014). *Ley 26.994*. Recuperado de http://www.saij.gob.ar/docs/codigo/Codigo_Civil_y_Comercial_de_la_Nacion.pdf

Argentina. Constitución de la Nación Argentina (1994). Recuperada de <http://www.saij.gob.ar/0-nacional-constitucion-nacion-argentina-Ins0002665-1994-08-22/123456789-0abc-defg-g56-62000scanyel> .

- Argentina. Corte Suprema de Justicia de la Nación (2012) *F.A.L. s/ Medida autosatisfactiva*. Recuperado de <http://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires--medida-autosatisfactiva-fa12000021-2012-03-13/123456789-120-0002-1ots-eupmocsollaf> .
- Barilko, J. (2010). *Reflexiones filosóficas los múltiples caminos a la Verdad*. Libro Póstumo. Argentina. Editorial El Ateneo.
- Bidart Campos, G. (1996). Control de Constitucionalidad en *Manual de la Constitución Reformada*. Buenos Aires, Argentina. Editorial Ediar.
- Bidart Campos, G. (1991). *Teoría general de los derechos humanos*. Argentina. Editorial Astea.
- Bodenheimer, E. (1994). *Teoría del Derecho*. México. Fondo de Cultura Económica.
- Buber, M. (s.a). *Yo y tú (filosofía del diálogo)*. Recuperado de <https://ri.conicet.gov.ar/author/23804>
- Convención Americana de los Derechos Humanos (1969). *Pacto de San José*. Recuperado de https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm .
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (1983). *Opinión Consultiva OC-3/83*. Recuperado de https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_03_esp.pdf .
- Diccionario de la lengua española, 23.^a ed., [versión 23.4 en línea]. <https://dle.rae.es> [07/07/20].
- Dworkin, R (1998). *El dominio de la vida*. Argentina. Editorial Ariel.
- Finnis, J. (1990). *Ley natural y derechos naturales*. Buenos Aires, Argentina. Editorial Abeledo Perrot.

Hart, H. (1980). *El positivismo y la independencia entre el derecho y moral*. México. Fondo De Cultura Económica.

Korzeniak, J. (2015). *El derecho a la vida supone el derecho a nacer, el derecho a existir y el derecho a sobrevivir*. Recuperado de <http://revistaderecho.um.edu.uy/wp-content/uploads/2015/09/El-derecho-a-la-vida.pdf> . Consultado el 30 de noviembre de 2019.

Laje, A. [Lazos de Amor Mariano] (17 de febrero de 2018) *¿Ideología de Género o Manipulación cultural?* (Agustín Laje - Nicolás Márquez) [Archivo de video]. YouTube <https://youtu.be/43Fm4RpZnUI>

Laporta, F. (1989) *Ética y Derecho en el pensamiento contemporáneo*. Historia De La Ética. (s.l) (s.n)

Ley 27.610 de 2020. Acceso a la interrupción voluntaria del embarazo. 30 de diciembre de 2020.

Mosset Iturraspe, J. (2011). Daños a la salud. *Revista derecho de daños*.

ONU. Asamblea General (1989). *Convención sobre los Derechos del Niño*. 20 noviembre 1989. Recuperado de <https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf> .

Ossorio, A. (2014). *El alma de la toga*. Prólogo a la séptima edición, comentado por Santiago Entis Melendo. Argentina. Editorial Biblioteca Jurídica Praxis.

Polledo, C. (19 de junio de 2018). Sobre la libertad. *Télam*. Recuperado de <https://www.telam.com.ar/notas/201806/291372-sobre-la-libertad.html> .

Zamora, F. (2015). *Constitución e ideologías*. Recuperado de <https://www.nacion.com/opinion/foros/constitucion-e-ideologias/IRAGPGGP35D5RNBETUUTFP2AME/story/> . Consultado el 25 de marzo de 2019.