

La Era Principialista

Javier Gallego Saade*

Cristhian Scholz Cárdenas**

Resumen

Se hace referencia a lo que hoy entendemos por 'principialismo' en el contexto de la argumentación propia de la ética práctica. Se analizan las ventajas y problemas de esta forma de argumentación en relación a la deliberación propia de los contextos jurídicos. Con esto, se adopta un enfoque crítico en torno a la supuesta necesaria vinculación al principialismo ético desde la argumentación jurídica, a través del análisis de fallos donde se despliegan argumentaciones en torno a problemas como la definición de la vida, muerte, la licitud del aborto y similares, por lo que se hará un extenso análisis de importantes fallos chilenos donde se discutió a nivel constitucional la procedencia de tales formas argumentativas en el plano ético y jurídico.

*Gallego Saade, Javier. Estudiante de pre-grado, Séptimo semestre. Escuela de Derecho, U. de Chile. Ayudante de Filosofía (de la) Moral e Historia de la Filosofía del Derecho.

**Scholz Cárdenas, Cristhian. Estudiante de pre-grado, Séptimo semestre. Escuela de Derecho, U. de Chile. Ayudante de Derecho Romano.

Palabras Clave

Ética práctica, Bioética, Principialismo, Pluralismo, Sistema de referencia moral.

I- ARGUMENTACIÓN EN TORNO A PRINCIPIOS

Pluralismo ético y argumentación

No presentaremos ninguna tesis realmente novedosa en este ensayo. Al menos nada que no sea reconocible desde un punto de vista crítico respecto de la forma en que argumentamos. El enfoque crítico puede consistir o bien en lo 'saludable' de nuestra práctica argumentativa, o bien en el contenido de esa práctica y los componentes en torno a los cuales giran nuestros argumentos.

Ambas ideas están interrelacionadas, más la primera dice relación con 'cuanto usamos' la práctica para llegar a soluciones concretas en nuestra vida en comunidad, y la segunda se refiere a la forma en que llegamos a las soluciones, lo cual supone, una vez que nos enfrascamos en un ámbito relacional determinado (como es el argumentativo) la observancia de ciertos esquemas normativos cuya aptitud de subsunción está dada en último término por el consenso, sobre la base de realidades heterogéneas más o menos aceptadas por todos los hablantes. Ésta es la idea central de una ética pluralista como la que plantea el profesor Miguel Orellana¹; la cual propone un entendimiento amplio de lo que denominamos 'práctica argumentativa', en torno a la aceptación de la existencia de ciertas respuestas a las cuales no se puede llegar mediante la observación del entorno o aplicación de ciertas reglas propias de un sistema formal. Dicha aceptación supone por convención la necesidad de adoptar una 'postura ética' para lograr las respuestas a aquellas preguntas mediante la argumentación.

En nuestros tiempos, se suele distinguir entre el razonamiento (práctico, o argumentativo) propio de los sistemas institucionales, de aquél que se desarrolla fuera de contextos institucionales. Nuestra propuesta en este ensayo es reconocer que desde la década de los setenta con el

¹ORELLANA BENADO, M. E. 1994. Pluralismo: una ética del siglo XXI. Santiago de Chile. Ediciones Universidad de Santiago, p. 27

advenimiento de la Bioética como ética práctica, tal distinción resulta algo difusa, precisamente en aquellas instancias en que la deliberación tiene lugar en torno a la aplicación de reglas existentes en contextos institucionalizados (como el derecho), pero donde el debate de fondo supone la búsqueda de una respuesta, la cual, pudiendo requerir un sistema regulativo propio, tiene lugar tanto fuera, como dentro de contextos institucionalizados.

Hemos dicho que tanto fuera como dentro de este clase de ámbitos, nuestra existencia comunitaria heterogénea requiere de una ética dominante de nuestras prácticas argumentativas - las cuales están al servicio, a su vez, de dilemas tanto éticos como jurídicos, o de otro tipo – que inste a un reconocimiento respetuoso de la dignidad de nuestros interlocutores, y que comparta las pretensiones racionales de universalidad de los discursos. Se trata de la realidad actual, desde el aporte filosófico de Habermas, que es posible reconocer en la práctica, en cualquier conversación cotidiana en torno a la complejidad, verbigracia, de los mecanismos de la técnica biomédica avanzada al servicio de la especie humana.

La cuestión a la que queremos apuntar en este ensayo, dice relación con la observación del despliegue teórico de las últimas tres décadas, que ha caracterizado a la práctica argumentativa propia de contextos institucionalizados (jurídica) y a aquella fuera de ésta (ética), en torno a una misma construcción: argumentación en torno a principios.

Argumentación jurídica

En lo que respecta a la argumentación jurídica, desde el aporte de Ronald Dworkin se asentó la idea de que preguntarse por la importancia de los principios en el Derecho no es simplemente preguntarse por los presupuestos metafísicos de un sistema cuya pretensión de coherencia soporta la necesidad de reglas que doten de una especial aplicación a sus normas, las que a su vez, pretenden regular el comportamiento de los sujetos en la comunidad política. Supone, más allá, preguntarse por los límites de la aplicación de este sistema y por la pretensión de racionalidad del mismo, observable en el momento de la adjudicación, es decir, en el momento en que los jueces –quienes son los llamados a ejercer una función institucional que dote de coherencia y congruencia al sistema en su aplicación – deben aplicar la norma jurídica general al caso particular. Este momento de necesaria pretensión de racionalidad justificante aporta también una instancia de racionalidad deliberativa, desde cuando es posible cuestionar las decisiones

de los jueces en base a parámetros normativos y morales. Gracias a esto último, mucho se ha podido escribir al respecto y muchas construcciones teóricas se han adoptado, todas intentando explicar el fenómeno de la justificación racional de la decisión judicial.

Estas instancias de racionalidad y deliberación, cuyo fundamento es la reafirmación de la instauración del Estado de Derecho y el principio de servicialidad del Estado, son perfectas para reconocer el Derecho como una institución cuya pretensión de coherencia va más allá de lo meramente "intra-sistémico". Con esto queremos decir que la cuestión pasa por reconocer la importancia de lo "inter-sistémico", lo que finalmente nos lleva a identificar la posición del Derecho como fundamento del auto-gobierno. En efecto, reconocer la importancia del Derecho, y del proceso judicial en el que las normas jurídicas encuentran aplicación y en definitiva, existencia material, significa reconocer su relación con el fenómeno humano de la "institucionalización", contextualizado dentro de la instauración de la comunidad política entendida como una sociedad organizada en búsqueda de la seguridad y la justicia.

De esta manera, mirar "el derecho más allá del derecho" es observar la práctica judicial como la instancia en que es relevante cuestionarse la configuración del sistema jurídico en tanto sistema.

Dos concepciones del Derecho han intentado, según el autor Ronald Dworkin, servir como guía práctica de entendimiento de la función judicial, en virtud de la existencia de estas pretensiones recién presentadas: el llamado "convencionalismo" y, por otro lado, el "pragmatismo". En su obra *Law's Empire*, Dworkin abandona ambas concepciones, cuyo fundamento se encuentra detrás del sentido natural y obvio, en principio, de sus nombres, modificando sus pretensiones y transformándolas en unas jurídicas (apuntando a la finalidad de establecer una teoría general del derecho).

Para responder, por lo tanto, a la pregunta sobre la razón de la ineficiencia general de las teorías que preceden al autor, Dworkin introduce su propia concepción del Derecho, que contiene aquello de lo que carecen tanto el convencionalismo como el pragmatismo.

Una de las cuestiones más novedosas de la tesis de Dworkin es su negación de lo que hasta su tiempo era entendido como el positivismo imperante basado en la construcción teórico-hipotética de una regla abstracta

que permitía distinguir el Derecho –atendiendo a las fuentes de donde, en virtud de esta regla abstracta, provenía – de aquello que no es Derecho. La regla abstracta en cuestión ha recibido distintos nombres, pero es a la tradición de las teorías semánticas sobre el Derecho a las que Dworkin dirige su mayor ataque.² Nos referimos básicamente a las teorías de John Austin y de H.L.A Hart.³

El punto central de la controversia radica en lo que Dworkin llama la “tesis de las fuentes de Hart”⁴, en virtud de la cual, los casos difíciles –a los que se hará referencia más adelante – habrán de solucionarse siempre acudiendo a las “fuentes sociales de donde proviene el Derecho”, en concordancia con la relación socio-jurídica entre hábito y práctica normada, es decir, a la legislación, al precedente judicial o a las costumbres.

El punto de Dworkin es que en ciertas instancias que permiten una deliberación y una confrontación en relación a la “respuesta correcta” a un problema sobre aplicación del Derecho, que finalmente puede traducirse en un problema relativo a la pregunta sobre “qué es el Derecho”, las formas argumentativas posibles que han de invocar los deliberantes –concedores del Derecho, es decir, abogados, jueces, estudiantes de Derecho – deben necesariamente *invocar principios* cuyo contenido moral se traduzca en la base sustancial del argumento mismo, constituyéndose éste en la “mejor respuesta” que el deliberante puede invocar, es decir, en el “mejor argumento posible” para justificar la decisión correcta (lo que encuentra aplicación práctica en el momento de la adjudicación, cuando la respuesta no se encuentra en la mera subsunción normativa, es decir, en los ‘casos difíciles’)

Aquí radica la importancia de la superación dworkiniana al convencionalismo y pragmatismo, y la fuerza de su tesis sobre la necesaria integridad del Derecho en tanto sistema con pretensiones de coherencia y congruencia “inter-sistémica” (institucionalidad), en virtud de la cual la práctica de “aplicar el Derecho” y en definitiva de “darle vida” no pasa simplemente por la sujeción a un texto legal o un precedente judicial, sino más bien por un entendimiento dual de lo que el Derecho representa

² DWORKIN, RONALD. 2004. Hart’s poscript and the character of political philosophy. New York. USA. Oxford Journal of Legal Studies N° 24., pp.1-37.

³ DWORKIN, RONALD. 1986. Law’s Empire. Cambridge, Massachussets, USA. The Belknap Press of Harvard University Press., pp. 31-43.

⁴ DWORKIN, RONALD. *Hart’s poscript and the character of political philosophy*, p. 4.

entendido como un todo; esto es, una historia de aplicación que se encuentra en las soluciones a casos anteriores al momento de la adjudicación, y el entendimiento de la importancia de la práctica presente mirando hacia el futuro y hacia las soluciones a casos venideros, con una apriorística pretensión de consistencia en relación a las posibles soluciones futuras.

Así presentada la teoría de la integridad del Derecho, aparece manifiesta la importancia que juegan los principios y las directrices, ambos diferenciables de las normas jurídicas.

La cuestión central del argumento pasa por comprender que el Derecho, visto como un todo, está basado en principios, mientras que la política lo está en intereses.⁵ De esta forma, el Derecho no es dúctil (o no lo es tanto) como la política, por lo que no puede auto-tematizarse en orden a servir los “intereses” a los que sirve la política, que son de la sociedad.

Se ha dicho que los principios existen como fundamento de las normas jurídicas, pero a la vez como herramienta de interpretación de las mismas ante un caso de oscuridad: ¿Qué significa esto?

Para responder, tenemos que situarnos en el paralelo presentado anteriormente entre principialismo ético y jurídico, para lograr comprender el papel que cumplen en estas teorías (aquellas que ordenan la práctica argumentativa en torno a principios), la relación transitiva que va desde el fundamento del principio en sentido abstracto y general, hasta el fundamento de aplicación, es decir, las razones que como hablante competente, se pueden invocar para justificar la utilización de un principio determinado como base de *mi* decisión (ética, jurídica o política).

Una propuesta acorde a la exigencia de una ‘conexión de transitividad’ entre principios y normas la entrega Robert Alexy⁶, quien reconoce la importancia de la teoría de Dworkin y la superación que su trabajo representa a las teorías semánticas sobre el derecho (Austin, Hart).

⁵ Para una aproximación a esta distinción desde la óptica dworkiniana véase ATRIA, FERNANDO. 2005. El Derecho y la contingencia de lo político, En: Derecho y Humanidades, N° 11.

⁶ ALEXY, ROBERT. 2003. Sobre la estructura de los principios jurídicos, en Ratio Juris N° 13.

El aporte de Alexy consiste en reconocer la necesidad de una regla de transitividad que exija una conexión entre los principios y las reglas a que éstas subyacen. Esta conexión estará dada (según Alexy) por la “función optimizadora” que los principios cumplen en tanto mandatos dirigidos a aquel destinado a aplicar las reglas (en lo que a nosotros respecta en este trabajo, los jueces). La distinción entre principios y reglas se hace relevante cuando dos reglas colisionan, estableciéndose la petición de un principio singular de aplicación particular para ese caso de colisión (en el que se entiende que también colisionan los principios). El establecimiento de este principio singular estará dado por un principio universal representado por la “Ley de la ponderación”⁷, la que básicamente impone un estándar de proporcionalidad a la vez que reconoce la existencia abstracta de un “contenido esencial” en los principios.

Hasta aquí la relación con la tesis de Dworkin presentada es evidente; sin embargo, gracias a la influencia del pensador Klaus Günther, la tesis de Alexy cambia de rumbo para terminar postulando una independencia de los principios como “mandatos que *deben* (ellos, en sí mismos) *ser optimizados*”⁸. Ahora bien, parece ser aceptado por todos que los principios como directrices (es decir, como reglas) encuentran ‘circunstancias de obligatoriedad’, tanto en el ámbito de lo ético como de lo jurídico. Así, en una discusión sobre la solución que debe entregar *el* derecho, la circunstancia de obligatoriedad debería asimilar la instancia de discusión con la presentación ante los hablantes, de un caso que no resulta fácil de resolver. En la base de este reconocimiento se encuentra la importancia que Dworkin le adscribe a la discreción judicial como un elemento que cuidadosamente debe observarse en tanto supone la sujeción de la práctica argumentativa judicial a los principios del derecho.

Argumentación ética

En el campo de la ética práctica, es conocida la historia del ‘Informe Belmont’ elaborado por un grupo de eticistas pertenecientes a una comisión creada en Estados Unidos el año 1974, con el fin de generar un ‘catálogo’ de principios a los que ‘hablantes competentes’ habrían de acudir para solucionar sus problemas relativos al ‘contenido ético’ de situaciones que

⁷ ALEXY, ROBERT, Op. Cit. p. 407

⁸ ALEXY, ROBERT, Op. Cit. p. 409

eran el resultado de la ejecución de mecanismos de la avanzada técnica biomédica⁹.

No será sino hasta la publicación del libro de Beauchamp y Childress sobre principios de ética biomédica (al que haremos alusión más adelante), que se fundará una corriente de pensamiento denominada 'Principlismo', que en el campo de la ética práctica, postula la necesaria invocación de los principios de Autonomía (respetar el carácter autónomo de las decisiones humanas), Justicia (como igualdad, en concordancia con la tradición liberal de J.Rawls), Beneficencia (se debe buscar el bienestar de los seres humanos), No Maleficencia (debe evitarse el mal de los seres humanos, con una serie de consecuencias prácticas de aplicación); los cuales, con el aditivo teórico de Diego Gracia un tiempo después, obligarán a todos en el ejercicio de sus facultades (cuando éstas pudieran ser objeto de un reproche moral sobre los efectos de la acción en los seres humanos, o simplemente de un juicio crítico), en la medida en que no colisionen entre sí, situación en la cual nuestra argumentación deberá entregar las mejores razones para preferir un principio por sobre otro en el caso particular.

Mas allá del hecho de que podamos estar o no de acuerdo con estos principios, la existencia de ellos en el campo de la ética práctica marca la tónica de la 'era principlista', donde no sólo la argumentación en torno a la respuesta correcta debe ser considerada filosófica (y por tanto atender a los términos procedimentales de la ética pluralista de respeto y deliberación respetuosa) en el ámbito de lo jurídico, sino también en el ámbito de lo ético, complejizando la incorporación de determinadas directrices incluso a nuestras deliberaciones cotidianas¹⁰

Por todo lo dicho, nos parece que la propuesta del pensador Manuel Atienza en su obra "Bioética, Derecho y argumentación" resulta esclarecedora respecto de la importancia del papel que juega la invocación de un esquema principlista práctico, en el contexto de la ética argumentativa, con la lúcida convicción de que todo problema jurídico, es en último término un problema ético. En efecto, será en el contexto de la práctica jurídica donde

⁹ BUISAN, LYDIA.2007. Bioética y principios básicos de ética médica. En: CASADO, MARÍA, 2007. Nuevos materiales de bioética y derecho, México D. F, Fontamara.p. 77

¹⁰ O a menos debería existir esa posibilidad; de no ser así, la argumentación en el ámbito de la ética práctica en torno a principios estaría dada a los 'Comités de Ética' y vedados a los sujetos particulares. Además de 'institucionalizar' la práctica en un sentido más allá de lo meramente enunciativo, la consolidación de una configuración tal terminaría por 'sacralizar' los principios, des-transparentando nuestras prácticas deliberativas cotidianas.

la importancia de la teoría principialista de la argumentación ética desplegará su mayor importancia.

En esta línea, Atienza reconoce la importancia de las distintas formas que puede adoptar la práctica argumentativa cuando se trata de 'dilemas' propios de la Bioética (aunque claro está, hacer alusión a problemas que *pertenecen* a algún ámbito de la ética práctica pasa por alto en parte la falta de inocencia presente en tal aserción) y reconoce que "el control material de las argumentaciones morales puede ser normativo o fáctico: en el primer caso, se trata de enjuiciar el carácter fundamentado o no de los principios morales que necesariamente conforman alguna de las premisas del razonamiento"¹¹, describiendo el núcleo central de la aplicación del principialismo como construcción teórica. Es decir, reconoce Atienza un estadio argumentativo previo o posterior a la conclusión (que es) símil a la 'toma de postura' en el debate en torno a un dilema determinado; caracterizado por asentar el carácter 'fundado' del razonamiento en base a las premisas (principios) utilizados en la argumentación. Más adelante, Atienza razona en torno al contexto jurídico (institucionalizado) en el que puede ('debe') tener lugar el despliegue de este plano normativo del razonamiento práctico y reconoce que "el carácter institucionalizado del razonamiento judicial (en general del razonamiento jurídico) significa esencialmente que aquí rigen ciertos límites que tienen que ver con el funcionamiento de la institución y que no se dan en otros contextos"¹². Obviamente Atienza se está refiriendo aquí a la moral como límite de la argumentación *sobre* la naturaleza *del* derecho en lo que respecta a la aplicación de *sus* normas como solución a casos particulares.

Para concluir estas necesarias relaciones, haremos alusión en primer lugar, a la teoría de Ricardo Maliandi en la que el autor explica la manera en que los juicios morales son llevados a la práctica desde niveles de razonamiento cuya naturaleza es en principio abstracta, para luego derivar el resultado (referido a la creación y aplicación de principios éticos como directrices) a la distinción entre derecho y moral.

Maliandi propone observar el fenómeno de la 'argumentación ética' desde la perspectiva de la reflexión normativa que tiene lugar en diversos estadios posibles en la complejidad de la consciencia humana y de su dialéctica. Así, propone comenzar por la observancia de un estadio de *ethos*

¹¹ ATIENZA; MANUEL. 2004. Bioética, Derecho y argumentación. Editorial. Palestra-Temis, Lima-Bogotá., pp. 25-26.

¹² Ibid

prerreflexivo, cuyo carácter abstracto se ve concretizado en el nivel de la reflexión moral, donde en la quietud propia de la autorreflexión humana, es posible fundar premisas racionales sobre lo *bueno* y lo *malo*, y crear así categorías normativas morales.¹³ Prosigue Maliandi, describiendo el segundo nivel de reflexión ética, caracterizado por el cuestionamiento en torno a la validez de los *principios morales* que fundan la conclusión del razonamiento propio del nivel tanto prerreflexivo como el propiamente reflexivo (concreto).¹⁴ De este 'proceso' surgen premisas que justifican nuestras aserciones, resultando complicado e importante cuestionar éstas y revisarlas una vez que son aplicadas a casos concretos; es decir: de la pretensión de universalidad propia del estadio previo a aquél en el cual surgen las conclusiones del razonamiento, surge una posibilidad justificada de crítica en torno al modo de empleo de la ética práctica. Y es éste el punto que nos interesa destacar en este trabajo. ¿Es posible dotar a este 'proceso reflexivo' de normatividad? Maliandi al respecto despliega la crítica del pensamiento positivista, cuya conclusión obviamente niega la legitimidad del estadio de la ética normativa; esto sobre la base de la supuesta heterogeneidad de los códigos normativos. En otras palabras, para el 'prejuicio positivista', la moral no puede pretender autotematizarse de manera normativa sin caer en un profundo relativismo.

Al parecer de Maliandi y a la luz de su esquema de 'niveles de reflexión ética', este prejuicio lo que hace es precisamente desconocer el carácter descriptivo propio de lo normativo en el nivel de la ética normativa. En palabras del autor: "lo descriptivo tiene que ser en cada caso demostrado por medio de *argumentos*, y los actos de argumentación ya suponen necesariamente, como condición de posibilidad, afirmaciones normativas, afirmaciones que tienen que ver con ese "saber" originario {estadio prerreflexivo y reflexión moral autocomprensiva} que es constitutivo del *ethos* y que la ética normativa se ocupa en 'reconstruir'".¹⁵

De esta manera, surge la preocupación en torno a las condiciones óptimas de admisibilidad en torno a la deliberación ética respetuosa, en primer lugar, cuando se trata de contextos absolutamente des-institucionalizados, y en segundo, cuando es posible reconocer la existencia de premisas *pre-dadas* a los hablantes, teniendo éstos que asumir un

¹³ MALIANDI, RICARDO. 2004. *Ética, conceptos y problemas*. Buenos Aires. Biblio., pp. 45-53

¹⁴ *Ibid*, p. 54

¹⁵ *Ibid*, p. 56

compromiso de segundo orden con la premisas (lo que en el ámbito de la Bioética supone asumir compromisos con la distinción entre la incontingencia conceptual propia de la naturaleza humana, y la contingencia cultural de las identidades humanas, distinción que se encuentra en la base del discurso heterogéneo y de la ética pluralista de respeto¹⁶), lo que tiene lugar antes de (o después de) el compromiso que asumen los hablantes con las conclusiones de sus razonamientos morales.

Como se observa, nos limita la antigua discusión en torno a la necesidad de aplicación del supuesto de la pretensión de universalidad entendido como exigencia para discutir en términos de *lo razonable* o *lo racional* o incluso *pretensiones de racionalidad*.

Afortunadamente, en aquella discusión convergen el principialismo ético con el jurídico; en la idea de sujeción metodológica a prácticas comunes en orden a invocar premisas consideradas *razonables*, en miras a explicar los fundamentos de una práctica, y de la aserción en cuestión, que se inserta dentro de la práctica.

Ahora bien, ¿cómo conciliar esto con la distinción entre el razonamiento moral y el jurídico? Ya Dworkin en el marco de su teoría sobre la *Integridad* en el derecho, apuntaba que el sistema jurídico debía permanecer *neutral* frente a convicciones morales personales, o incluso culturales/comunitarias.¹⁷ El punto central radica en reconocer la diferencia entre el discurso jurídico y el discurso relativo a los dilemas éticos cuyas normas pasan a conformar un sub-sistema institucional originado al interior del sistema discursivo jurídico delimitado por su propia configuración coherente en términos intra-sistémicos.

De esta manera, es posible delimitar los dos problemas centrales que se han reconocido en este ensayo (y que son en gran parte, interdependientes) a la luz del advenimiento de 'la era principialista' en ética práctica y en filosofía del derecho; cuales son: la distinción entre la deliberación en torno a los problemas cuyos términos son denotados por los calificativos jurídicos, y por otro lado, la negación del prejuicio positivista y el reconocimiento de una cierta 'institucionalización' del discurso moral, cuando gira en torno a principios, como es el caso de la Bioética.

¹⁶ Sobre la distinción entre naturaleza e identidad humana véase ORELLANA, MIGUEL, *Pluralismo*, p. 70

¹⁷ DWORKIN, *Law's Empire*, pp. 96-97.

II- APLICACIÓN A LA PRÁCTICA ARGUMENTATIVA JURÍDICA CHILENA

A continuación nos centraremos en el análisis jurisprudencial, apreciándolo como el vivo ejemplo de una forma de argumentación propia de contextos institucionales donde debemos decidir si los niveles de reflexión ética desembocan en un resultado que pueden adjudicarse hablantes cotidianos, o está este reservado al lenguaje técnico, ya sea de juristas o eticistas. En concreto y además de lo dicho, nuestra pretensión es demostrar que el principialismo ético reformado con los sistemas de referencia de Gracia¹⁸, encuentra aplicación en la práctica judicial moderna de nuestro país, marcada por el alto contenido ético de sus disputas, que desbordan con creces el ámbito de lo jurídico, en el sentido de dar o no aplicación a una norma, o dotar al derecho de la capacidad de calificar (rotular y regular) una u otra realidad social. Por esta razón y en virtud de lo dicho hasta ahora, nos abocaremos al análisis exhaustivo de la argumentación desplegada en dos fallos seleccionados especialmente, en razón de la superposición deliberativa que en ellos tiene lugar, donde la preocupación comienza por reconocer el carácter vinculante de las conclusiones reflexivas derivadas del compromiso con el concepto de naturaleza humana.

Por esta razón, en los dos fallos que pasaremos a analizar, el tema central será el concepto de 'vida', con ello la aproximación negativa al concepto de 'muerte', y las consecuencias que tiene la incorporación de un sentido determinado de estos términos a nuestras fundamentaciones argumentativas.

Esperamos demostrar con esto que resulta menester pulir nuestras prácticas argumentativas en contextos institucionalizados reconociendo los principios en torno a los cuales giran nuestras afirmaciones, y en segundo lugar, que no es necesario mantener en suspenso la dificultad que esta sujeción deliberativa supone, con lo que nos parecerá absolutamente plausible, cualquier propuesta que apunte al 'refinamiento' de la doctrina principialista y con ello a una más aguda crítica respecto de la forma en que nuestros tribunales están argumentando cuestiones éticas.

¹⁸ Al que haremos alusión concretamente al analizar los casos, pero respecto del cual podemos adelantar la proposición de un esquema obligacional general relativo al compromiso moral innato en torno al concepto de naturaleza humana, pero que entra en discusión cuando se aplica en el caso concreto, esto es, en torno al concepto de identidades humanas.

*Requerimiento inconstitucionalidad artículos 7, 10 y 11 de la ley 19451, sobre Transplante y donación de órganos.*¹⁹

Esta discusión tuvo lugar hace más de una década en nuestro país, y sin embargo no ha sido aún abordada desde la perspectiva del principialismo bioético.

Se trata del requerimiento de inconstitucionalidad respecto de lo que hoy es el artículo 11²⁰ de la ley 19451, luego de que en virtud del artículo 7^o de la misma ley se disponga que “Para los efectos de la presente ley, se considerará como muerte la referida en el artículo 11”. Por su parte, para el artículo 11 “la muerte se acreditará mediante certificación unánime e inequívoca, otorgada por un equipo de médicos, uno de cuyos integrantes, al menos, deberá desempeñarse en el campo de la neurología o neurocirugía. Los médicos que otorguen la certificación no podrán formar parte del equipo que vaya a efectuar el trasplante. La certificación se otorgará cuando se haya comprobado *la abolición total e irreversible de todas las funciones encefálicas*, lo que se acreditará con la certeza diagnóstica de la causa del mal, según parámetros clínicos corroborados por las pruebas o exámenes calificados.”

En torno a esta norma, se ha planteado la discutida cuestión sobre la justificación moral de la aparente diferenciación que hace la ley²¹. El argumento principal en el que los requirentes fundan su petición es una supuesta vulneración al “derecho a la vida, e integridad física y psíquica” consagrado en el artículo 19n^o1 de nuestra Constitución. A primera vista, parece ser que la única manera que abordar este problema es desde la concepción utilitarista, por las razones que manifestaremos más adelante.

¹⁹ Rol 220, año 95

²⁰ En lo principal es la norma más controvertida, a cuyo análisis nos dedicaremos aquí.

²¹ La cuestión ha sido muy discutida sobre todo en el contexto del Derecho Penal; así, como reconoce Alfredo Etcheberry en torno al problema de definir el concepto de ‘vida’: “La cuestión más importante para los efectos legales es que para que un órgano pueda funcionar en un nuevo organismo, es preciso que conserve un determinado grado de vitalidad. Un órgano muerto por completo, funcional y celularmente, no sirve para ser transplantado. Se comprende el problema que esto plantea cuando se trata de transplantar órganos sin los cuales el donante (nombre que suele darse a la persona de cuyo cuerpo se extraen los órganos o tejidos) no puede sobrevivir. El caso más caracterizado (aunque no el único) es el del corazón. Todo esto ha llevado a la ciencia médica a proponer un *concepto de muerte* ligado al de la actividad cerebral, perceptible a través de un electroencefalograma plano, revelador de la ausencia de dicha actividad. Es el llamado inicialmente “coma sobrepasado”, y más tarde “muerte cerebral”. (Ver referencias bibliográficas)

Podemos adelantar sin embargo, que habrá evidentemente principios bioéticos en conflicto, cuya ponderación y valoración dependerá del significado que se atribuya a determinados conceptos, y del enfoque argumentativo que se adopte. De esta manera, los requirentes entienden el significado del término “vida” como el funcionamiento biológico de determinados órganos del cuerpo humano. Queda este hecho patente al plantear los requirentes el siguiente cuestionamiento: “¿Es legítimo, es moral, respeta el derecho a la vida y la integridad física de una persona, el que se la declare en estado de muerte, no obstante que su cuerpo siga vivo, a fin de permitir un trasplante de órganos a su persona?”

Al preguntarse los requirentes por la legitimidad moral de una medida que declara muertas a las personas “no obstante su cuerpo siga vivo” es evidente que asumen que el concepto “vida” debe asociarse a la existencia orgánica o material del cuerpo humano. Sólo desde este punto de vista puede argumentarse que la ley que declara muertos a los comatosos irreversibles²², vulnera el art19nº1.

En efecto, si se considera que hay una vulneración a un derecho consagrado por la norma constitucional, ello es posible sólo si a la vez se tiene en cuenta cual bien jurídico es protegido por aquella norma constitucional. De esta manera, es evidente que los requirentes consideran que la vida es un bien jurídico y moral valioso y por ello debe ser protegido. De todo lo dicho debe concluirse entonces, que al vulnerarse el bien jurídico “vida” se está causando un mal a sus titulares. O mejor: solo es entendible que los titulares del derecho a la vida vean vulnerado su derecho si se entiende que han sufrido un “daño” que afecta su esfera de vida e integridad física y psíquica. Con esto parece ser que los requirentes se acercan al principio de la *No Maleficencia*, que se expresa en la máxima “en primer lugar, no hacer daño”. Nótese sin embargo, que para Beauchamp y Childress el concepto de daño puede tener distintas acepciones. Entre todas ellas, la que adoptan estos autores es aquella que entiende el acto de dañar símil a “obstaculizar, dificultar o impedir que se cumplan los intereses de otro”²³ Sin

²² Usaremos el término “comatosos irreversibles” aunque pueda parecerle a alguien poco feliz para estos efectos. También debemos entender que la aplicación de la ley puede no sólo circunscribirse a casos de “muerte encefálica” (*brain death*) sino que extenderse a otras situaciones que den origen a un caso de coma irreversible. Es de esta interpretación extensiva de donde surgen las más fructíferas discusiones y argumentaciones.

²³BEAUCHAMP, TOM y CHILDRESS, JAMES. 2002. Principios de Ética Biomédica, Barcelona. Masson. p.183

embargo, no parece ser ésta la postura que favorece a los requirentes. Más bien, ellos parecen haber entendido el daño como un “detrimento o lesión causado a un bien de otra persona”. De esta manera, los comatosos irreversibles aún son titulares del derecho a la vida, pues aún gozan del bien “vida”, y si se los declara muertos, para el Derecho dejan de gozar del bien “vida” por lo que se les causa un mal, sufren un daño. Aparece aquí por primera vez la importancia patente de la delimitación de la disputa en torno al concepto de ‘vida’. Puede decirse que constituye éste el desacuerdo de primer orden, el cual resuelto habrá de dar lugar al desacuerdo de segundo orden; el cual debe advertirse, no tiene lugar de forma consecencial; de hecho, los argumentos fundados en principios se apoyan respectivamente en una determinada interpretación del concepto ‘vida’.

Ahora bien, otro principio o valor importante que a primera vista parece involucrado, es el llamado principio de la *Autonomía*, que se refiere al necesario respeto que se merece toda persona humana, respecto de las decisiones que toma y los planes de vida que traza para sí mismo, “aunque no haya reflexionado sobre sus preferencias en los niveles más altos”²⁴.

Puede parecer entonces, que una revisión más detallada del principio de Autonomía revele que en realidad no se trata de respetar el valor intrínseco del hombre de forma intuitiva, sino más bien es una hipótesis que se acerca a la idea de libertad positiva planteada por Isaiah Berlin²⁵. Entonces, si los requirentes hubieran de pensar que la ley afecta la autonomía humana, deberían asimismo entender que esta ley limita o suprime la capacidad de los seres humanos para decidir por sí mismos cuestiones que han de repercutir directamente en su integridad (por ejemplo: ser declarados muertos, o donar sus órganos, o por último: ser declarados muertos para donar sus órganos). Al parecer, es posible distinguir dos hipótesis en las que se puede argumentar que hay efectivamente una afectación a la autonomía humana. Se trata de dos calificaciones: En primer lugar: encontramos la calificación “ser humano muerto” que la ley hace una vez que se comprueban ciertas ocurrencias naturales. La ley habla de “*abolición total e irreversible de todas las*

Así, si X daña a Y, entonces X está impidiendo que Y alcance un objetivo que de otra forma podría lograr.

²⁴ Ibid, p. 115

²⁵ BERLIN, ISAIAH. 1998. El sentido de la realidad. Madrid. Taurus.

Nos referimos a la idea de que el hombre es libre en tanto es capaz de decidir por sí mismo un plan de vida racional y no ser esclavo de sus propias pasiones. Sin embargo esta idea a su vez se encuentra enfrascada en el contexto del “autolegislator kantiano” que Beauchamp y Childress consideran superado por sus principios.

funciones encefálicas". En segundo lugar encontramos la calificación "donante de órganos" que solo podrá aplicarse sobre la entidad que haya recibido la calificación anterior. Si éstas dos son las posibilidades, respecto de la primera debemos admitir que se trata de un punto controvertido. La pregunta que debemos hacernos en esta instancia es si podemos "plausibilizar" un argumento que favorezca la vulneración a la autonomía de un incompetente dado su deseo de no ser declarado muerto y en vez de eso, ser declarado vivo. El asunto es importante pues es evidente que el comatoso irreversible no puede tomar por sí mismo la decisión de ser declarado vivo o muerto. Beauchamp y Childress se refieren a esta situación calificando a aquél que no puede decidir por sí mismo como un "incompetente" y aquellos que deciden por él, como "sustitutos"²⁶. La cuestión entonces, se transforma en una verdadera asimilación del principio de autonomía al considerar el "juicio del sustituto" entendiéndolo como apto para representar los deseos del incompetente. Representación que alcanza situaciones tan extremas como decidir sobre la calificación de vivo o muerto del incompetente.²⁷

Es ésta aproximación práctica la que parece concordar con un entendimiento que resulta finalmente favorable al principio de autonomía, y nunca contrario.

Ahora bien, respecto de lo segundo, debemos decir que es una discusión hace tiempo zanjada; y lo está por la aplicación del "juicio del sustituto" antes mencionado. Lo importante es que nuestra legislación adopta el mecanismo de la decisión del sustituto y permite que sean donados los órganos de un incompetente si fue ésta su voluntad (cuando es un caso incompetencia sobreviviente y existió manifestación al respecto anteriormente) y también si es la voluntad del sustituto (cuando el sujeto siempre ha sido incompetente o bien no existió manifestación de voluntad.)²⁸

Por último, cuando los requirentes expresan que la aplicación de la ley *"viene a establecer que se puede estar muerto para efectos de trasplantes y*

²⁶BEAUCHAMP, TOM y CHILDRESS, JAMES. 2002, Op. Cit, p. 126

²⁷ Un ejemplo notable es el caso Brophy. BEAUCHAMP, TOM y CHILDRESS, JAMES. 2002, Op. Cit p.502. Aquí asumimos que se puede de forma paternalista decidir por el incompetente. Aún si es el Estado quien debe asumir esa tarea.

²⁸ Por lo dicho debemos concluir entonces, que no es admisible la postura que cree encontrar aquí una verdadera vulneración al principio de autonomía. Nótese que esta conclusión es independiente del concepto de "vida" que adoptemos. En efecto, pues la incompetencia no supone ausencia del bien "vida".

seguir estando vivo para todos los demás efectos legales", parecen contar con una poderosa arma anclada en el principio de *Justicia*, entendida en este caso como la distribución igualitaria de calificaciones. En efecto, pareciera que la ley establece distinciones donde no debería hacerlo. Creemos que esta postura debe desecharse por las razones que esgrimiremos más adelante.

Por ahora, hemos dejado pendiente el punto central de esta controversia, que viene a resolver varias situaciones que se han planteado a lo largo de esta exposición. Se trata del concepto de "vida" utilizado en la argumentación. Esta cuestión se plantea porque, como decíamos, los requirentes parecen entender que la vida es un bien valioso que debe ser protegido. Sin embargo, como advirtiera Jonathan Glover, afirmar la "santidad" de la vida no supone responder la pregunta: ¿Por qué es malo matar a otro?²⁹ Glover en su ensayo ofrece distintas fórmulas para acercarse a esta respuesta, y llega a la conclusión de que la pregunta en realidad apunta a la idea del valor intrínseco de la vida. En este punto, Glover analiza el valor intrínseco de otros bienes o estados, en los que es posible descomponer el bien "vida", como la conciencia o la misma condición humana.

Sin embargo, es a la postura del autor Peter Singer a la que adherimos en definitiva. Singer plantea que en la década de los 90' es posible reconocer una actitud jurisprudencial tendiente a aceptar un nuevo concepto de "vida" que se aleja del intuitivismo propio de la tesis de la "santidad" o del "valor intrínseco". Según Singer, la sociedad actual debe buscar una ética que no preserve cualquier vida humana, sino sólo aquella que "vale la pena vivir" (*worth living*)³⁰.

Ahora bien, es evidente que esta "reconceptualización" de la idea de "vida" está a su vez condicionada por la nueva forma de entender la "muerte". Singer, alaba como uno de los grandes hitos de la moderna Bioética, la adaptación de un nuevo concepto de muerte elaborado por el "Comité de la Escuela de Medicina de Harvard" creado Ad Hoc, para examinar la definición de muerte cerebral.³¹ Logrando con este nuevo

²⁹ GLOVER, JONATHAN. 1999. The sanctity of Life. In: KUHSE, HELGA and SINGER, PETER. Bioethics, an anthology. Oxford, UK. Blackwell publishers.

³⁰ SINGER, PETER. 1999. Is the sanctity of life ethic terminally ill? In: KUHSE, HELGA and SINGER, PETER. Op. Cit, p. 292

³¹ Report of the Ad Hoc Committee of the Harvard Medical School to Examine the Definition of Brain Death, en "Bioethics, an anthology: edited by Helga K. and Peter S.", Blackwell publishers, 1999, p. 287

concepto, superar el otrora aceptado concepto de muerte basado en la cesación irreversible de funciones cardiopulmonares.³²

Ahora bien, ¿Cuál es la importancia de esto? Ocurre que si logramos adaptar estos nuevos conceptos de vida y de muerte, podemos ver superado el intuitivismo propio de la postura que proclama la “santidad” de la vida o el “valor intrínseco” de ésta³³. Esto nos puede llevar a un nuevo plano argumentativo; específicamente, al plano argumentativo que defiende la constitucionalidad de las normas controvertidas de la ley que aquí discutimos.

Ahora bien, pasando ahora al análisis de la postura de la defensa; a primera vista, parece fundarse en un criterio utilitarista; por eso llamaremos por ahora a este criterio, la “Primera aproximación utilitarista”.

Para estos efectos, debemos remitirnos a la función estatal de producción de normas jurídicas. Como sabemos, el Derecho otorga calificaciones a diversos hechos que ocurren en la naturaleza, debido a que existen algunas cuestiones que requieren de una cierta institucionalidad jurídica para fines prácticos. En este orden de cosas, la “muerte” como un hecho natural del hombre, produce una serie de efectos jurídicos importantes. Así, el artículo 78º de nuestro Código Civil dispone que “*la persona termina en la muerte natural*”³⁴. Sabemos, que la comprobación del acaecimiento de la muerte natural será hecha por un profesional médico conforme a las normas pertinentes.

La cuestión se torna compleja en los casos difíciles (parafraseando a Dworkin, y haciendo las conexiones temáticas implícitas correspondientes) pues aquí al legislador se le plantea el problema de acudir a la certeza jurídica y establecer calificaciones generales a medida que la técnica y los descubrimientos científicos se perfeccionan, o bien, mantenerse en el conservadurismo y buscar la misma certeza desde allí.

Desde aquí parece ser que resulta muy conveniente para el legislador comportarse como un utilitarista, o más bien, como un consecuencialista, y

³² McMAHAN, JEFF. 1998. Brain death, cortical death, and persistent vegetative state. In: HELGA and SINGER, PETER Op. cit.

³³ Por intuitivismo nos hemos estado refiriendo a la actitud de invocar hipótesis que son irrefutables una vez que se integran a nuestras prácticas deliberativas; por basarse en conceptos a los que solo se puede acudir utilizando la intuición y no necesariamente la razón.

³⁴ Es básico entender aquí que la idea de persona es una construcción jurídica.

buscar la opción que trae las más beneficiosas consecuencias, desde el punto de vista práctico (esto, para los casos nuevos o límites). Así, podríamos imaginar el razonamiento del legislador enfrentándolo a dos opciones posibles: por un lado, declarar que los comatosos irreversibles están muertos; y por el otro, declarar en cambio, que siguen vivos. La primera aproximación utilitarista se planteará la siguiente cuestión. ¿Qué consecuencias se siguen de una y otra opción?

Pensemos: si se declara a los comatosos vivos, entonces ninguna norma permitirá que se sustraigan sus órganos, luego, menos personas podrán recibir esos órganos. La pregunta aquí es ¿Cuál es la utilidad total que se produce al tomar esta posición? Los comatosos no ven su posición mejorada si se los declara vivos (esta afirmación no es inocente, como ya venimos observando, pero quedará como supuesto para estos efectos) Y la posición de los aspirantes a un transplante se ve empeorada si se los considera en su conjunto. Por otro lado, si se declara a los comatosos muertos, su posición no cambiará como ya vimos, pero la posición de una porción de la sociedad se ve notablemente mejorada. Ya que si así lo dispone el juicio de los sustitutos, los órganos de los comatosos podrán ser usados para ser transplantados a personas que podrán continuar con sus vidas.

A similar conclusión se llega si se imagina el destino que puede dársele a una gran suma de dinero. Imaginemos que existen dos candidatos para invertir esa suma: un atleta que perdió una pierna y un comatoso irreversible. El dinero puede darle al atleta una pierna biónica idéntica al órgano humano. Del mismo modo, con el dinero se puede construir una máquina capaz de mantener al comatoso en las mejores condiciones que se pueden imaginar. Pensando en la persona beneficiada, podemos preguntarnos: ¿Hace mejor a la vida del comatoso la inversión del dinero en su persona? ¿La hace mejor en el caso del atleta? La respuesta parece evidente, pero ¿A qué nos lleva esto? A la desafortunada valoración diferenciada de las vidas humanas. En efecto, si el legislador aplica este razonamiento, no solo está valorando de forma diferenciada la vida de las personas según su capacidad para vivir una mejor vida, sino que está instrumentalizando el concepto de "vida" (y de muerte) para otros objetivos (como por ejemplo, obtener órganos). Sin embargo, es legítimo preguntarse ¿No era ésta precisamente la idea de Peter Singer, de la vida que "vale la pena vivir"? Si analizamos cuidadosamente la teoría, nos daremos cuenta que Singer pretende establecer una línea demarcatoria entre la vida y la muerte, y no un criterio valorativo de vidas. De esta forma, para Singer, una vida que está sumida en la absoluta inconsciencia no es vida en ningún

sentido de la palabra “vida” que importe. Es así como el criterio de *Justicia* invocado por los requirentes se ve despedazado; Pues, como sabemos, tratar a todos justamente es tratarlos como iguales; y sabemos que la igualdad supone tratar a los iguales como iguales y aquellos que se encuentran en una posición de desigualdad como desiguales.

Pues, lo que Singer pretende no es tratar al atleta y al comatoso como desiguales porque uno tenga una “mejor vida” que el otro, sino hacernos entender que el plano de igualdad y desigualdad se analiza en virtud de las relaciones entre seres humanos; y esto en sí mismo supone un juicio valorativo de segundo orden que sólo es posible una vez que se delimita el plano argumentativo en virtud de un juicio valorativo de primer orden que adopta un determinado concepto de muerte.

Esta aplicación del nuevo concepto de “muerte” también desacredita la invocación que se hace del principio de *No Maleficencia*, en virtud de la hipótesis que afirma que no se puede causar más daño a aquél que ya no es capaz de sentir. A esta conclusión hemos de llegar aplicando principios de la Bioética; si han de tener lugar otros principios provenientes de la

Ética de las costumbres o de otras filosofías³⁵ que postulen el respeto a los cadáveres o el respeto a los familiares de los difuntos, no es materia de este ensayo.

Ahora bien, volviendo atrás, la conclusión a la que habíamos llegado era que, no nos satisface la “primera aproximación utilitarista” pues no adopta el nuevo concepto de “muerte” y esto la convierte en una hipótesis que instrumentaliza el concepto de “vida” y formula valoraciones de las distintas vidas humanas según sus capacidades para progresar.

Nuestra conclusión es que el legislador debe abrazar la concepción moderna de lo que es “muerte” y situarse en un nuevo plano argumentativo, que llamaremos “Segunda aproximación utilitarista” donde la búsqueda genuina será el beneficio de la ciudadanía toda, o al menos la mayor parte posible³⁶. Se debe honrar por lo tanto, el principio de *Beneficencia*, y alejarse tanto de concepciones intuitivistas cuyas afirmaciones no tienen cabida en

³⁵ Ideas respetables a las que adherimos totalmente.

³⁶ VALDÉS, ERICK. 2004. Ética utilitarista. En: *Ética: fundamentos y aplicaciones*, Santiago de Chile, EPI.

nuestras prácticas deliberativas, como de aproximaciones instrumentales que utilizan criterios valorativos de dudosa justificación ética.

Ahora bien, la piedra angular de esta concepción es la adopción del nuevo concepto de “muerte”, conocido como “muerte encefálica” o “muerte cerebral”; lo que no supone adherir a una teoría por haber sido elaborada por el Comité de Harvard, o por ser simplemente aceptada por la mayoría.

De lo que se trata es de sustentar cada hipótesis en razonamientos e incorporar las afirmaciones a nuestras prácticas deliberativas, siempre fundamentando estas afirmaciones en principios y criterios razonables, estando dispuestos a aceptar posiciones contrarias sin descalificar a nuestros opositores, en concordancia con la ética pluralista de respeto.

Fallo Rol 760 Tribunal Constitucional; el caso de la “píldora del día después”.

Recientemente, la opinión pública se ha visto enfrascada en un profundo debate, a raíz del bullado fallo Rol 760 del Tribunal Constitucional, el cual se pronuncia sobre un requerimiento presentado por un grupo de parlamentarios, solicitando se declare la inconstitucionalidad de ciertas disposiciones del Decreto Supremo N° 48 de 2007, que aprueba las “Normas nacionales sobre la regulación de la fertilidad”.

Como ya es sabido, dicho requerimiento fue aprobado parcialmente por el mencionado tribunal, lo que a la sazón prohibió la distribución de la denominada “píldora del día después” en todo el sistema público de salud. Empero, dicho fallo no se pronunció en lo respectivo al reparto del medicamento en el ámbito privado.

Ahora bien, el mero análisis *prima facie* de la sentencia dictada por el ya mencionado órgano, trae a colación una discusión no acabada que supera con creces al ámbito jurídico. Muy apropiada nos parece la afirmación del Presidente del Tribunal Constitucional, Juan Colombo Campbell, realizada a fojas 173, en su voto de disidencia de la referida resolución: “el inicio exacto de la vida humana e incluso, en determinadas condiciones, el momento de la muerte, es un tema en el cual no hay consenso, dentro del cual la moral, las ciencias y las distintas profesiones de fe plantean sus tesis, tema que, por ende, no se encuentra ni puede estar resuelto completamente por el derecho, al enmarcarse entonces en el plano del ejercicio de la libertad de conciencia, reconocida por la propia Carta Fundamental, y por otra parte también en el

plano de la investigación científica de la biología, a menos que por sentencia se niegue tal derecho fundamental, se imponga con efecto de cosa juzgada una determinada concepción excluyente de las otras y de la misma forma se zanje en sede jurisdiccional un debate científico³⁷. Efectivamente, tan delicadas cuestiones escapan del dominio exclusivo del derecho, que solo debe entrar a operar una vez exista certeza o al menos acuerdo en otros campos del saber, que son los primeros convocados a dar soluciones al tema. Resulta particularmente interesante la distinta gama de conflictos y discusiones que abarca la sentencia. Sin embargo, se torna imperioso detenernos en una primera arista; la cual no es otra que el establecimiento del inicio de la vida humana. He aquí el primer gran desacuerdo, que hasta el día de hoy no puede ser subsanado y continúa en debate.

Ciertamente resulta necesario distinguir dos dimensiones, por un lado, el momento mismo de la génesis de la vida humana, y por otro lado, el estatuto de embrión “que es la vía terminal común en que suelen finalizar todos los debates en torno al origen de la vida”³⁸.

En el primer punto, existen diversas teorías que en general son cuatro: De la concepción, de la anidación, de la viabilidad y del nacimiento. No merece la atención su explicación, pese a su primordial importancia. Baste con decir que obedecen a los distintos estadios dentro del embarazo, y desde cual de ellos se entiende que hay vida humana. El fallo en particular, da lugar al requerimiento porque hay una “eventual vulneración al derecho a la vida del *nasciturus*, entendido como concebido y no nacido”³⁹. Se entiende por tanto, que la teoría de la concepción primó, y por tanto, al revisar el art. 19 N° 1 inciso 2 de la Constitución Política de la República y el art. 75 del Código Civil “la ley protege la vida del que está por nacer” debería entenderse que el recién concebido ya es susceptible de protección jurídica y por tanto es sujeto de derecho.

Sin embargo, la cuestión no es tan sencilla. Si el tema debatido apunta a la época del inicio de la vida humana, resulta menester discurrir en que se entiende por *vida humana*.

¿Es un embrión o un feto una persona? ¿Es un cigoto un ser humano? La respuesta parece ser evidentemente negativa. Pero, ¿Por qué? ¿Qué es lo

³⁷ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 2008. Rol 760, p. 173.

³⁸ GRACIA, DIEGO. 1998. Ética de los confines de la vida, Bogotá, Editorial El Búho p. 151.

³⁹ Cfr. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 2008. Rol 760, pp. 6-7

que hace a una persona ser tal, que le falta al cigoto, al embrión o al feto para ser persona? Se habla de potencialidad de ser: una persona en potencia. Ahora bien, si aceptamos que un cigoto es una potencialidad protegida por el derecho, ¿Por qué no aceptar que un simple óvulo o espermatozoide también lo son? Michael Tooley habla de “potencialidades pasivas y activas”⁴⁰. El cigoto se correspondería con esta última, y los gametos con la otra posibilidad. La potencialidad activa parece tener una situación más estable, digamos encaminada derechamente, al nacimiento de un ser humano. Entonces, ¿Qué status moral tiene esa potencialidad activa de vida? ¿Y si tiene tal status, es igualable al de una persona? “¿Es la personalidad, entendida como “ser persona” (al inglés, *personhood*, *Gracia habla de personeidad*) susceptible de gradación?”⁴¹

El concepto de vida humana, en palabras de Tom Beauchamp y Le Roy Walters, puede tener dos significados muy distintos. Por un lado, puede tener un sentido biológico, que permite diferenciar a la especie humana de las especies no humanas. Y por otro lado, puede significar la vida que es distintivamente humana, caracterizada por sus propiedades psicológicas. Hablan de sentido biológico y de sentido psicológico de la voz *vida humana*. Exponen además una serie de criterios que permiten distinguir a un ser humano, tales como conciencia de si mismo, libertad para actuar y tener razones para ello, habilidad para comunicarse con otros por medio del lenguaje, capacidad para hacer juicios morales y capacidad de razonamiento⁴².

Sin embargo, no parece plausible exigir la existencia copulativa de todos estos requisitos. ¿Qué pasaría con las personas con alguna deficiencia mental, las personas en coma, o los bebés recién nacidos? ¿No serían personas? De ahí que el concepto de persona, a nuestro juicio, deba ser amplísimo, comenzando con la dimensión biológica como base, y luego integrando cada una de las facultades mencionadas por Beauchamp y Walters, así como otras no menos importantes: la capacidad de sentir, de tener intereses, o poseer un sentido del tiempo y del espacio, entre otras tantas. No hay una propiedad absoluta que nos permita calificar o reprobar

⁴⁰ TOOLEY, MICHAEL. 1998. Personhood. In: KUHSE, HELGA and SINGER, PETER. A Companion to Bioethics, Oxford, UK. Blackwell publishers. pp. 122-123.

⁴¹ Ibid, pp. 121-122.

⁴² Cfr. BEAUCHAMP, TOM and WALTERS, LE ROY. 1998. Contemporary issues in Bioethics. Belmont, USA. Wadsworth Publishing Company, pp. 190-191.

como seres humanos, solo nuestra “común humanidad⁴³” compartida por cada uno.

Ahora bien, ¿Qué sucede con el *nasciturus*? ¿Tiene un status moral significativo? La respuesta es afirmativa, de ahí que la ley protege la vida del que está por nacer. “Que tenga un *status moral* significa que tiene un valor reconocido por la moral, que tiene derechos e intereses. Significa que califica sobre algún rango de protección moral”⁴⁴ (y además jurídica). No obstante, el problema radica en decidir desde cuando opera esta protección. Nuestro Tribunal Constitucional entiende que desde la concepción. Esto, como veremos, trae una serie de consecuencias, que serán analizadas en la sección siguiente.

Lo que ahora nos ocupará, será estudiar el status del que está por nacer, y relacionarlo con el status moral de la persona humana. “El resultado del proceso embriogenético no hay ninguna duda que es un ser humano⁴⁵”, pero otorgar *personalidad* a un *nasciturus* es algo particularmente discutible. Una cosa es protegerlo, pero otra muy distinta es otorgarle los mismos derechos que a una persona existente. No parece plausible tensionar la relación entre lo que es y lo que se espera que exista. De ahí que, a nuestro juicio, se debe aceptar una *gradación de la personalidad*⁴⁶. Un rango propio para los seres que ya existen y otro para los potenciales seres, con preeminencia del primero⁴⁷.

Otra de las implicancias propias del fallo, y a todas luces la más conflictiva, es la resultante de la contraposición de los intereses y derechos de los afectados por la resolución. La tensión entre el derecho a la vida del *nasciturus* y del derecho de la madre a elegir perseverar con el embarazo es la principal colisión que se genera⁴⁸. Sin embargo, nada se prueba respecto al carácter contraceptivo o anticonceptivo del fármaco. Se concluye que “nada

⁴³ Cfr. ESCRIBAR, ANA. El reconocimiento de mínimos morales: condición de posibilidad de una moral pública en las modernas sociedades pluralistas, pp. 12-14.

⁴⁴ BEAUCHAMP, TOM and WALTERS, LE ROY. Op. cit, p. 191.

⁴⁵ GRACIA, DIEGO. Op. Cit, p. 159.

⁴⁶ TOOLEY, MICHAEL, Op. Cit, pp. 121-122.

⁴⁷ Muy útil resulta la relación de este último planteamiento con la “ética del no ser” como característica propia de la ética de la responsabilidad planteada por Hans Jonas: es deber de los seres actuales proteger a los potenciales, dentro de un ámbito de responsabilidad. Al respecto: Véase, VALDÉS, ERICK. 2006. Op. Cit, pp. 8-9; Véase, JONAS, HANS. 1995. El principio de responsabilidad. Barcelona, Herder, pp. 56-57

⁴⁸ Recuérdese la tesis de la colisión de principios a la que hicimos alusión anteriormente, desarrollada por Alexy para el campo del principialismo jurídico.

excluye la posibilidad de que la píldora pueda afectar la implantación de un óvulo fecundado, o de un embrión, o en definitiva de un ser humano”⁴⁹. Esto demuestra nuevamente que el tribunal aboga por la teoría de la concepción; lo que, a la sazón, otorga el carácter de persona al feto, y aunque aun potencial, otorga desde entonces protección jurídica. Al respecto, Esther Mitjans postula que “la no consideración de los derechos de la mujer obedece a un interés de especial importancia, como sería defender los derechos de otra persona (...) *cuando* el feto adquiere este status es de vital importancia (...) si se considera que desde la concepción, la suerte de la mujer está echada, su vida está condicionada desde que queda embarazada⁵⁰”. ¿Hasta que punto, desde la vereda de la bioética, resulta cierta esta afirmación? Es aquí donde la argumentación en torno a principios (nos referimos estrictamente a los cuatro principios propios de la Bioética) juega su rol más importante.

El primero de ellos resulta ser nuevamente el de autonomía; en lo relativo a los derechos de la madre, a su facultad de elegir si persevera o no con el embarazo. Las interrogantes aquí relevantes son: ¿Puede el derecho a la vida del que está por nacer sobrepasar a los derechos de libertad, privacidad, libertad de conciencia y protección de la salud de la madre? ¿Puede un cigoto bastar para entender que hay persona, que tiene derechos y que estos prevalecen sobre los de un individuo que ya existe? ¿Es que no tiene derecho una mujer a elegir cuando quiere ser madre?

En segundo lugar, si la beneficencia atiende a la máxima “Haz el bien a los demás⁵¹”, y, como nos hace ver Engelhardt, “no podemos establecer ninguna visión moral concreta dotada de contenido por encima de los sentidos opuestos, en el seno de una sociedad pluralista”⁵². ¿Hasta que punto se respeta la autonomía, si se imponen los beneficios, que pueden ser tales para quien los impone, pero no para quien es sometido a ello? Resulta patente que la autonomía o permiso de la mujer es violentado. Generalmente, se argumentará a favor de que ello es necesario porque debe supeditarse el interés particular al interés general. El Estado, según nuestra Constitución en su artículo 1º inciso cuarto, “está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe

⁴⁹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Op. Cit, pp. 118-119.

⁵⁰ MITJANS, ESTHER. 2007. Bioética e igualdad en la interrupción del embarazo. En: CASADO, MARÍA. Op. Cit., p. 218.

⁵¹ ENGELHARDT, TRISTAM. 1995. Los fundamentos de la bioética. Barcelona, Paidós, p. 140

⁵² Ibid, p. 139.

contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto de los derechos y garantías que esta Constitución establece". Se trataría por tanto de una "ética de mínimos morales"⁵³. Se sacrificaría el derecho de la madre a "actuar, con conocimiento de causas, sin coacción, así como a perseguir sus propios ideales de perfección y felicidad"⁵⁴. Es decir, se relegarían la autonomía y la beneficencia de la madre. ¿Por qué? Porque sería tarea del Estado y de la sociedad el deber de no maleficencia al nasciturus. Resultaría prevalecer un derecho de mayor entidad, como la vida. Esto incluso podría imponerse por medio de la fuerza. El derecho constituye el fiel reflejo de este *minimum* moral. Esto asentaría además el concurso del principio de justicia, puesto que se preservaría la vida del nasciturus porque se trataría de una persona, y "como persona exigiría igual consideración y respeto, porque en tanto persona, es fundamentalmente igual al resto"⁵⁵. Esto último, sería lo único invariable en el "sistema de referencia moral de Diego Gracia"⁵⁶, de modo que la no maleficencia y la justicia constituyen el mínimo moral: las expresiones de las premisas ontológica y ética, que tendrían a la postre, una pretensión de validez universal.

Sin embargo, toda la construcción anterior omite un importante punto, que asociamos con la siguiente interrogante ¿Qué hace pertenecer la

⁵³ De acuerdo con Ana Escribar, (Op. Cit) entendemos por ética de mínimos morales a aquella que entrega un conjunto limitado de valores mínimos comunes y vinculantes a toda la sociedad.. Las nociones de mínimos y máximos pueden plantearse como la antinomia entre el interés general y el interés particular, de modo que desde una base de mínimos, se pueden extraer procedimientos que permitirían a todos los miembros de la sociedad buscar la felicidad desde su particular perspectiva, es decir, buscar los máximos morales.

⁵⁴ ESCRIBAR, ANA. Op. Cit, p. 8

⁵⁵ Ibid, p. 10

⁵⁶ El sistema de referencia moral (Véase, ESCRIBAR, ANA, Op. Cit,) consiste básicamente en un sistema de jerarquización de mínimos y máximos morales aplicados directamente en la bioética, así como de criterios para excepcionar. Gracia plantea que existe un "a priori" ya dado a la razón, absoluto, que no admite excepción alguna. Sin embargo, a través de dos premisas –ética y ontológica- la primera que postula que "en tanto persona, todos los hombre son iguales y merecen igual consideración y respeto", y por otro lado, la segunda que sostiene "el hombre es persona, en tanto tal tiene dignidad y no precio", se ofrece un nivel de prelación que establece la base del mínimo ético, cuya pretensión de validez universal, manifestada en los principios de justicia y no maleficencia, hacen prevalecer los mínimos por sobre los máximos.

A su vez, en el reconocimiento de un momento "a posteriori" teleológico, posterior al establecimiento de las normas, que permite, una vez sopesadas las consecuencias, establecer las excepciones a las normas, que por el contrario, encuentran su génesis en el momento "a priori" principialista y deontológico.

decisión de perseverar en un embarazo, una materia de interés público? En principio, podríamos decir, el hecho de la aceptación de la condición de 'persona' del nasciturus. Nuestro Tribunal Constitucional implícitamente acepta que desde el momento de la concepción, se protege la vida del que está por nacer. Empero, el Código Civil dice en su artículo 74 que la existencia legal de una persona principia al nacer, es decir, al separarse completamente de la madre. Además agrega que la criatura que no alcanza a realizar dicha separación se reputará no haber existido jamás. Esto, pone en evidencia el carácter suspenso de la calidad de persona del *nasciturus*. ¿Merece entonces una posibilidad de vida arremeter contra toda un abanico de derechos fundamentales de la madre? ¿Es moral imponer por la vía compulsiva del derecho, una restricción a las personas sobre la base de una posibilidad, tanto de vida, como del carácter abortivo del medicamento?

A nuestro entender, existe un *disvalor* entre la autoridad política y la autoridad moral del fallo. La decisión de la planificación familiar es un derecho básico de las personas. Si se quiere, porque el derecho a la vida no implica el mero hecho de existir. Esa existencia, debe estar acompañada de una serie de condiciones: vida incluye además "*calidad de vida*⁵⁷". Dar vida, es parte de la libertad individual de cada mujer, y el cuando y porqué hacerlo obedecen a su decisión. Sería una vulneración a este derecho pretender dar estatuto personal a un óvulo fertilizado, por la sencilla razón de que "la mujer ha de tener el espacio suficiente para asumir su decisión de modo informado y responsable"⁵⁸.

De ahí que el profesor Antonio Bascuñan plantee que los derechos potenciales presentan una "*exigibilidad diferenciada*⁵⁹" frente a los existentes.

⁵⁷ Al referirnos a la noción de "calidad de vida", no se pretende postular que de no existir un determinado nivel cualitativo, la vida se torne impracticable. De lo contrario, se daría pie a situaciones inclusive aberrantes. La mención apunta meramente a la existencia de un rango temporal suficiente para sopesar responsablemente todas las variables que implican a decisión de "dar la vida". Esta decisión debería considerarse inherente al mismísimo derecho a la vida, de modo que una vez "decidida" la vida, el derecho tome también la faz de deber. Véase como contraste lo dicho más arriba en torno al tópico de 'la vida que vale la pena vivir'.

⁵⁸ MITJANS, ESTHER. Op. cit, p. 220.

⁵⁹ Véase BASCUÑAN RODRÍGUEZ, ANTONIO. 2004. La píldora del día después ante la jurisprudencia. En: Estudios Públicos 95 (2) pp. 43 – 89.

A juicio del autor, la Constitución chilena consagra un principio de exigibilidad diferenciada de la prohibición de atentar contra seres humanos aún no nacidos. Una de las consecuencias de la consagración de ese principio es que el ser humano no es titular de derechos

Así, si abolimos el supuesto de que el feto es persona (lo que es muy distinto a que tenga protección jurídica, una vez viabilizado el embarazo, ya que como recuerda Bascuñan, “Un embrión puede llegar a nacer, pero también puede desarrollarse de otro modo (...) diversas son las posibilidades que están presentes en el embrión preimplantacional. Ergo, no podemos considerarlo *ex ante* como un ser idéntico a una persona⁶⁰”) el ámbito de la decisión se mueve desde el ámbito público al ámbito particular de la mujer. Creemos al menos que existe una duda razonable. Por lo mismo, extraña el resultado final del fallo que frente a la duda prefiere no dejar hacer. La duda implica que no hay una posición prevaleciente o un arreglo común que permita imponer una postura sobre la otra. Baste con observar que la jurisprudencia nacional ha sido reacia a establecer conceptualizaciones sólidas sobre las nociones en análisis.

En efecto, como bien advierte Undurraga, “aún no existe una determinación judicial clara sobre el estatus jurídico del embrión ni sobre el alcance del deber constitucional de proteger la vida del que está por nacer⁶¹”. Así, los fallos⁶² 4693-2006 de la Corte de Apelaciones de Santiago, 6223-2006 de la Corte Suprema y 591-2006 del Tribunal Constitucional, se pronuncian principalmente en lo relativo a aspectos formales y orgánicos, rehuyendo marcos conceptuales que permitan generar precedentes reales en nuestra jurisprudencia, que aborden y definan derechamente el estatuto jurídico del nasciturus.

Resulta primordial avanzar mediante una política de acuerdos, consecuente con una sociedad plural, hogar de múltiples intereses, tanto convergentes como divergentes, en concordancia con la ética pluralista de argumentación respetuosa que ha marcado la tónica de este ensayo.

constitucionales antes de nacer. Otra consecuencia es que en ciertos supuestos los derechos fundamentales de la mujer tienen preponderancia frente al interés en proteger la supervivencia de seres humanos aún no nacidos. El uso del anticonceptivo de emergencia, sostiene el autor, es uno de estos supuestos. (Extracto del abstract del mencionado artículo).

⁶⁰ Ibid, p. 50.

⁶¹ UNDURRAGA, VERÓNICA. 2007. Anticoncepción de emergencia: Autonomía de las adolescentes y derechos de sus padres, En: Anuario de Derechos Humanos N° 3, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, p. 163.

⁶² En lo respectivo a los fallos mencionados, Véase, BARCÍA, RODRIGO. 2007. Fallos y comentario a los fallos de la Corte de Apelaciones de Santiago y Corte Suprema sobre Recurso de Protección, interpuesto por la distribución de laboratorios de la denominada píldora del día después a adolescentes (menores mayores de catorce años) En: *Ius et praxis*, Año 13 N° 2, pp. 409-422.

Al respecto, resulta por lo menos plausible desde lo sustantivo, el sostener que es labor del Estado conciliar las diversas posturas, a través de al menos una serie de tópicos, que permitan dar bases generales de consensos. Aquí es donde resultan útiles nuevamente los principios de la bioética. El fallo del Tribunal Constitucional da lugar a un escenario donde todos los principios fueron violados de alguna forma: la autonomía y beneficencia de la mujer, y la no maleficencia: es claro el detrimento que recibe una mujer incapacitada de decisión, con un derecho a la maternidad y privacidad alterados. ¿Y la justicia? Sin duda alguna se expresa en que no existe una “equitativa distribución de riesgos, costos y beneficios⁶³” ¿Por qué? No olvidemos que la distribución de la píldora solo fue prohibida en el sistema público de salud, pero nada obsta a su comercialización en farmacias e instituciones privadas. Resultado: las personas de menores ingresos pierden el acceso a la adquisición del fármaco.

Cabe resaltarse un par de cosas más: el uso de la píldora no es una imposición de la autoridad, es una posibilidad de elección que el Estado pone a disposición del individuo en virtud de su autonomía. De ahí, que no nos parece que se considere que el Estado vulnera el derecho de los padres a educar a sus hijos., como se ha llegado a pensar.

III- CONCLUSIÓN: UNA NECESIDAD DE' REFINAMIENTO' DE LOS PRINCIPIOS

El progreso que ha experimentado la bioética se debe en gran parte a su patente vocación innovadora. Se trata de una disciplina que a menudo se enfrenta a nuevos desafíos. El acelerado desarrollo tecnocientífico, ha generado inusitadas consecuencias tanto en el ser humano como en su entorno, ampliando el rango de aplicación de la ética a rincones antes desconocidos. La bioética, como manifestación excelsa de la ética aplicada, intenta entregar soluciones prácticas a la infinidad de casos que constantemente se presentan en la vida cotidiana. Beauchamp y Childress, en su trascendental obra *Principles of Biomedical Ethics*, certeramente nos recuerdan que “los principios de la bioética no son guías para actuar detalladamente en cada caso concreto, sino que son directrices generales que dan lugar a juicios morales en casos específicos y que permiten sustentar el desarrollo de reglas y políticas más detalladas⁶⁴. Resulta plausible señalar

⁶³ BEAUCHAMP, TOM and CHILDRESS, JAMES. Op. cit, p. 38.

⁶⁴ BEAUCHAMP, TOM and CHILDRESS, JAMES. 1994. *Principles of biomedical ethics*, New York, USA. Oxford University Press. p. 38.

entonces, que la concordancia de estos puede servir de base incluso para la generación de normas jurídicas y de políticas públicas, en la medida que los principios constituyan tópicos iniciales de lege ferenda.

Sin embargo, la praxis ha demostrado, que si bien los principios de la bioética intentan otorgar respuestas a las interrogantes que se generan para la resolución de los conflictos bioéticos, en realidad, constituyen meras directrices y marcos normativos amplísimos que de ninguna forma consiguen abarcar la totalidad de los casos en concreto. La bioética no constituye un mero catálogo de principios y normas generales, sino que debe abordar, con un enorme grado de casuística, las peculiaridades propias de cada situación. Sin embargo, no se puede pretender hacer del método tópico-casuístico el procedimiento unívoco de la bioética, así como tampoco caer en un principialismo exacerbado. Ambas posiciones extremas resultan insuficientes. Resulta menester conseguir una simbiosis, que por un lado, entregue criterios y reglas objetivas para la resolución de conflictos, en base a fórmulas típicas de familias de casos con estructura similar; y por otro lado, aumentar el ámbito propio de la estructura principialista, sea reforzándola o ampliándola. Se torna conveniente un *refinamiento de los principios*, y una profundización desde el nivel de los principios a las reglas. De ahí que nos parezca acertada la propuesta de Manuel Atienza, consistente en lograr una conexión de tipo metodológico basada no necesariamente en la jerarquización de principios jurídicos, sino más bien su utilización en la forma de reglas que subsumen una variedad de casos concretos, dejando otros en la penumbra; siendo estos últimos, incorporados finalmente en base a una 'regla de prioridad' que, según Atienza, trasciende la mera 'jerarquización' propuesta por Diego Gracia, para quien, ciertos principios (en específico, Autonomía y Beneficencia) deben sucumbir en la práctica (argumentativa) frente a los otros dos (No maleficencia y Justicia), puesto que aquellos obligan con independencia de la voluntad y opinión de las personas. De esta forma, para Atienza, la 'juridificación' de la bioética mediante su conexión con la metodología casuística propia de la argumentación jurídica, tiende finalmente a la producción de una serie de principios 'de segundo orden' que permiten subsumir una mayor cantidad de casos considerados en principio, y frente a los principios de 'primer orden', como casos 'penumbrales'⁶⁵

⁶⁵ ATIENZA, Op. Cit. pp. 48-69. Los principios reciben los nombres de: Paternalismo justicado, Utilitarismo restringido, Diferencia y Secreto.

¿Hacia donde deben tender nuestras prácticas argumentativas en virtud de esta posibilidad de refinamiento del principialismo? Básicamente, hacia el reconocimiento de la dura tarea que tienen nuestros jueces, legisladores y abogados, de defender realidades cada vez más complejas, no ya sólo desde una discusión inicial en torno a lo que debe entenderse por Derecho, o sistema jurídico, o circunstancias de subsunción u obligatoriedad; sino desde la aceptación del alto contenido ético que tienen hoy las decisiones jurídicas, que son las que en último término, ponen en práctica los principios y argumentos propios del estadio normativo de la reflexión moral.

Esta consideración nos llama a tomarnos en serio la práctica argumentativa judicial actual. En este ensayo se ha intentado dar pie a algunos cuestionamientos problemáticos iniciales. Más la sola enunciación de la novedosa y atractiva propuesta de Atienza, nos demuestra que aún queda mucho camino por recorrer.

En este ensayo, se trataron dos importantes fallos desde la lógica de la argumentación racional, fundada y sustentada en bases sólidas, pero sólo en torno a uno de los problemas de la ética moderna, el concepto de 'vida humana' y el compromiso de primer orden que los hablantes competentes asumen respecto de la identidad humana que todos compartimos como seres humanos y sujetos morales. Aún queda analizar el resto de los tópicos esenciales de la moderna Bioética, además de volver a repasar cada uno de los argumentos desde la óptica de los principios de segundo orden y de la posibilidad de reformular cada uno de los argumentos en torno a estos principios.

La tarea se enmarca dentro de la convicción de estar viviendo actualmente en una 'era principialista'. Una era que no puede desconocer la relación que existe entre el surgimiento de una teoría sobre los fundamentos del derecho (entendido como el sistema institucional más importante de la sociedad) centrada en la necesaria vinculación de los principios que sustentan sus fundamentos teóricos, con la formulación de premisas éticas que pretenden contextualizar toda discusión relativa a los problemas que surgen por la aplicación de ciertas normas, medidas o técnicas, en relación a la condición propia de la naturaleza humana.

En otras palabras, esta era no puede seriamente creer que el principialismo jurídico y el ético, han surgido casi al mismo tiempo por casualidad. No lo puede, a menos que deje de estar comprometida con el

ideal universalizador de nuestras prácticas argumentativas; viviendo en una sociedad tan heterogénea como es la actual, donde nuestras diferencias no sólo marcan nuestros pensamientos, sino también la manera en que los damos a conocer y los discutimos.

BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, ROBERT. 2003. Sobre la estructura de los principios jurídicos. En: *Ratio Juris* N°13. (1).
- ATIENZA; MANUEL. 2004. *Bioética, Derecho y argumentación*. Editorial. Palestra-Temis, Lima-Bogotá..
- ATRIA LEMAITRE, FERNANDO. 2005. El derecho y la contingencia de lo político. *Revista Derecho y Humanidades* N° 11 (1). Santiago de Chile.
- BASCUÑAN RODRÍGUEZ, ANTONIO. 2004. La píldora del día después ante la jurisprudencia. En: *Estudios Públicos* N° 95 (2). Santiago de Chile.
- BARCÍA LEHMANN, RODRIGO. 2007. Fallos y comentario a los fallos de la Corte de Apelaciones de Santiago y Corte Suprema sobre Recurso de protección, interpuesto por distribución de laboratorios de la denominada píldora del día después a adolescentes (menores mayores de catorce años). En: *Ius et praxis*, Año 13 N° 2. Santiago de Chile.
- BEAUCHAMP, TOM and CHILDRESS, JAMES. 1994. *Principles of Biomedical Ethics*. Fourth Edition. New York, USA. Oxford University Press.
- BEAUCHAMP, TOM y CHILDRESS, JAMES. 2002. *Principios de Ética Biomédica*, Barcelona. Editorial Masson.
- BEAUCHAMP, TOM and WALTERS, LE ROY. 1998. *Contemporary issues in Bioethics*. Fifth Edition. Belmont, USA. Wadsworth Publishing Company.
- BERLIN, ISIAH. 1998. *El sentido de la realidad*. Madrid. Taurus.
- CASADO, MARÍA, 2007. *Nuevos materiales de bioética y derecho*, México D. F, Fontamara.
- DEL CAÑIZO FERNÁNDEZ-ROLDÁN, AGUSTÍN. 2004. *¿Qué es la Bioética?*, Salamanca: A.C.F.
- DWORKIN, RONALD. 2000. *A matter of principle*. Cambridge, Massachusetts, USA. Harvard University Press.
- DWORKIN, RONALD. 1986. *Law's Empire*. Cambridge, Massachusetts, USA. The Belknap Press of Harvard University Press.
- DWORKIN, RONALD. 1999. *Los derechos en serio*. Barcelona, Editorial Ariel S.A.

- DWORKIN, RONALD. 2004. Hart's poscript and the character of political philosophy. New York. USA. Oxford Journal of Legal Studies N° 24.
- ENGELHARDT, TRISTAM. 1995. Los fundamentos de la bioética. Barcelona, España. Paidós.
- ESCRIBAR, ANA. El reconocimiento de mínimos morales: condición de posibilidad de una moral pública en las modernas sociedades pluralistas. Santiago, Chile. Facultad de Filosofía, Universidad de Chile.
- ESCRIBAR, ANA. 2004. Primeros hitos en el surgimiento de la bioética. En: Bioética: fundamentos y dimensión práctica, Santiago de Chile. Editorial. Mediterráneo.
- ETCHEBERRY, ALFREDO. 1998. Derecho Penal: Parte Especial. Con la colaboración del profesor Jorge Ferdman. Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile.
- GLOVER, JONATHAN. 1999. The sanctity of Life. In: KUHSE, HELGA and SINGER, PETER. Bioethics, an anthology. Oxford, UK. Blackwell publishers.
- GRACIA, DIEGO. 1998. Ética de los confines de la vida. Bogotá, Colombia. Editorial El Búho.
- JONAS, HANS. 1995. El principio de responsabilidad. Barcelona, España. Editorial Herder.
- MALIANDI, RICARDO. 2004. Ética, conceptos y problemas. Buenos Aires. Biblio.
- McMAHAN, JEFF. 1998. Brain death, cortical death, and persistent vegetative state In: KUHSE, HELGA and SINGER, PETER. A companion to Bioethics. Oxford, UK. Blackwell publishers.
- MITJANS, ESTHER. 2007. Bioética e igualdad en la interrupción del embarazo. En: CASADO, MARÍA. Nuevos materiales de bioética y derecho, México D.F. Fontamara.
- ORELLANA BENADO, M. E. 1994. Pluralismo: una ética del siglo XXI. Santiago de Chile. Ediciones Universidad de Santiago.
- SINGER, PETER. 1999. Is the sanctity of life ethic terminally ill? In: KUHSE, HELGA and SINGER, PETER. Bioethics, an anthology. Oxford, UK. Blackwell publishers.
- TOOLEY, MICHAEL. 1998. Personhood. In: KUHSE, HELGA and SINGER, PETER. A Companion to Bioethics. Oxford, UK. Blackwell Publishers.
- UNDURRAGA, VERÓNICA. 2007. Anticoncepción de emergencia: Autonomía de las adolescentes y derechos de sus padres, En: Anuario de

Derechos Humanos Nº 3, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.
Santiago de Chile.

- VALDÉS, ERICK. 2006. Ética: fundamentos y aplicaciones, Santiago de Chile. EPI.