

BIOÉTICA Y ARGUMENTACIÓN JURÍDICA¹

Juan Camilo Salas Cardona.²

Resumen: En el contexto del enorme desarrollo y de la acogida de que ha sido objeto el movimiento bioético en las últimas décadas, los problemas inherentes a las relaciones entre la bioética y el derecho se presentan con una inusitada frecuencia y con una gran relevancia social. Dichos problemas, infortunadamente han sido comprendidos desde los cánones tradicionales del positivismo jurídico de corte kelseniano, paradigma que, a pesar de su importancia histórica, se muestra insuficiente a la hora de recoger, precisar y potenciar el carácter de constructivismo moral propio de la bioética, en el seno de sociedades moralmente pluralistas. Frente a los límites de esta forma de comprender la bioética jurídica, el paradigma interpretativo – argumentativo del derecho, se presenta como la opción más apta para un desarrollo de la misma.

Palabras clave: Derecho, bioética, positivismo, interpretación y argumentación.

Así como Aristóteles afirmaba que “el hombre es un animal político”, haciendo alusión a la inapelable necesidad humana de vivir en el contexto de la polis griega, en términos análogos podríamos decir hoy que el hombre es “un animal jurídico”, ya que, al igual que aquello que sucedía en los tiempos de la Grecia clásica, el hombre de hoy no puede pensarse fuera de un marco normativo en el que pueda desarrollar su existencia, en medio de un ambiente de seguridad jurídica que le permita ejercer sus derechos y cumplir sus deberes.

Desde estos supuestos, podríamos afirmar que “el Estado de derecho” y, siendo más precisos aún, “el Estado social de derecho”, es necesario para que la vida humana pueda llegar a ser lo que está llamada a ser, esto es una vida digna y realizada, adjetivos que devienen objetivos que el ordenamiento jurídico debe facilitar y garantizar.

Estas afirmaciones, que resultan a penas obvias, se tornan un poco más complejas cuando nos preguntamos, desde la ciencia jurídica, qué podemos entender por una vida digna y realizada, sobre todo cuando dichas categorías están atravesadas por la inevitable dialéctica entre las apreciaciones subjetivas de los individuos y aquello que puede ser objeto de una adecuada protección jurídica. En este sentido, es aquí, precisamente, en donde aparece el papel que, entre otros, debe cumplir una bioética jurídica.

Así pues, en términos generales, una bioética jurídica está llamada a ofrecerle a la sociedad, en general, y al legislador, en particular, argumentos, razones, análisis y

¹ Artículo publicado en la Revista Jurisprudencia Argentina 2010; IV (número especial): 51-54

² Abogado, Doctor en Derecho, Profesional y Magíster en Teología, Especialista y Magíster en Filosofía, DEA en Ética y Democracia y candidato a Doctor en Filosofía. Ha sido consultor de la Unión Europea, del Banco Interamericano de Desarrollo y de la Unesco; se ha desempeñado como docente y como conferencista en casi la totalidad de los países latinoamericanos y del Caribe; trabaja actualmente como consultor y como Director del Programa de Doctorado en Derecho de la USMA.

Correspondencia: salascardona@gmail.com

fundamentos, que permitan la formulación de unos marcos normativos que garanticen los derechos inherentes a la dignidad humana y a su realización, tratando de armonizar, a través de ellos, los intereses de las personas y los de la sociedad en su conjunto.³

Esta tarea, para nada fácil, tiene, al menos, dos grandes retos por delante; el primero, determinar qué tipo de normas y qué contenidos deben ser protegidos legalmente (dimensión de legitimidad), y, el segundo, cómo deben articularse y aplicarse dichas normas (dimensiones de validez y de eficacia del derecho).

Con base en estos supuestos, la bioética jurídica debe afrontar, en primera instancia, la pregunta acerca del cómo apoyar y orientar la **legitimidad** de las normas, cómo estructurar jurídicamente el elenco de normas para que gocen de una necesaria **validez**, y también cómo fundamentar el logro de sus objetivos, en orden a hacer viable su **eficacia**.⁴

Respecto de estas tres categorías estructurantes del derecho, la que más ha sido objeto de reflexión bioética, al menos en términos cuantitativos, es la **legitimidad**, en buena medida, gracias a que el mismo método dialógico de la bioética, en cuanto ética aplicada, ha suscitado intensos y, no pocas veces, enconados debates. En este punto, se presenta un primer gran núcleo problemático que pudiéramos expresar a través de la siguiente pregunta: ¿cómo normar jurídicamente unos campos inherentes a la vida, si el propio método de la bioética propone un estado siempre abierto respecto de los mismos?, dicho en otros términos, ¿cómo formular unas normas que expresen el sentido de la justicia frente a situaciones que, por su propia naturaleza, no se pueden “encerrar” en marcos normativos precisos?

Esta cuestión ha sido frecuentemente resuelta con respuestas relativas al carácter consensual de las normas, desde el modelo rawlsiano, o dialógico – procedimental, a partir del modelo de las éticas dialógicas, sin embargo aún queda mucho por reflexionar al respecto, ya que las “estructuras jurídicas” de la inmensa mayoría de los abogados latinoamericanos están marcadas, consciente o inconscientemente, por una extraña, pero real, mezcla de positivismo kelseniano y de iusnaturalismo. Tal mezcla conduce, con no poca frecuencia, a la identificación del derecho con la norma y, por ende, a la poco viable tarea de “llenar todos los vacíos y lagunas” que las normas positivas suelen dejar, empresa que en el campo de la bioética se vuelve aún más quimérica, dada la alta complejidad de los problemas que aborda la misma.

En este punto, inherente a la legitimidad de las normas relativas a asuntos bioéticos, a pesar de que no es el objetivo de estas líneas, es conveniente aclarar siempre, de cara a las críticas de relativismo que se suelen formular respecto del método dialógico, propio de la bioética, que cualquier cosa no puede ser objeto de consenso ni de acuerdo, ya que aquella que pudiéramos llamar “razón moral” humana, ha consolidado ciertos valores y fundamentos que se convierten en un fundamento “ya ganado” para poder avanzar en la

3 Para una profundización sobre este punto, véase D'AGOSTINO Francesco y BAUZON Élodie. *La bioéthique dans la perspective de la philosophie du droit*. Presses Université Laval, 2005.

4 Respecto de la articulación de la legitimidad, la validez y la eficacia jurídicas, véase DURAN, Paloma. *Notas de teoría del derecho*. Universidad Jaume I, Castellón, 1997.

reflexión, como es el caso de los Derechos humanos.⁵ En otras palabras, no podemos consensuar sobre cualquier cosa en cualquier circunstancia, ya que eso nos llevaría a la insostenible tesis de que el tipo penal “concierto para delinquir”, que consagran la mayoría de los ordenamientos penales del mundo, sería también un “consenso ético”.

En lo relativo a la *validez* jurídica de las normas sobre asuntos bioéticos, el problema suele ser más fácilmente resuelto gracias, en parte, a la impronta del positivismo kelseniano antes mencionado, en el cual, la validez se resuelve revisando la norma superior que dio origen a la norma inferior, así como precisando cómo se inserta la norma propuesta dentro de todo el conjunto piramidal del ordenamiento jurídico.⁶ Esta cuestión, que por motivos de extensión y de lo que pretendemos en estas líneas, no podemos abordar en toda su complejidad, la pudiéramos dejar enunciada como problema preguntándonos: ¿es posible solucionar la cuestión de la validez de unas normas, que por esencia deben ser consensuales y dialógicas, y por lo tanto procedimentales, por medio de un procedimiento contrario a estos principios, el cual, necesariamente conduce a procedimientos silogísticos y de subsunción?, como se puede apreciar, dicho según un viejo refrán, en este punto todavía “hay mucha tela por cortar”.

En lo relativo a la *eficacia* de las normas, que es la cuestión que nos interesa en estas líneas, y que es aquella en la cual el derecho, y también la bioética se juegan su razón de ser, hay que recordar que, desde sus mismos orígenes ha estado claro que la bioética es una interdisciplina, que en medio de sociedades complejas y pluralistas, se ocupa de dar fundamentos y razones que ayuden a una mejor toma de decisiones en asuntos inherentes a la vida en los que, en razón de este mismo pluralismo, se presenten conflictos de valores e intereses.⁷

Es claro pues, que la bioética es, fundamentalmente, una ética procedimental, y no de contenidos, es decir, que aquello que le otorga la “eticidad” a sus conclusiones, siempre provisionales, no es la indicación de unas conductas precisamente definidas, sino el procedimiento para ayudar a tomar mejores decisiones. A este respecto la pregunta sobre ¿cuál es el paradigma jurídico que mejor permite a la bioética tomar nota del pluralismo de nuestras sociedades para indicar los marcos en que deben inscribirse ciertas conductas y procedimientos inherentes a de defensa y dignificación de la vida?

En primera instancia, quisiéramos responder a la pregunta en forma negativa, indicando que tal paradigma, ciertamente, no es positivismo de cuño kelseniano, reinante en el contexto latinoamericano, al menos por tres razones principales: 1) Porque no es posible normar de manera precisa y definitiva la amplia gama de posibilidades de acción que se presentan en asuntos inherentes a la defensa y dignificación de la vida; 2) porque, en el caso de que se pretenda tal normatización precisa, unas normas que se orienten a

⁵ Acerca de las relaciones entre Bioética y Derechos humanos, véase RUIZ, Antonio (Coord.) *Bioética y Derechos humanos. Implicaciones sociales y jurídicas*. Universidad de Sevilla, 2005.

⁶ A propósito de las relaciones entre derecho y lógica en el contexto del positivismo jurídico, consultar FREUND, Julien y otros. *El Derecho Actual y Mínima moralia. El problema del Positivismo Jurídico*. Red de Editoriales universitarias nacionales, Bahía Blanca, 2006.

⁷ Sobre la interdisciplinariedad y el estatuto epistemológico de la Bioética, consultar HALDEMANN, Frank y otros. *La bioéthique au carrefour des disciplines: hommage à Alberto Bondolfi à l'occasion de son 60e anniversaire*. Peter Lang, 2006.

detallar el tipo exacto de acción que se pretende, le quitan a la bioética su necesario carácter abierto y deliberativo, aparte de que, tal como sucede en otras materias, el intento de llenar “vacíos o lagunas”, sólo lleva a la constatación de que, en razón del devenir histórico, cada vez habrá más “vacíos y lagunas” que no podemos “ni debemos” pretender llenar; y 3) porque en el seno de unas sociedades moralmente pluralistas, como las nuestras, la eficacia de las normas no depende de que haya una norma precisa que determine las formas de acción, sino de que las personas reconozcan en las normas el sentido de la justicia y de la corrección que debe prevalecer, objetivo que no se logra al interior de una concepción positivista del derecho.

Desde estos supuestos, la hipótesis que quisiéramos defender, y que sólo podemos enunciar brevemente en estas líneas es que el paradigma jurídico que mejor permite expresar el sentido, alcances y objetivos de la bioética es el interpretativo – argumentativo, siguiendo en este punto las tesis de Paul Ricoeur, quien afirma que no es posible, como lo pretenden algunos, separar la interpretación de la argumentación en el campo del derecho.⁸

En este sentido, el aporte interpretativo lo asumimos en la perspectiva de Ronald Dworkin, principalmente a través de su obra *Los derechos en serio*⁹, y de Robert Alexy, especialmente con los aportes que hace en su conocido texto *Teoría de la argumentación jurídica*.¹⁰

En lo que respecta a Dworkin, su propuesta se enmarca en su concepción del derecho como una práctica eminentemente interpretativa, siguiendo la línea de la hermenéutica del siglo XX, que se remonta a Heidegger y tiene sus más depuradas expresiones en Gadamer, Ricoeur y Conill, entre otros. Para Dworkin, el valor de la interpretación se pone de manifiesto, sobre todo, a propósito de los llamados “casos difíciles”, que son aquellos en los cuales no hay una norma explícita que prescriba de forma precisa su resolución. En este sentido, habría que resaltar que, por su propio carácter, los casos bioéticos entrarían en esta categoría de casos difíciles.¹¹

No sin temor de simplificar en exceso las propuestas de Dworkin, a propósito de la interpretación jurídica, pudiéramos afirmar que su énfasis descansa sobre la afirmación de la existencia de principios en el derecho, los cuales, a diferencia de las normas, tienen un carácter general y abstracto, pero siempre dentro del sistema jurídico, el cual debe ser objeto de procedimientos interpretativos. En este punto, a nuestro juicio, la perspectiva interpretativa dworkiniana respetaría y promovería el debate y el constructivismo moral propios de la bioética, ya que, de fondo, las discusiones tendientes a una mejor toma de decisiones, no son otra cosa que oposición de interpretaciones que tienen pretensiones de verdad.

⁸ Cf. RICOEUR, Paul. ¿interpretación y/o argumentación?, en *Lo Justo*. Caparrós Editores, Madrid, 1999. p.157.

⁹ DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Ariel, Barcelona, 2002.

¹⁰ ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de fundamentación jurídica*. Palestra, Lima, 2007.

¹¹ Sobre los llamados “casos difíciles”, Dworkin expone sus tesis en el cap. 4 de *Los Derechos en Serio*. Ob cit., pp146 ss.

Y son precisamente esas interpretaciones las que dan pie a la perspectiva argumentativa, por cuanto, tal como lo propone Ricoeur en el texto citado anteriormente, las interpretaciones se mueven dentro del sistema jurídico, en tanto que los argumentos provienen desde fuera del mismo.

Si tenemos en cuenta que en los debates de la bioética la mayor parte, o casi la totalidad de las “razones coadyuvantes” de las diferentes tesis en cuestión, provienen del aporte de las diferentes ciencias y disciplinas, no cabe duda que dichos aportes se “juridizan” argumentativamente, de cara a apoyar determinada postura.¹² Así pues, el paradigma argumentativo, mejor que ningún otro, articulado con una perspectiva interpretativa, puede salvar el carácter interdisciplinario de la bioética, tarea que resulta cuasi imposible para una concepción positivista del derecho.

Desde esta lógica, la bioética jurídica, más que pretender proponer un elenco de normas precisas, al estilo del positivismo, las cuales al final siempre resultarán insuficientes,¹³ debe preocuparse por precisar y/o complementar “elencos de principios jurídicos” al interior de los sistemas de derecho, procedimiento que deberá complementarse con ejercicios interpretativos y argumentativos que capaciten, tanto a los ciudadanos del común, como a los abogados y a los administradores de justicia, para una juiciosa interpretación y argumentación que de razón del sentido de la justicia de nuestras sociedades complejas, pluralistas y burocráticas.

En esta tarea, habrá que renunciar a las pretensiones de un maniqueísmo jurídico que se oriente a decir que sí o que no de manera taxativa y definitiva, optando más bien por un “derecho abierto”, que permita, dentro de un marco de normas y principios, poner en juego razones morales y jurídicas, articuladas con los argumentos provenientes de las ciencias y disciplinas, en función de interpretaciones / argumentaciones que promuevan la dignificación y cualificación de la vida.

En conclusión, la prevalencia en el contexto latinoamericano de concepciones jurídicas profundamente positivistas, no facilita el desarrollo de una bioética jurídica, sin que esto implique un desconocimiento de la importancia histórica del positivismo, pero hemos de reconocer que, dado el pluralismo moral de nuestras sociedades, y el carácter dialógico de la bioética, es el paradigma interpretativo – argumentativo del derecho, aquel que mejor puede asumir y promover dichos caracteres de cara a una promoción, dignificación y cualificación de la vida.

¹² Sobre este punto véase R. ALEXY, “Rasgos fundamentales de la argumentación jurídica”, ob. Cit., pp. 306 ss.

¹³ Sobre esta problemática, véase el ejemplo del tratamiento del aborto a nivel constitucional en DWORKIN, R., “El dominio de la vida”, Ariel, Barcelona, pp. 136 ss.