

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR  
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES  
ESCUELA DE CIENCIAS JURIDICAS  
SEMINARIO DE GRADUACIÓN EN CIENCIAS JURIDICAS, AÑO 2010  
PLAN DE ESTUDIO 1993



**Universidad de El Salvador**  
*Hacia la libertad por la cultura*

“EFECTOS DE LA JERARQUIZACIÓN DE VALORES JURÍDICOS EN LA  
NORMATIVA QUE REGULA EL DERECHO A LA VIDA DEL NO NACIDO Y  
LOS DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS DE LA MUJER”

TRABAJO DE INVESTIGACION PARA OBTENER EL GRADO DE:  
**LICENCIADO EN CIENCIAS JURIDICAS**

PRESENTAN:

MARIO FRANCISCO GONZALEZ GUZMAN  
EDWIN ORLANDO SERRANO FLORES

DOCTOR JOSÉ HUMBERTO MORALES  
DOCENTE DIRECTOR DE SEMINARIO

CIUDAD UNIVERSITARIA, SAN SALVADOR, SEPTIEMBRE DE 2010

**UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR**

INGENIERO RUFINO ANTONIO QUEZADA SANCHEZ

RECTOR

ARQUITECTO MIGUEL ANGEL PEREZ RAMOS

VICERECTOR ACÁDEMICO

LICENCIADO OSCAR NOÉ NAVARRETE ROMERO

VICERECTOR ADMINISTRATIVO

LICENCIADO DOUGLAS VLADIMIR ALFARO CHAVEZ

SECRETARÍA GENERAL

DOCTOR RENÉ MADECADEL PERLA JIMENEZ

FISCAL GENERAL

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES**

DOCTOR JOSE HUMBERTO MORALES

DECANO

LICENCIADO OSCAR MAURICIO DUARTE GRANADOS

VICEDECANO

LICENCIADO FRANCISCO ALBERTO GRANADOS

SECRETARIO

DOCTOR JULIO ALFREDO OLIVO GRANADINO

DIRECTOR ESCUELA DE CIENCIAS JURIDICAS

DOCTOR JOSE HUMBERTO MORALES

DOCENTE DIRECTOR DE SEMINARIO

## **AGRADECIMIENTOS**

Primeramente a Dios por haberme permitido llegar hasta este momento en mi vida, pues a Él le pertenece cada uno de mis logros alcanzados, ya que a Él le debo mi hogar, mi familia, mi amada, mis seres queridos, todo cuanto poseo, y a cuanto aspiro.

A mi familia cuyo apoyo en todos los aspectos me ha permitido culminar esta obra, gracias a mis padres, Wilfredo Serrano Ramírez y Lucia Flores de Serrano, por ser excelentes Padres, haberme ayudado y dado todo el apoyo tan necesario para cualquier cosa que me he propuesto; a mis hermanas, Jessica Ingrid y Evelyn Roxana, por apoyarme en los momentos tantos buenos como difíciles no solo como mi familia sino también mis amigas.

A mi novia, Xiomara Elizabeth, por ser no solo mi amada sino también mi mejor amiga, por afirmarme y acogerme en su vida como la persona más especial del mundo para ella, gracias por todo su cariño, amor y apoyo, pues sus palabras y sentimientos me dieron fortaleza, inspiración y aliento en todo momento y sin condición, dándome siempre toda la confianza que necesite.

A mi asesor de tesis, Doctor Morales, gracias por compartir su sabiduría a lo largo de este trabajo y por la paciencia que tuvo hacia nosotros.

A mi amigo y compañero de tesis, Mario Francisco, por su amistad, empeño y apoyo que hizo posible culminar con esta labor; y a mis seres queridos, porque todos y cada uno, de una u otra manera hicieron posible este logro, apoyándome con su amistad.

Edwin Orlando Serrano Flores

“A vos que estás ahí pero dónde cómo”

Mario Francisco González Guzmán

## INDICE

INTRODUCCIÓN .....	i
CAPÍTULO I. DERECHOS HUMANOS Y DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS.....	1
1.1    Conceptualización y Evolución de los Derechos Humanos .....	1
1.2    Conceptualización y Evolución de los Derechos Sexuales y Reproductivos .....	14
1.3    Derechos Humanos relacionados a los Derechos Sexuales y Reproductivos .....	25
CAPITULO II. MARCO JURIDICO - DOCTINARIO DEL DERECHO A LA VIDA Y DE LOS DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS .....	32
2.1    Naturaleza Garantista de la Constitución y su base material .....	32
2.2    Criterios de Jerarquización de los Derechos Fundamentales.....	35
2.3    Derecho a la Vida y los Derechos Sexuales y Reproductivo .....	38
CAPITULO III. AXIOLOGÍA JURÍDICA .....	41
3.1    Axiología Jurídica .....	41
3.2    Teorías Axiológicas .....	44
3.3    La Axiología y El Derecho .....	46
3.4    Corrientes Axiológicas .....	48
3.5    Valores Jurídicos .....	63
3.6    La Jerarquía de los Valores .....	66
CAPITULO IV. DERECHO COMPARADO. ....	69
4.1    Una Introducción .....	69

4.2	Legislación Argentina .....	70
4.3	Legislación Chilena.....	73
4.4	Legislación Española.....	76
4.5	Legislación Mexicana .....	83
CAPÍTULO V. APLICACIÓN CRÍTICA.....		87
5.1	Observación de la Realidad Nacional.....	87
5.2	Derechos de la mujer desde el enfoque naturalista y positivista del derecho .....	105
5.3	La Vida como Dualidad Jurídica .....	112
CONCLUSIONES DE LA INVESTIGACIÓN.....		115
a.	Conclusiones Generales .....	115
b.	Conclusiones Específicas .....	116
BIBLIOGRAFIA .....		118

## INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo de investigación sobre “Efectos de la Jerarquización de Valores Jurídicos en la normativa que regula el derecho a la vida del no nacido a los derechos sexuales y reproductivos de la mujer” se establece la importancia de la debida utilización de los recursos jurídicos en lo referente a que puedan utilizarse como enfoques de desarrollo individual y colectivo en cuanto permiten un adecuado y bien construido marco legal para la sociedad.

Sabiendo que en El Salvador no se cuenta con instrumentos que combinen temas como el derecho a la vida y el libre ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos, principalmente de la mujer, se ha elaborado un estudio teniendo como objetivos determinar los beneficios o daños de la creación y aplicación de reformas constitucionales y legales en cuanto a que se establece el derecho a la vida desde el instante de la concepción; se penaliza el aborto, los cambios en la estructura jurídica nacional a partir de esto, se considera que la elaboración de la investigación fue orientada dentro del contexto de los objetivos antes planteados.

El fundamento para iniciar la investigación fueron hipótesis en las que se consideró que con la reforma constitucional del artículo uno se genera una jerarquización de valores jurídicos, hecho que es discutido en otras esferas del derecho como acto lesivo a la doctrina jurídica. El fin de la creación de esta reforma constitucional es la de el reconocimiento como persona humana del feto en gestación, sin prever que dicha acción genera un contraste con principios jurídicos entre el feto y la mujer embarazada, tales como derecho de ambos a la vida, priorización de un ser humano sobre otro, desigualdad jurídica y violación de garantías constitucionales. El fin de la investigación es el de contrastar dicha jerarquización y agregar

señalamientos por los cuales dicha reforma se vuelve lesiva dentro del sistema jurídico, cumpliendo con ello totalmente las hipótesis planteadas.

El contenido de este documento se encuentra conformado por cinco capítulos, de los cuales el Capítulo I, se denomina “Derechos humanos y derechos sexuales y reproductivos” en el que se hace un análisis del desarrollo en la conceptualización y evolución de los derechos humanos en general, los antecedentes históricos, además se establecen los principios que se tomaron como base en la creación de legislaciones y los países pioneros en la implementación de los mismos.

El Capítulo II se denomina “Marco jurídico - doctrinario del derecho a la vida y de los derechos sexuales y reproductivos” el cual consiste en establecer la naturaleza garantista de la Constitución, el desarrollo del choque entre el contenido dentro de esta y los criterios que llevan a generar una jerarquización de valores que en se presenta como un problema grave en la doctrina jurídica, y las definiciones de derechos a la vida y de derechos sexuales y reproductivos.

El Capítulo III, se denomina “Axiología jurídica”, en el cual se establece un desarrollo histórico de la axiología como sistema de valoración y su relación con el pensamiento jurídico y de dos de sus más grandes corrientes, el naturalismo y el positivismo, planteándose además los problemas que la axiología plantea al mundo del derecho tales como la existencia de los valores jurídicos o su jerarquización.

En el Capítulo IV denominado “Derecho comparado”, hizo un estudio de las legislaciones relacionadas al tema, ya que son varios los países donde la legislación de cada uno, reconoce o no el derecho desde el instante de la concepción, generando diversas formas de regular los derechos



sexuales y reproductivos de la mujer, tal es el caso de mayor ejemplo de reconocer y permitir el aborto como derecho de la mujer en detrimento del derecho a la vida del feto.

En el Capítulo V titulado “Aplicación Crítica” retomamos los señalamientos a los problemas jurídicos que se generan con la reforma Constitucional. Dado que la aplicación práctica de dicha reforma no puede ser medida verdaderamente se debe observar su funcionamiento dentro de la teoría jurídica, cómo afecta al sistema jurídico y a qué nivel lo hace, cuáles son sus alcances dentro de esta esfera y cuáles son los beneficios o daños que causa.

En el Capítulo VI se plasman las conclusiones y recomendaciones, que creemos necesarias y que surgen del estudio y elaboración de este documento tratando de darle cumplimiento al sistema de hipótesis elaboradas al inicio de la investigación.

Mediante la realización de este trabajo se pudo concluir que en El Salvador es necesario que se adopten medidas jurídicas que tengan como fin primordial el de evitar lesiones a los derechos humanos sin importar su posición dentro del sistema de reconocimiento de los mismos. Se tiene que generar un debate en el cual se reconozca que, a pesar de existir esta reforma constitucional que reconoce el derecho a la vida desde la concepción, existen otros principios que, si bien no están reconocidos en nuestro sistema garantista, como lo son los derechos sexuales y reproductivos, per se, no pueden ser excluidos sin analizarlos jurídicamente ya que al ser un universo como lo es el de el Derecho, por su naturaleza cambiante, se debe estar preparados para incluir o desechar definitivamente estos elementos.

# **CAPÍTULO I. DERECHOS HUMANOS Y DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS**

## **1.1 Conceptualización y Evolución de los Derechos Humanos**

El ser humano desde su nacimiento y hasta su muerte necesita satisfacer unas necesidades básicas que le hagan la existencia no solo posible, sino también placentera. Esas necesidades básicas, tanto materiales como intelectuales, cuya identificación evoluciona al ritmo de los tiempos y del avance de las ciencias, se reconocen al ser humano por ser éste portador de unos valores que le son inherentes y que dimanar de una idea – fuerza que ha sido comúnmente aceptada por todas las culturas del mundo: La Dignidad de la Persona Humana.

En efecto, el ser humano por el solo hecho de su nacimiento, es digno. De ahí la afirmación de que nace libre, igual y al mismo tiempo diferente por ser único, respecto de las demás personas. Otra cosa es que las estructuras sociales y políticas en las que vive reconozcan y respeten convenientemente esos valores. Pero tal reconocimiento y respeto no se deben percibir como una concesión de la sociedad política al ser humano, sino que son el resultado de la obligación que aquella tiene de consagrar y garantizar tales valores. Por lo que el éxito de la convivencia social y la legitimidad de toda sociedad política dependerán justamente del grado de consagración y garantía efectiva de los Derechos Humanos en su sociedad<sup>1</sup>.

La Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) de 1948, estableció en su artículo 1: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben

---

<sup>1</sup> VILLAN DURAN, CARLOS. Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Primera Edición. Editorial Trotta. España 2002. p 63.

comportarse fraternalmente los unos con los otros”. A continuación la DUDH, a lo largo de su articulado, traduce a principios jurídicos básicos de derechos humanos esos valores inherentes a la dignidad humana.

Pero el concepto de Derechos Humanos que dimana de la DUDH, a pesar de englobar valores inherentes al ser humano, es de reciente acuñación y está abierto a una evolución constante, pues su contenido varía conforme a las necesidades a satisfacer en cada momento histórico de la sociedad.

En la actualidad, desde la perspectiva de la Filosofía Del Derecho, resulta bien ilustrativa la definición de “Derechos Humanos” que ofrece el profesor Peces-Barca. Según él, son *“facultades que El Derecho atribuye a las personas y a los grupos sociales, expresión de sus necesidades en lo referente a la vida, la libertad, la igualdad, la participación política o social, o a cualquier otro aspecto fundamental que afecte al desarrollo integral de las personas en una comunidad de hombres libres, exigiendo el respeto y la actuación de los demás hombres, de los grupos sociales y del Estado, y con garantía de los poderes públicos para restablecer su ejercicio en caso de violación o para realizar la prestación”*<sup>2</sup>.

Pero para llegar a este estado de cosas conviene preavisar cuales han sido los antecedentes históricos de los Derechos Humanos, utilizando la tradicional división en tres generaciones, mostrando en ellas una breve evolución del concepto, lo cual nos permitirá mostrar los Derechos humanos como un concepto histórico del mundo moderno.

---

<sup>2</sup> PECES-BARCA MARTINEZ, GREGORIO. Textos Básicos de Derechos Humanos. Con estudios generales y especiales y comentarios a cada texto nacional e internacional. Editorial Aranzandi. Madrid 2001, p 731.

Como primer aspecto, tenemos los Derechos Humanos en su **Primera Generación**, la cual comienza en el período de la prehistoria de los Derechos Humanos, que se inicia desde el momento de la aparición del hombre, debemos señalar como primer punto el texto de el Deuteronomio, documento que proviene del siglo XV antes de cristo, como el primer concepto del tema, aunque no secularizado, tiene ya una organización normativa de la vida social y una serie de garantías, además de una relación procesal. Después de este punto tenemos los Salmos y varios documentos, como ejemplo las ideas de los sofistas, con Sócrates, la escuela estoica con Aristóteles, en Mesopotámica con el Código de Hammurabi, por último las libertad dadas en la antigua Roma.

Un primer decreto, dado en la antigüedad, que hasta nuestros días, sigue vigente en la constitución inglesa es el decreto de Juan Sin Tierra del 17 de junio de 1215, cuya característica es que el destinatario es abstracto, pero en algunos decretos se dicta a favor de un gremio, grupo o estamento, además que no existe una expresión clara a través de normas generales sino, por medio de la costumbre o determinados sectores sociales, pactos, cartas fueros etc.

El concepto de soberanía, con el monopolio en el uso de la fuerza legítima, pasará del Estado absoluto al Estado Liberal y después al Estado social.

Debemos observar que existen tres tipos de textos legales:

Un primer grupo, los que son expresión del gran debate sobre la tolerancia. La filosofía de la tolerancia expresa una reflexión para superar la violencia religiosa y las guerras producidas con ese motivo. Otros remedios como el exterminio y la reducción del adversario conducen a esa guerra, que

no ha servido para la pacificación. Tampoco ha demostrado su utilidad la reflexión y la oración con las llamadas a los concilios de Francia del siglo XVI. Poco a poco se ha ido imponiendo la idea del respeto a la conciencia, la no intervención coactiva del derecho en ese campo, y la consecuencia es la tolerancia y la convivencia entre la pluralidad de religiones que coexisten en una comunidad. La distinción entre las esferas del derecho y la moral, sobre todo a partir de Thomasio, permitirá también unos instrumentos intelectuales para explicar cómo el derecho que pretende obtener la paz se mantiene en el fuero externo y no regula las opciones morales que pertenecen a la libre decisión del individuo.

El Edicto de Nantes y el Acta de Tolerancia de Maryland representan la plasmación normativa de la filosofía y de la tolerancia. Son textos pragmáticos, muy vinculados a las condiciones históricas y no comprenden el respeto a no creer, sino solo entre las diversas creencias.

En segundo lugar están los textos que derivan del hecho del descubrimiento de América y de la existencia de los indios. En España se había producido una reflexión sobre la condición humana de los indígenas. La ingente obra de Bartolomé de las Casas a mediados del siglo XVI, con el eco en importantes teólogos como Francisco de Vitoria, Felipe Meneses, Juan de la Peña, Melchor Cano, Domingo de Soto, Juan de Villagarcía, Pedro de Sotomayor, Juan López de Palacios Rubios o Bartolomé de Carranza<sup>3</sup>, será expresión de la defensa de los indios como súbditos y vasallos libres, sin que sean lícitas las encomiendas a cristianos españoles.

La colonización española en América planteó, desde sus comienzos, la cuestión relativa a la condición jurídica de los nativos de los territorios

---

<sup>3</sup> TRUYOL Y SERRA, ANTONIO. Los Derechos Humanos. Editorial Tecnos, Madrid, España 1984, p 200.

conquistados. Dos fueron las posturas principales que se manifestaron a este respecto. Mientras algunos juristas y políticos se declaraban en favor de la servidumbre de los indios, los teólogos entre los cuales se encontraban Bartolomé de las Casas y Fray Antonio de Montesinos, propugnaron que se respetara el Estado de libertad de los indígenas.

La defensa de la primera postura se fundamentaba en las exigencias que la realidad social y económica de la colonización americana llevaba consigo y por otro lado, los defensores de los indígenas (escuela salmantina) se fundamentaban en conceptos puramente teológicos, todo esto dio origen a una colección de textos españoles, entre los que se encuentran:

1.- La instrucción de los Reyes Católicos a Nicolás Ovando.

2.- Leyes de Nuevas Indias.

Esta colección de textos españoles del siglo XVI y la Bula Sublimis Deus De Paulo III pretenden atajar esa situación de servidumbre y de esclavitud y defender la libertad de los indios.

En tercer lugar están los textos anglosajones, tanto ingleses -petition Of Rights, Habeas Corpus Act y Bill Of Rights como los de las colonias inglesas de Norteamérica.

Los textos ingleses son expresión de la lucha entre el Rey y el Parlamento. La prerrogativa según es contestada por los jueces del common law y por el parlamento. Son textos que expresan los pasos hacia el Estado liberal en el siglo XVII y la lucha contra el poder de la corona.

Frente a los escritos de Filmer o del propio Jacobo I, el Juez Locke, Selden, Elliot, Pim y Hampden defenderán la primacía del Common Law y del

Parlamento. El resultado será la Petition of Rights, donde, por primera vez y desde el advenimiento de los Tudor, se colocan restricciones al poder de la corona, ante los abusos enumerados y que se consideran contrarios al Common Law, a las costumbres, franquicias y leyes del parlamento.

El acta de Habeas Corpus tendrá un sentido similar al limitar el derecho a detener a los ciudadanos sin mandato judicial, sancionándose a los funcionarios que violen esas obligaciones sin que puedan ser protegidos por el perdón real.

Los textos de las colonias son asimismo importantes porque suponen, con gran influencia religiosa, las primeras constituciones escritas, que marcan el inicio del constitucionalismo moderno e incluyen en su interior la regulación de los derechos fundamentales, que en definitiva son la positivación de los Derechos humanos en los Ordenamientos jurídicos internos.

Como segundo aspecto, tenemos los Derechos Humanos de la **segunda generación**, cuyo embozo comienza hacia fines del siglo XVIII, en cuya época se asientan definitivamente los derechos fundamentales como derechos del individuo, inspirados en la ideología liberal del jusnaturalismo racionalista.

La filosofía de los derechos fundamentales se desarrollará principalmente en Francia y en las colonias inglesas de América del Norte. La independencia de los Estados Unidos a partir de 1776 se inspira, en parte, en ella. La Revolución Francesa culmina este proceso del Siglo de las Luces con la Declaración de los Derechos del Hombre y del ciudadano de 1789.

La erosión del viejo orden de la Monarquía Absoluta, la crisis de la conciencia europea, en expresión de Hazard, se expresa en la enciclopedia,

en la filosofía de Voltaire, en los fisiócratas y en el ámbito de los derechos en el jusnaturalismo racionalista de Pufendorf, Thomasio o Barbeyrac.

En las colonias inglesas la filosofía de Locke y el jusnaturalismo racionalista están en el origen de la concepción americana.

En la filosofía de los Derechos Humanos influyó también muy considerablemente la idea del *laissez faire*, que está impregnado de la desconfianza en la intervención estatal en materia económica. Adam Smith, con su *Riqueza de las Naciones*, expresa esta repugnancia por el poder del Estado, que sólo debe intervenir para proteger la libre acción de los ciudadanos, y especialmente el derecho de propiedad. Los derechos fundamentales que aparecen en este siglo son derechos de autonomía para garantizar el desarrollo de los individuos, derechos de seguridad jurídica, garantías procesales para asegurar el respeto en el proceso y la adecuación de las penas. Más secundariamente se presentan como Derechos de Participación (artículo 6 de la Declaración de 1789), aunque su desarrollo se inicia en el siglo XIX.

Entre los textos aparecen en primer lugar algunas de las Colonias Inglesas antes de la independencia, como el de Pennsylvania, textos americanos en el momento de la independencia, la del buen pueblo de Virginia, la de Delaware, las Enmiendas a la Constitución de 1791 y la Declaración Francesa de 1789. Con este siglo los derechos comenzaron a vincularse con la idea de Constitución, y desde entonces no se separan de ella. En la llamada doctrina parte dogmática de las constituciones se incluye desde entonces los objetivos fundamentales de una determinada comunidad y su desarrollo en los Derechos Humanos.



El siglo XIX se inicia, con los procesos de positivación y de generalización, la evolución que conduce al Estado actual de los derechos fundamentales. Sólo la internacionalización de los mismos, se logra en el siglo XX.

También en este siglo surgieron, de manera contradictoria entre ellas, dos corrientes que se oponen al desarrollo de estos derechos: por una parte el liberalismo conservador, que considera a la igualdad como incompatible con la libertad, y por otra, el marxismo, que negará la posibilidad de mantener un proceso de igualación, que conduzca hacia la sociedad comunista, con el mantenimiento del Estado liberal parlamentario.

Entre los primeros estaba arraigada la idea de que la generalización de los derechos, a través de una igualdad en la titularidad, era el camino para la destrucción de la libertad.

Esto supuso una teorización de los privilegios de la burguesía y una pretensión a mantener el status quo, el sufragio restringido, la prohibición del derecho de asociación y la propiedad como derecho sagrado e inviolable.

Nuestro siglo expresa la consolidación de los derechos económicos, sociales y culturales que aparecieron a mediados del siglo XIX, con el movimiento revolucionario y el impulso ideológico de Louis Blanq. Se produce su integración con los derechos civiles y políticos y, así, la filosofía de los Derechos Humanos supone el esfuerzo de síntesis que encontramos ya en los textos constitucionales de México en 1917 y Alemania 1919.

El conjunto de esta evolución explica el paso del Estado liberal de derecho al Estado social de derecho. En efecto, los derechos económicos, sociales y culturales no son derechos autónomos, y sólo de manera secundaria derechos de participación. Son principalmente derechos

prestación y su satisfacción exige acciones positivas de los poderes públicos, con la consiguiente creación de servicios y con el aumento de la función promocional del Estado.

Consecuentemente tenemos los Derechos Humanos de la **tercera generación**, cuya etapa se caracteriza por la internacionalización de los derechos fundamentales, que es el último momento de su proceso de evolución histórica en el mundo moderno. Es el que estamos viviendo en la actualidad y por eso todos los textos relevantes son del siglo XX y, en general, posteriores a la Segunda Guerra Mundial.

Esta dimensión arranca con la toma de conciencia de la insuficiencia de una protección en el ámbito estatal, que siempre puede encontrar su límite en la razón de Estado.

Supone una ruptura del principio de soberanía nacional, que es un obstáculo al rechazar cualquier poder por encima del Estado, que no reconoce superior. La internacionalización necesita un poder o una autoridad capaz de imponer a los Estados o a los grupos que hayan violado un derecho humano, la sanción correspondiente. Estamos ante una nueva dimensión del derecho internacional, que se abre así al reconocimiento de la persona individual como sujeto jurídico.

La segunda razón que justifica este esfuerzo parte de la experiencia de los propios Estados miembros de la comunidad internacional que constatan cómo la lucha por algunos Derechos Humanos cuyas violaciones trascienden las fronteras estatales, necesitan una colaboración intergubernamental para afrontar eficazmente su protección.

Una evolución de cooperación internacional se produce en relación con el derecho humanitario, sobre todo a partir del impulso que el suizo Henri

Dunant, después de la batalla de Solferino, que da a un derecho positivo internacional en esa materia y a la creación de la Cruz Roja. También se puede hacer una afirmación similar a partir de la primera guerra mundial en relación con la protección de las minorías y a partir de la segunda con la lucha por el terrorismo. No es éste lugar para el desarrollo pormenorizado de esos procesos. Su mención sólo nos interesa para ilustrar la internacionalización de los derechos fundamentales, que no supone ruptura con la organización y protección a nivel nacional sino una prolongación nacida de la misma voluntad estatal.

Como se desprende de todo lo dicho, este incipiente proceso de internacionalización tiene dos dimensiones:

a) La que acabamos de describir como una forma técnico-jurídica que los propios Estados utilizan, a través de las formas del derecho internacional clásico y que no suponen ruptura de la soberanía estatal, sino cooperación interestatal.

b) La que apuntaba al principio, que tiene un sentido más radical y que pone en cuestión el principio mismo de la soberanía, del poder que no reconoce superior, que convierte a la persona individual en sujeto del derecho internacional y que propone la existencia de una cierta autoridad supranacional que se impone a la estatal.

La plena protección de los Derechos Humanos sólo se puede producir cuando existe una autoridad supranacional, producto de un acuerdo entre los Estados -es el contractualismo clásico a nivel interestatal. Este pacto supone *"sacrificar, como hacen los individuos, su salvaje libertad sin freno, y reducirse a públicas leyes coactivas, constituyendo así un Estado de naciones -civitas gentum- que, aumentando sin cesar, llegue por fin a*

*contener en su seno a los pueblos de la tierra" (Kant).* Cada vez más la lucha por la paz y el rechazo sin paliativos de todas las guerras son un elemento decisivo en este proceso de internacionalización.

En muchas ocasiones se ha puesto de relieve en la relación necesaria entre poder y derecho. El poder, entendido siempre en sentido amplio, no sólo como un conjunto de instituciones públicas, sino de operadores jurídicos y de ciudadanos que aceptan el ordenamiento jurídico, es el hecho fundante básico que garantiza la validez y la eficacia del derecho, y esa relación no existe en el ámbito del derecho internacional, que se basa centralmente en la aceptación de los Estados de unas reglas consensuadas. En ese nivel de primitivismo, que podemos comparar a la situación que los derechos nacionales tenían en la edad media, es evidente que el proceso de internacionalización se ha planteado desde la filosofía de los derechos fundamentales, a nivel internacional, salvo algunas experiencias aún muy en sus principios.

La experiencia a nivel universal se plasma en los pactos de las Naciones Unidas de 1966, que son la juridificación de la filosofía contenida en la declaración de la ONU de 1948. Aunque esta declaración significa el consenso universal sobre los contenidos éticos de los derechos fundamentales, los pactos son derecho internacional clásico, con las limitaciones consiguientes, ante la inexistencia de una real autoridad supranacional y, por consiguiente, se sitúan plenamente en las observaciones que se acaban de formular.

Quizás en el único marco donde la internacionalización ha dado más pasos, con una incipiente autoridad supranacional, es en el marco del Consejo de Europa, que reúne a los países europeos que aceptan el sistema parlamentario representativo, el imperio de la ley y el respeto a la libertad

individual, y que son, por consiguiente, sociedades mas homogéneas en su cultura jurídica y política nacionalización.

Desde un punto de vista de los Derechos Históricamente Reconocidos, tenemos que los Derechos de Primera generación, son llamados Derechos Civiles y Políticos (DCP) y comprenden aquellos derechos que tienen por objeto la tutela de la vida, la libertad, la seguridad y la integridad física y moral de la persona, así como de su derecho a participar en la vida pública y de Gobierno. Los de Segunda Generación, son los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC), que son los derechos vinculados a la satisfacción de las necesidades socioeconómicas, es decir, orientados a lograr adecuadas condiciones de vida, acceso a servicios y bienes materiales y culturales, que permitan alcanzar una calidad de vida aceptable y digna. Y, los Derechos de Tercera Generación son llamados Derechos Colectivos o de Solidaridad, los cuales actualmente vienen desarrollándose como una nueva dimensión, que está en pleno proceso de reconocimiento internacional como son los derechos al desarrollo, a la paz, a la preservación del medio ambiente y a un equilibrio ecológico.

Como podemos observar, los Derechos Humanos son un concepto histórico del mundo moderno que surge progresivamente a partir del tránsito a la modernidad; en una primera parte, denominada prehistoria, en la que aparece una serie de textos donde están presentes algunos elementos que han sido determinantes a la hora de conformar el concepto primeramente citado, pero no son derechos fundamentales propiamente dichos.

La idea central, de los Derechos Humanos la podemos encontrar en todos los momentos históricos, dada en lo que se conoce como la dignidad humana, que en cada tiempo se realiza de acuerdo con las circunstancias históricas del instante.

Una serie de rasgos que identifican su paso de la edad antigua, para luego pasar a la edad media y concluir con la época moderna de los derechos fundamentales, son que en un primer momento, es la religión la que juega un papel predominante, luego las ideas de libertad y contratos sociales y por último el proceso de internacionalización de los mismos.

En esta línea de ideas, podemos decir que Los derechos humanos *son un conjunto de facultades e instituciones que en cada momento histórico concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas*, en tal sentido los Derechos humano **poseen carácter evolutivo y dinámico**, es decir, nacen gradualmente en determinadas circunstancias, y éstas por lo general están caracterizadas por movimientos y luchas por la defensa de nuevos derechos y libertades. Materia prima que históricamente, y junto al desarrollo de la Filosofía del Derecho, a dado origen a la concepción moderna de lo que hoy conocemos como derechos Humanos. Igualmente, dentro de esta idea evolutiva podemos hablar no sólo de nuevos derechos sino también de nuevos contenidos de los viejos derechos.

El proceso evolutivo de los derechos humanos comprende por lo tanto la recreación, reinterpretación y reconceptualización de los mismos con miras a incorporar situaciones, condiciones o experiencias específicas de colectividades o grupos sociales cuyas necesidades no se ven reflejadas o reconocidas por los derechos proclamados en determinado momento histórico. De este modo, a fines del siglo XX, las nuevas tendencias en materia de derechos humanos sugieren continuar el proceso hasta la especificación entendida como el paso del ser humano genérico al ser humano concreto, reconociendo la especificidad de sus diferentes estatus sociales, tomando en consideración criterios distintos de diferenciación: por ejemplo, el sexo, la edad, etcétera. Consideramos que es precisamente este

proceso el que conduce a afirmar los derechos humanos de las mujeres y dentro de éstos el reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos.

## **1.2 Conceptualización y Evolución de los Derechos Sexuales y Reproductivos**

“La salud reproductiva es un estado general de bienestar físico, mental y social, y no de mera ausencia de enfermedades o dolencias, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos.” (...). La salud sexual es el desarrollo de la vida y de las relaciones personales y no meramente el asesoramiento y la atención en materia de reproducción y de enfermedades de transmisión sexual”<sup>4</sup>.

“Los derechos reproductivos abarcan ciertos derechos humanos que ya están reconocidos en las leyes nacionales, en los documentos internacionales sobre derechos humanos y en otros documentos pertinentes de las Naciones Unidas aprobados por consenso. Se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el intervalo entre éstos y a disponer de la información y de los medios para ello y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva”<sup>5</sup>.

Los derechos sexuales y reproductivos están en un constante proceso de reconocimiento y legitimación a nivel mundial. Cabe señalar que mucho de lo que se ha logrado hoy en día ha sido gracias a los esfuerzos de los movimientos de mujeres en todo el mundo para que sean reconocidos

---

<sup>4</sup> ONU, Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo. Programa de Acción del Cairo. El Cairo, Egipto. Párrafo 7.2.

<sup>5</sup> ONU, Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo. Programa de Acción del Cairo. El Cairo, Egipto. Párrafo 7.3.

sus derechos, no solo sexuales y reproductivos, sino el derecho a la no discriminación en cualquier aspecto de la vida diaria, a la equidad de género, etc.

En términos generales, la reproducción propiamente dicha es una característica biológica de todos los seres vivos. Sin embargo, se diferencia de las otras características que tenemos tales como el crecer o envejecer por la capacidad de decisión que tenemos sobre la misma, lo que a su vez nos distingue de los animales. Cabe resaltar que esta posibilidad de decisión se desarrolló a través de la evolución en la medicina, la ciencia y tecnología, lo que conllevó al descubrimiento del cuerpo humano en todas sus fases y creó los métodos de anticoncepción.

Es por la capacidad de decisión que tenemos los seres humanos, que se desarrolla la necesidad de conceptualizar a los “Derechos Reproductivos”, además la reproducción “pone en existencia” a nuevos seres humanos, por lo que la injerencia en la misma adquiere repercusiones de tipo filosófico-existencial, social y político.”<sup>6</sup>

Sobre los Derechos Sexuales vale la pena señalar que los mismos abarcan temas que anteriormente no se ventilaban en público por considerárseles tabú, tales como la orientación sexual, el placer sexual o la privacidad sexual.

Como veremos mas adelante, muchas convenciones y declaraciones llevadas a cabo, abordan el tema salud reproductiva dentro de la planificación familiar, y pasarán varios años para que dicho concepto evolucione.

---

<sup>6</sup> FIGUEROA PEREA, JUAN GUILLERMO Y OTROS. “Una aproximación al entorno de los derechos reproductivos por medio de un enfoque de conflictos”, Estudios Sociológicos N° 34. Vol. XII, Enero-Abril 1994.



Cabe resaltar que si bien el tema de reproducción ha estado siempre relacionado con la mujer, los derechos sexuales y reproductivos abarcan también y en igual medida a los hombres.

Tanto el termino de derechos sexuales como el de derechos reproductivos son de origen reciente. Sin embargo, su contenido tiene raíces en los conceptos de integridad personal, salud, autodeterminación y libertad. Por lo tanto, podemos afirmar que los derechos reproductivos abarcan ciertos derechos humanos ya reconocidos en documentos nacionales e internacionales sobre derechos humanos. Es cierto que a nivel mundial aún no existe un concepto de consenso en este campo; por ello, se consideran como conceptos en construcción. Sin embargo, las diversas aproximaciones suelen definir a los derechos sexuales y reproductivos como *"todos aquellos derechos básicos de las personas y parejas, derechos que se vincula con el libre ejercicio de la sexualidad y la reproducción humanas, independientemente de la edad, condición social, raza y religión"*.

Evidentemente, y de acuerdo al proceso evolutivo de los derechos humanos, esta definición ha ido incorporando progresivamente diversos alcances a través de los debates que se han producido en una serie de foros internacionales. Como hitos en este debate internacional tenemos<sup>7</sup>:

1. La Conferencia sobre Derechos Humanos de Teherán, 1968. Dio lugar a la Proclamación de Teherán, en la que se reconoce el derecho humano de los padres a determinar el numero de hijos que deseen tener: "La comunidad internacional debe seguir velando por la familia y el niño. Los padres tienen el derecho humano fundamental de determinar libremente el

---

<sup>7</sup> BERMÚDEZ VALDIVIA, VIOLETA. Salud, derechos sexuales y reproductivos. Desde la perspectiva de los profesionales de la Salud, ¿que son los derechos sexuales?. Movimiento Manuela Ramos, Lima-Perú. 2006

número de sus hijos y los intervalos entre los nacimientos". Dicha Conferencia es de gran importancia debido a que reconoce por primera vez el derecho de los padres a decidir sobre el número y espaciamiento de sus hijos como un Derecho Humano.

2. La Conferencia de Población de Bucarest, 1974, cuyo Plan de Acción Mundial de Población reconoce el papel del Estado en asegurar ese derechos, incluyendo la información y acceso a métodos de control de la natalidad, y se otorgó el derecho a todas las parejas y todos los individuos en determinar el número de hijos que deseen tener, y no limitarlo únicamente a los "padres", como anteriormente se había realizado en la Proclamación de Teherán en 1968.

3. La Conferencia Mundial del Año Internacional de la Mujer, México (1975). Reconoce en su declaración el derecho a la integridad física y a decidir sobre el propio cuerpo, el derecho a la opción sexual y los derechos reproductivos, incluyendo la maternidad voluntaria.

4. La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, aprobada por Asamblea General de la ONU en 1979, es el primer documento que reconoce explícitamente los derechos humanos relativos a los servicios de planificación familiar, nutrición durante el embarazo, e información y educación para poder decidir el número y espaciamiento de sus hijos; estipula que los Estados tienen el deber de adoptar las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en el ámbito de la atención médica, con el fin de asegurar en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, "el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia." Asimismo garantiza a la mujer "servicios apropiados en relación con el

embarazo, el parto y el período posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos, y una nutrición adecuada durante el embarazo y la lactancia".

La Conferencia Mundial para el avance de la mujer realizada en Kenya en 1985, se crearon las Estrategias de Nairobi, aprobadas por la Asamblea de Naciones Unidas en 1985. En las mismas, ya se habla dentro del tema de salud, sobre el "derecho humano básico de todas las parejas y las personas de decidir libre e informadamente el número y espaciamiento de sus hijos". En dichas Estrategias se reconoce que "la capacidad de la mujer de controlar su propia fertilidad constituye una base importante para el goce de otros derechos." Establecen que los gobiernos deben "como una cuestión urgente: poner a disposición la información, la educación y los medios para que mujeres y varones puedan tomar decisiones sobre el número de hijos deseados".

La Conferencia Mundial de Viena sobre Derechos Humanos (1993), en la que se reconoció "la importancia del disfrute por la mujer del más alto nivel de salud física y mental durante toda su vida. La Conferencia reafirma, el derecho de la mujer a tener acceso a una atención de salud adecuada y a la más amplia gama de servicios de planificación familiar, así como a la igualdad de acceso a la educación a todos los niveles." (Art. 41) Asimismo es su artículo 18° recalca que "los derechos humanos de la mujer y de la niña son parte inalienable, integrante e indivisible de los derechos humanos universales".

5. La Conferencia Mundial sobre Población y Desarrollo, El Cairo (1994), incorpora los contenidos del manejo del rol procreativo, el acceso a información confiable, y a los servicios de salud reproductiva de calidad, que incluyan la planificación familiar. De este modo se va ampliando el alcance de este derecho, rompiendo la visión tradicional y restringida de considerarlo

ligado exclusivamente al ámbito del control de la fecundidad. Es aquí donde se dijo que: “La salud reproductiva es un estado general de bienestar físico, mental y social, y no de mera ausencia de enfermedades o dolencias, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos”. En consecuencia, la salud reproductiva entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos, de procrear y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia. Esta última condición lleva implícita el derecho del hombre y la mujer a obtener información sobre planificación de la familia de su elección, así como a otros métodos para la regulación de la fecundidad que no estén legalmente prohibidos, y acceso a métodos seguros, eficaces, asequibles y aceptables, el derecho a recibir servicios adecuados de atención de la salud que permitan los embarazos y los partos sin riesgos y den a las parejas las máximas posibilidades de tener hijos sanos.

La salud sexual es el desarrollo de la vida y de las relaciones personales y no sólo el asesoramiento y la atención en materia de reproducción y de infecciones de transmisión sexual.

Los Derechos Reproductivos abarcan ciertos derechos humanos y se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos, a disponer de la información, de los medios para ello y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva.

Se establece también que dentro de esta definición se incluye el derecho a "adoptar decisiones relativas a la reproducción sin sufrir discriminación, ni coacciones ni violencia, de conformidad con lo establecido en los documentos de derechos humanos. Como parte de este compromiso,

se debe prestar plena atención, a la promoción de relaciones de respeto mutuo e igualdad entre hombres y mujeres.

Son 184 gobiernos los que aprueban el Plan de Acción del Cairo a 20 años, donde se comprometen a tomar las medidas necesarias para hacer cumplir lo que se aprobó en dicha Conferencia.

6. La Conferencia Mundial sobre la Mujer (Beijing 1995), si bien no avanza significativamente en el desarrollo conceptual de este termino, refuerza los logros de El Cairo al consagrar en uno de sus párrafos que "los derechos reproductivos abarcan ciertos derechos humanos que ya están reconocidos en las leyes nacionales, en los documentos internacionales sobre derechos humanos y en otros documentos pertinentes de las Naciones Unidas aprobados por consenso".

La Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer se llevó a cabo en Beijing del 4 al 15 de septiembre de 1995. Luego se aprobó la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing. Dentro de la Declaración, se expresan entre las medidas a tomar, las siguientes:

- Promover y proteger todos los derechos humanos de las mujeres y las niñas;
- Prevenir y eliminar todas las formas de violencia contra las mujeres y las niñas;
- Garantizar la igualdad de acceso y la igualdad de trato de hombres y mujeres en la educación y la atención de salud y promover la salud sexual y reproductiva de la mujer y su educación;

- Intensificar los esfuerzos para garantizar el disfrute en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales a todas las mujeres y las niñas que enfrentan múltiples barreras para lograr su potenciación y su adelanto por factores como la raza, la edad, el idioma, el origen étnico, la cultura, la religión o la discapacidad, o por pertenecer a la población indígena;

La Plataforma de Acción de Beijing, reconoce a los derechos reproductivos ya establecidos en La Conferencia del Cairo de la misma forma, a saber, los derechos reproductivos "se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el intervalo entre éstos y a disponer de la información y de los medios para ello y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva".

La Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer deja constancia de la necesidad de lograr que la mujer "pueda ejercer el derecho a disfrutar el más alto nivel posible de salud durante todo su ciclo vital en pie de igualdad con el hombre." Del mismo modo señala que las mujeres sufren muchas de las enfermedades que sufren los hombres, pero de diferente manera. Como realidades sociales que tienen efectos perjudiciales para su salud describe las siguientes:

- La incidencia de la pobreza y la dependencia económica en la mujer,
- Su experiencia de la violencia,

- Las actitudes negativas hacia las mujeres y las niñas,
- La discriminación racial y otras formas de discriminación,
- El control limitado que muchas mujeres ejercen sobre su vida sexual y reproductiva,
- Su falta de influencia en la adopción de decisiones.

La importancia del Programa de Acción de El Cairo y la Plataforma de Acción de Beijing, radica en que **son los primeros documentos que proporcionan un significado claro con respecto a los derechos humanos en el ámbito internacional relativos a la salud reproductiva y los derechos sexuales y reproductivos**, a diferencia de las anteriores Convenciones y Conferencias Internacionales, donde muchas veces por el lenguaje ambiguo de las mismas estaban sujetas a interpretación.

Como consecuencia, principalmente de la Conferencia Internacional de Derechos Humanos celebrada en Teherán en 1968, la Conferencia Mundial Sobre la Población y el Desarrollo, celebrado en El Cairo, en 1994, y de La Conferencia Mundial sobre la Mujer (Beijing 1995), se tiene principalmente el reconocimiento de 12 Derechos Sexuales y Reproductivos fundamentales<sup>8</sup>:

1. El derecho a la vida que incluye
  - a. el derecho a no morir por causas evitables relacionadas con el parto y el embarazo.

---

<sup>8</sup> VI ENCUENTRO DE MAGISTRADOS DE AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE. Los Derechos Reproductivos en la Administración de Justicia. Por una Justicia de Genero. UNFPA, San Salvador, Febrero 2005.

2. El derecho a la salud que incluye
  - a. el derecho a la salud reproductiva
3. El derecho a la libertad, seguridad, e integridad personales, que incluye
  - a. el derecho a no ser sometida a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.
  - b. el derecho a estar libre de violencia basada en el sexo y el género.
  - c. el derecho a vivir libre de la explotación sexual.
4. El derecho a decidir el número e intervalo de hijos que incluye
  - a. el derecho a la autonomía reproductiva.
  - b. el derecho a realizar un plan de procreación con asistencia médica o de una partera reconocida, en un hospital o en un ambiente alternativo.
5. El derecho a la intimidad que incluye
  - a. el derecho de toda mujer a decidir libremente y sin interferencias arbitrarias, sobre sus funciones reproductivas.
6. El derecho a la igualdad y a la no discriminación que incluye
  - a. el derecho a la no discriminación en la esfera de la vida y salud reproductiva
7. El derecho al matrimonio y a fundar una familia, que incluye



a. el derecho de las mujeres a decidir sobre cuestiones relativas a su función reproductora en

b. igualdad y sin discriminación.

c. el derecho a contraer o no matrimonio.

d. El derecho a disolver el matrimonio.

e. El derecho a tener capacidad y edad para prestar el consentimiento para contraer matrimonio y fundar una familia.

8. El derecho al empleo y la seguridad social que incluye

a. el derecho a la protección legal de la maternidad en materia laboral.

b. el derecho a no ser despedida por causa de embarazo.

c. el derecho a la protección de la maternidad en materia laboral.

d. el derecho a no sufrir discriminaciones labores por embarazo o maternidad.

9. El derecho a la educación que incluye

a. el derecho a la educación sexual y reproductiva.

b. el derecho a la no discriminación en el ejercicio y disfrute de este derecho.

10. El derecho a la información adecuada y oportuna , que incluye

a. el derecho de toda persona a que se le de información clara sobre su Estado de salud.

b. el derecho a ser informada sobre sus derechos y responsabilidades en materia de sexualidad y reproducción y acerca de los beneficios, riesgos y efectividad de los métodos de regulación de la fecundidad y sobre las implicaciones de un embarazo para cada caso particular.

11. El derecho a modificar las costumbres discriminatorias contra la mujer, que incluye

a. el derecho a modificar las costumbres que perjudican la salud reproductiva de las mujeres y las niñas.

12. El derecho a disfrutar del progreso científico y a dar su consentimiento para ser objeto de experimentación, que incluye

a. el derecho a disfrutar del progreso científico en el área de la reproducción humana.

b. el derecho a no ser objeto de experimentación en el área de la reproducción humana.

### **1.3 Derechos Humanos relacionados a los Derechos Sexuales y Reproductivos**

Los derechos humanos que mencionaremos más adelante, son los más resaltantes en el tema de derechos sexuales y reproductivos.<sup>9</sup>

---

<sup>9</sup> Para el desarrollo de este punto, tomamos como referencia el documento: "Consideraciones para formular las leyes de salud reproductiva", Organización Mundial de la Salud, ONU, año 2000.

## Derecho a la vida.

“Toda persona tiene derecho a la vida”. Este es un principio que siempre ha sido reconocido a nivel internacional como nacional. En el caso de la Convención sobre los Derechos del Niño, se entiende como niño a todo ser humano menor de 18 años de edad, comprendiendo al concebido según lo señalado en el preámbulo, que dice: “el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”.

El derecho a la vida se relaciona con los Derechos Reproductivos de diversas maneras. Muchos seres humanos mueren a diario, debido a la falta de educación y/o nutrición, falta de información, falta de servicios adecuados para atender a mujeres embarazadas y/o a varones en cuanto a prevención y/o tratamiento de enfermedades de transmisión sexual, etc., siendo estas situaciones más graves en países subdesarrollados.

## Derecho a la libertad y seguridad.

El derecho a la libertad supone el poder realizar todo lo que la ley expresamente no prohíbe siempre y cuando no se vaya en contra de un derecho ajeno o del interés social. La finalidad de este derecho es el de garantizar el desarrollo integral de la persona humana dentro de la sociedad a la que pertenece, con los límites de la misma.

Para ello, se debe partir de que la libertad abarca todos los ámbitos que coadyuvan al libre desarrollo de persona en la sociedad tales como libertad de conciencia, religión, información, opinión, expresión, difusión del pensamiento, asociación, etc. En cuanto al tema de derechos sexuales y reproductivos la libertad y seguridad abarca el derecho a la libertad en la toma de decisiones de querer o no tener relaciones sexuales, formar una

familia, el derecho a procrear, el derecho al placer sexual, el derecho a una vida libre de toda violencia, etc.

Derecho al más elevado Standard de salud.

Según la definición de la Organización Mundial de la Salud, la salud es “un estado completo de bienestar físico, mental y social, y no sólo la ausencia de dolencias o enfermedades”. La Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo para definir a la salud reproductiva toma como base esta definición, agregando que este estado de completo bienestar, se debe dar en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos.

Por lo tanto, para lograr aquel elevado standard de salud, se requiere de recibir servicios adecuados de atención de la salud que permitan los embarazos y los partos sin riesgos y den a las parejas las máximas posibilidades de tener hijos sanos.

En cuanto a la salud sexual, se la define como el desarrollo en sí de la vida y de las relaciones personales, de manera amplia, y expresa que no debe limitarse dicho concepto al asesoramiento y la atención en materia de reproducción y de enfermedades de transmisión sexual.

Tal como el Dr. Juan Álvarez Vita<sup>10</sup> señala: “los titulares del derecho a la salud son la persona humana y también las colectividades humanas”, debido a que el estado de salud de una persona afecta de manera directa o indirecta a otras. No olvidemos que todos los seres humanos vivimos en convivencia y lo que pase con alguno de nosotros siempre va a repercutir en los demás.

---

<sup>10</sup> ALVAREZ VITA, JUAN. El Derecho a la Salud, como Derecho Humano. Editorial Cultural Cuzco. Lima, 1994. p. 109

### Derecho a la Integridad.

El Derecho a la integridad física supone mantener una unidad entre lo físico y psíquico. Comprende el derecho a la salud, en un sentido amplio, para el desarrollo integral dentro de una sociedad y las posibilidades de ser un miembro activo en la misma.

“Asegurar el pleno respeto de la integridad de la persona en materia de relaciones sexuales”<sup>11</sup>

### Derecho al beneficio del progreso científico.

El derecho al beneficio del progreso científico implica el derecho de disfrutar de nuevas técnicas de evolución sobre métodos relacionados con la salud sexual y reproductiva, ya sean estos, relacionados con la prevención del embarazo, o sean técnicas para mejorar la fertilidad de las personas, incluyendo a hombres y mujeres. También se incluyen métodos para controlar o prevenir el SIDA, u otra enfermedad de transmisión sexual. Asimismo implica que el Estado tome las medidas necesarias para asegurar que la población tenga acceso a estos métodos a través de costos más accesibles para todos.

### Derecho a la información y educación.

Toda persona tiene el derecho a recibir información y educación relacionada con todos los temas sobre salud reproductiva, que éste requiera. Sobre todo en el tema de educación sexual, éste debe estar integrado con temas como la responsabilidad, la equidad de género, la sexualidad en todo sentido, la tolerancia y los métodos anticonceptivos entre otros.

---

<sup>11</sup> Plataforma de Acción de Beijing 107 d); y Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo. Programa de Acción del Cairo. Punto 7.34

La Organización Mundial de la Salud sostiene que el derecho a la educación es particularmente importante para la promoción y protección de la salud.

Derecho a la Familia y la Vida Privada.

El Derecho a la Familia implica la facultad de la persona de fundar o no familia.

El Derecho a la Vida Privada implica el respeto a las decisiones personales que cada individuo toma con respecto a materias relacionadas con el ejercicio de la sexualidad y la reproducción, ya sea el decidir o no tener relaciones sexuales o el decidir qué método anticonceptivo desea utilizar, así como la libre orientación sexual.

Derecho a la Intimidad.

La intimidad implica el pleno desarrollo de la persona en un ambiente de libertad dentro de una esfera privada siempre y cuando no atente de alguna manera contra la sociedad. Dicha protección se da mientras dicha privacidad protegida, no tenga efecto negativo o contrario o al interés social.

El derecho a la intimidad protege jurídicamente un ámbito de autonomía individual constituido por los sentimientos, hábitos y costumbres, las relaciones familiares, la situación económica, las creencias religiosas, la salud mental y física y, en suma, las acciones, hechos o datos que, teniendo en cuenta las formas de vida aceptadas por la comunidad, están reservadas al propio individuo y cuyo conocimiento y divulgación por extraños significa un peligro real o potencial para la intimidad.

La intimidad dentro de los derechos sexuales y reproductivos abarca las decisiones personales que cada persona toma con respecto al tema y también comprende a la confidencialidad por parte de las personas a quien se les consulta sobre temas relacionados a la salud sexual y reproductiva y el derecho a la privacidad.

#### Derecho a la No Discriminación.

Abarca todo tipo de discriminación sobre la base de la igualdad de todas las personas. Según la Organización Mundial de la Salud<sup>12</sup>, en cuanto a los derechos sexuales y reproductivos, la no discriminación se refiere a:

Considerando que el sexo de la persona, el mismo que es biológico e intrínseco de la misma, y el género, que es el construido social, cultural y psicológicamente.

La eliminación de las políticas de ciertos centros educativos que restringen la continuidad de sus estudios a la niña adolescente en gestación.

La no discriminación por la edad para solicitar información sobre contracepción y atención médica, cuando son o están por convertirse en sexualmente activos.

La no discriminación hacia personas con VIH/SIDA.

A manera de conclusión, podemos decir que Los derechos sexuales y reproductivos son derechos humanos pues tienen como fundamento el respeto a la dignidad humana, así como a la libertad e igualdad. Al ser derechos humanos, los mismos son irrenunciables, intransmisibles, únicos y

---

<sup>12</sup> ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. Consideraciones para formular las leyes de salud reproductiva. ONU, 2000. P. 46-52.

son considerados derechos inherentes a la persona humana que están por encima de cualquier Estado.

Los derechos sexuales y reproductivos subyacen a los derechos humanos, y como tales están interconectados con los demás derechos consagrados en las leyes nacionales, así como en los distintos documentos internacionales de protección a los derechos humanos.



## **CAPITULO II. MARCO JURIDICO - DOCTINARIO DEL DERECHO A LA VIDA Y DE LOS DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS**

### **2.1 Naturaleza Garantista de la Constitución y su base material**

Con la llegada de las revoluciones estadounidense y francesa en el siglo XVIII y ante la necesidad de establecer un nuevo orden de gobierno que efectivamente sustituyera a la monarquía derrotada se optó por una forma representativa y participativa de las decisiones de los nuevos estados independientes, es así como la Democracia surge como la forma de gobierno que garantizaría los ideales pregonados en la revolución y que impulsaría a las sociedades en el ejercicio de los recientemente concedidos derechos.

Dentro de estos nuevos estados independientes también se contempló la necesidad de garantizar de manera real estos nuevos derechos en un documento que reflejara el compromiso tomado por el Estado de respetar la individualidad y colectividad de la que podían gozar sus habitantes, de este modo es como el 4 de marzo de 1789 se decreta la constitución estadounidense en la que se establecen los límites de los poderes gubernamentales y la protección de los derechos y libertades fundamentales, conocida como la Declaración de Derechos.

Dicha declaración en cierto modo, y sumándose a otros hechos sociales de la época, fue uno de los pilares principales que motivó la revolución francesa que concluyó con la derrota del sistema monárquico y la instauración de gobierno que se fundamentaba en los legendarios principios “*Liberté, Fraternité, Igualité*” que harían cambiar al mundo para siempre.

Etimológicamente Constitución proviene del latín *constitutio* y éste de *constituere*: formar, establecer, erigir, fundar, *constituir*. Ley fundamental de

un estado que define el régimen básico de los derechos y libertades de los ciudadanos y los poderes e instituciones de la organización política del mismo.

Como bien podemos asegurar, está en la existencia misma de la Constitución recoger dentro de su contenido los valores y principios que son beneficiosos e inherentes al hombre convirtiéndolos en derechos, libertades o garantías y de este modo asegurar que siempre estarán a disposición de éste, ya que la tutela y protección de los derechos fundamentales es una de las bases fundamentales de los Estados Constitucionales.

Coincidimos entonces con el tratadista Andrés Gil Domínguez quien define al Garantismo Constitucional como: *“el conjunto de garantías políticas y jurisdiccionales que tienen por objeto tornar vigente al modelo de Estado constitucional de derecho, tanto en cuanto a las formas de producción del derecho, como así también, en torno a las sustancias constitucionales afincadas en los derechos fundamentales.”* Aunque nos atrevemos a agregar además la actividad por parte del estado de incorporar nuevo material al texto constitucional.

Ahora bien, una vez recogidos dentro del texto constitucional estas garantías reciben el nombre de garantías constitucionales y no son mas que los derechos o libertades fundamentales que la Constitución de un Estado reconoce como inalienables a todos sus ciudadanos y que, según el mismo texto constitucional, pueden ser o no suspendidos temporalmente y solo en los casos que excepcionalmente plantee el texto.

Estas garantías constitucionales son un reflejo de las aspiraciones de cada Estado por observar de manera amplia y efectiva el cumplimiento y respeto de los derechos o principios concebidos en defensa de la persona o

en favor de su pleno desarrollo individual y colectivo frente a y por las instituciones estatales así como otros individuos o grupos sociales.

Como es bien sabido, todo texto legal que es aprobado para su aplicación puede analizarse básicamente desde dos puntos de vista: el formal y el material. En nuestro caso en particular podemos decir que el punto de vista formal es aquel en el cual analizamos los alcances doctrinarios y jurídicos del texto constitucional y cómo éstos cubren y satisfacen las necesidades de las personas.

El punto de vista material es en el que se analiza el desarrollo del texto constitucional en su aplicación a la realidad y de cómo esta realidad responde ante tales disposiciones constitucionales, pudiendo ser el caso que en tal relación y con el transcurso del tiempo algunas partes del texto constitucional se consideren innecesarias por no estar apegadas a las actividades o necesidades de la realidad o, viceversa, algunas actividades o necesidades de la realidad sean incorporadas al texto constitucional para asegurar su vigencia y desarrollo o satisfacción

Esto lo podemos reflejar directamente en el texto de nuestra constitución, la cual en su parte dogmática, que es en la que se establecen los derechos y libertades de los ciudadanos, el artículo 1 fue reformado para incluir un inciso en el que se reconoce al ser humano desde el instante de la concepción o con la propuesta de reforma constitucional que pretende dejar sin efecto lo establecido en el artículo 24 que prohíbe la interferencia y la intervención de las comunicaciones telefónicas.

Y si bien es cierto que nuestro texto constitucional recoge toda una gama de garantías para asegurar la consecución de sus pilares fundamentales (justicia, seguridad jurídica y bien común), que pretenden

proporcionar un ambiente de prosperidad y desarrollo, es solamente en el campo de la práctica, que es en donde se produce el verdadero reflejo del alcance de las garantías constitucionales, donde podemos verdaderamente analizar la efectividad o deficiencia de las garantías constitucionales.

De este modo podemos proponer que todas las garantías constitucionales contempladas en la parte dogmática de nuestra Constitución, que abarca desde el artículo 1 hasta el 82, si bien pretenden realizar el desarrollo del ser humano en una forma plena, al momento en que se aplica a la realidad, más dinámica que el texto constitucional, se generan o quedan en evidencia las carencias y fallas del garantismo constitucional ya bien por que las instituciones respectivas no tienen la capacidad para lograr el efectivo cumplimiento de dichas garantías o por que el logro de éstas es demasiado complejo.

## **2.2 Criterios de Jerarquización de los Derechos Fundamentales**

Dentro del texto de nuestra Constitución vigente los Derechos fundamentales ocupan un lugar de privilegio al ser ubicados a partir del artículo 2 hasta el 31, abarcando dentro de éstos una amplia gama de derechos y garantías que los constituyentes consideraron le darían al hombre cierto grado reivindicación frente a los descuidos o, más bien dicho, a las inobservancias que padecieron Constituciones anteriores.

Es una invitación para reflexionar que el Poder Constituyente se inspirara en *“el ferviente deseo de establecer los fundamentos de la convivencia nacional con base en el respeto a la dignidad de la persona humana, en la construcción de una sociedad más justa, esencia de la democracia y al espíritu de libertad y justicia, valores de nuestra herencia humanista”*.

Y la reflexión surge al momento de percibir que, según lo citado, hay en el Poder Constituyente un anhelo por buscar o lograr un grado o nivel de equilibrio en el cual, todos aquellos que se vean alcanzados con estas disposiciones se relacionen entre si de forma tal que todos dispongan, formalmente, de iguales condiciones para desarrollarse en la convivencia social, por ser esta una de las principales necesidades inherentes al hombre.

Decimos necesidades inherentes por que, al igual que el hombre busca satisfacer el hambre y la sed, también busca desarrollarse dentro de los grupos sociales a los que puede tener acceso, y en las diferentes relaciones interpersonales a las que se verá expuesto se garantiza que nunca se verá reducido en sus intensiones, pretensiones, inquietudes o deseos, o en su calidad de ente social si se encuentra relacionado con otros entes que pretenden u ostentan una calidad diferente a la de otros.

De este modo podemos asegurar que los Derechos y Garantías Fundamentales nos trasladan al plano, abstracto si se quiere, de la igualdad en el cual la justicia sustenta la base de la aplicación material del texto constitucional en la realidad social.

Supongamos ahora que dentro de los artículos que contienen los Derechos y Garantías Fundamentales se contara con un sistema que permitiera sobreponer unos a otros, de modo tal que se tuviera una estructura escalonada por la cual habría un orden numérico que nos indicara que unos derechos son mas importantes que los otros.

En otras palabras, consideremos que se tendrá un nivel jerárquico considerando el lugar que ocupa cada derecho o garantía dentro de los artículos. Podremos suponer que, esta escala que logrará un nivel altísimo de protección al derecho a la vida irá decreciendo hasta dejar casi en el

descuido al artículo ochenta y dos. De modo tal que, y en este caso reflejándolo en el texto constitucional, la vida será el más protegido de todos los derechos e, hipotéticamente, podría obligárenos a ejercer nuestro derecho al sufragio dentro de los recintos de las instalaciones militares o de seguridad pública.

Imaginemos también el caso en el que se considera que la importancia de cada uno de los derechos fundamentales está otorgada por el lugar que ocupan los artículos dentro del texto constitucional. De este modo podemos decir que, en nuestra Constitución, los grandes vencedores serían los ubicados en el artículo dos y los menos valorados serían los ubicados en el artículo ochenta y dos. Esto otorgaría un buen nivel de protección a lo reflejado en los primeros artículos, pero a medida se avance hacia los últimos, este nivel de protección se haría más y más débil.

Por último pensemos en un sistema de valoración con una escala del número uno al diez, siendo uno la nota más importante y el diez su contraria, y dentro de esta escala ubiquemos de manera subjetiva todos los derechos y garantías fundamentales. No será una tarea fácil decidir cuáles o cuántos derechos reciben qué nota y cuáles otros no. También se complicará al comparar nuestra escala de jerarquización con las de otras personas y empeorará al discutir sobre quien tiene la razón en cuanto a calificar los derechos.

Es fácil advertir que estos criterios de jerarquización no pueden funcionar dentro de un texto constitucional diseñado para respetar la dignidad e inspirado en la igualdad, la libertad y la justicia.

Planteamos ahora, luego de haber analizado con la suficiente distancia crítica los casos anteriores, la idea de un sistema que no jerarquiza

los derechos fundamentales si nos mas bien los concatena unos con otros de forma tal que éstos no buscan una jerarquía los unos sobre los otros sino la plenitud en el desarrollo del individuo.

Estaremos hablando entonces de un sistema que interpreta y no que jerarquiza las disposiciones constitucionales, otorgando a cada derecho fundamental el mismo lugar en referencia del individuo que es el recipiente que los contiene, no pudiendo hablarse de una jerarquización de derechos fundamentales ni de criterios para realizarla pues, como su nombre lo indica, los derechos fundamentales no buscan sobresalir entre ellos sino reconocer las obligaciones que el Estado tiene para con sus ciudadanos.

Podemos si, establecer una pequeña escala en lo referente a la medición entre los derechos de primera, segunda y tercera generación, por la cual podemos encontrar que ubicamos en primer lugar los derechos de la primera generación, no por que en su conjunto generacional tengan más valor que las otras dos generaciones sino por que se refieren a todos los derechos que se reconocen como inherentes a la persona, los derechos de las otras generaciones pueden llegar a faltar en cierto momento tanto al individuo como a la sociedad, pero los de la primera generación se consideran infaltables al individuo que es la base de la sociedad.

### **2.3 Derecho a la Vida y los Derechos Sexuales y Reproductivo**

Hay que aclarar que solo se analizan los derechos a la vida y los derechos sexuales y reproductivos por ser estos el eje de nuestra investigación al estar en una contraposición directa ya que, si por un lado se reconoce el derecho a la vida del no nacido por el otro se entabla una discusión por el reconocimiento que se podría hacer a los derechos sexuales

y reproductivos y por como éstos pueden otorgar tácitamente la posibilidad de abortar.

De lo expuesto anteriormente, y luego de leer el artículo uno de nuestra Constitución, podemos concluir que, efectivamente se ha tenido a bien modificar el texto constitucional para proteger el derecho a la vida del no nacido contra la acción del aborto dentro de la legislación penal correspondiente, propiciando con esta reforma una leve pero grave jerarquización de derechos fundamentales.

Debemos recordar que al momento de realizar dicha jerarquización se produce una disonancia en la relación que debe existir entre estos derechos fundamentales, la cual debe ser armoniosa para que en efecto potencie el desarrollo humano.

Analicemos primero el derecho a la vida del no nacido. En la primera línea del artículo dos de nuestra Constitución se garantiza a toda persona el derecho a la vida, hasta ese momento en el Código Penal que se encontraba vigente se permitían dos casos de aborto: el terapéutico y cuando la vida de la madre estuviera en peligro.

Pero a partir de la reforma constitucional por decreto legislativo de fecha 30 de abril de 1997 se adiciona un inciso segunda al artículo uno de la Constitución en el cual se reconoce como persona humana a todo ser humano desde el instante de la concepción. Dejando de lado el tema de la jerarquización, cabe recalcar que este nuevo inciso provee al derecho a la vida de un elemento muy importante: la especificidad.

Antes de dicha reforma, si bien es cierto, se reconocía al derecho a la vida para todas las personas no se detallaba qué era la persona, y también



agrega desde que momento la persona goza de este derecho: desde el instante de la concepción.

Tomemos ahora los derechos sexuales y reproductivos. Estos, como tales, no están reconocidos en ningún momento por nuestro texto constitucional. La más aceptada de las ideas es que éstos surgen como una nueva manifestación o como una ramificación del derecho a la salud.

Si este fuera el caso, no podemos más que señalar que si bien el derecho a la salud está recogido dentro de nuestro texto constitucional, carece del elemento que pone en un primer plano al derecho a la vida: la especificidad. No es posible obviar el hecho de que, en igualdad de condiciones por ser ambos reconocidos como derechos fundamentales, cuando se trata del derecho a la vida, el texto constitucional es mucho más específico al momento de señalar bajo qué condiciones se legislará para protegerlo.

Caso contrario sucede con el derecho a la salud, pues la falta de especificidad sobre éste no disminuye su concepción como derecho fundamental pero sí provoca un vacío al desconocerse los alcances de protección que otorga ya que decir “derecho a la salud” es demasiado extensivo, tendrían que mencionarse los elementos del derecho que se protege.

Visto así, podemos asegurar que la interpretación constitucional que se hace de estos derechos y la consecuente protección responden no solo a factores morales (cuya intervención analizaremos más adelante) sino también a factores que revelan un nivel mayor de claridad sobre cada uno de estos derechos fundamentales.

## **CAPITULO III. AXIOLOGÍA JURÍDICA**

### **3.1 Axiología Jurídica**

El Termino Axiología proviene del griego *axios*, 'lo que es valioso o estimable', y *logos*, 'ciencia', que en general se traduciría como teoría del valor o de lo que se considera valioso, debiendo englobarse en esta, la idea de que no sólo trata de los valores positivos, sino también de los valores negativos, analizando los principios que permiten considerar que algo es o no valioso, y considerando los fundamentos de tal juicio<sup>13</sup>.

La axiología jurídica, es una de los fragmentos más importantes que tiene el ordenamiento jurídico, ya que ella es la rama de la filosofía del Derecho que trata el problema de los valores jurídicos, explicando a su vez sobre cuales serán los valores que harán correcto un modelo de Derecho. Esta existencia de la axiología es significativa ya que muestra el papel que tienen los valores dentro del sistema jurídico. La formación de valores de una sociedad va determinar la proyección de su sistema de derecho.

La Axiología Jurídica como tal es el enjuiciamiento crítico del derecho positivo desde un determinado sistema de valores; pero también confrontación racional y análisis crítico de los diferentes sistemas de valores que, de modo sucesivo (diacrónico) y simultáneo (sincrónico), tratan de presentarse como legítimos o justo. La axiología jurídica habla no de que es el derecho (ontología jurídica) ni de cómo es de hecho aquí ahora (ciencia jurídica), sino de cómo debe ser, con todo lo que implica al menos desde Hume y Kant semejante salto cualitativo

---

<sup>13</sup> Encarta, Axiología, 2000

Aparece entonces en ese sentido la axiología como una parte de la ética: ética jurídica o análisis crítico de los valores jurídicos, teoría de la justicia principalmente, pero incluyendo también a los demás valores como los de libertad, paz, igualdad, seguridad, etcétera. Entendemos entonces que la justicia se considera el valor más importante dentro de la axiología jurídica: La justicia no es el dar o repartir cosas a la humanidad, sino el saber decidir a quien le pertenece esa cosa por derecho, “la interpretación del derecho, también conocida como hermenéutica, es una de las cuestiones técnicas y teóricas de la acción del jurista, es una cuestión esencial también en la práctica del derecho. Podría decir sin temor a error que la correcta interpretación consigue la correcta aplicación, de ahí la salvaguarda de los derechos subjetivos, incluso el principio de legalidad”.

La justicia es ética, equidad y honradez. Es aquel sentimiento de rectitud que gobierna la conducta y hace acatar debidamente todo los derechos de los demás. “...la justicia juega el papel de ser el valor que encabeza el plexo axiológico y este lo hace porque los valores precedentes están subsumidos por la justicia como supremo valor”. El "ideal de justicia" o sea, ese conjunto de condiciones protegidas por el derecho se puede considerar desde una perspectiva absoluta iusnaturalista dentro de lo cual todo derecho es justo y si no es justo no es derecho. Pero desde una perspectiva iuspositivista el derecho es condición de la justicia y a la vez esta es una medida de valoración del derecho, por lo que se puede decir que un derecho positivo determinado es justo o es injusto de acuerdo a un ideal de justicia subjetivo. Todas las virtudes están comprendidas en la justicia. En definitiva, la verdadera justicia es el arte de dar lo justo o hacer dar lo justo a un individuo, basándose en los principios del arte del derecho, sin tener ningún tipo de discriminación o preferencia hacia ninguna persona. Ya que todas las personas deben ser tratadas sin tal discriminación para no caer en

una justicia falsa, y no sería dar a cada uno lo suyo, sino determinar ciertas características de la persona, dependiendo de su clase social, raza, religión y hasta género.

La Axiología jurídica como se explicó en el inicio no es mas que la parte del derecho relacionada con los valores, la moral, la ética, etc. De todos los valores del Derecho el más importante es el de justicia. Tiene tanta importancia que algunos autores designan a la axiología jurídica como *Teoría de la Justicia*<sup>14</sup>. La paciencia se puede considerar también como un valor jurídico ya que de esta, nace el respeto, aceptando que existen otras personas, con otras formas de ver las cosas con relación a la nuestra. La filosofía del derecho es una rama de la filosofía que estudia de los fundamentos filosóficos que rigen la creación y aplicación del Derecho. Comprendiendo todo el acercamiento al hecho jurídico, un fenómeno que ha acompañado a la Humanidad desde su aparición, puesto que la ley y el derecho constituyen una constante histórica que ha incidido de una manera general y constante en las personas y en los modelos sociales y políticos.

Dentro de la filosofía de derecho destacan dos componentes de la misma: La ontología jurídica que es quien va a determinar el ser del derecho, es decir cual será el objeto sobre el que se va a examinar. La Ontología jurídica logrará un concepto del derecho el cual servirá como una fuente de conocimiento para los que le sucedan a estas investigaciones. El otro elemento importante es la axiología jurídica que se encarga del problema de los valores jurídicos, es decir, aclara sobre los valores que harán correcto un modelo de derecho. La filosofía jurídica existencial tiene su razón de ser en el marco de la antropología, es decir trata de poner de relieve la relación entre el hombre y la realidad jurídica; no podemos prescindir del hombre en la

---

<sup>14</sup> Fernández Bulté Julio, Filosofía del Derecho, Editorial Félix Varela, La Habana, Cuba 2002, p. 25

realización del derecho porque la humanidad es la que crea y aplica el derecho, aún más, crea y aplica a sí misma el derecho. Al hablar del término valor cuyo uso se extiende hoy a todos los campos de la actividad humana, incluyendo la moral. Corresponde a Marx el mérito de haber analizado el valor económico ofreciendo con ello los rasgos esenciales del valor en general.

El valor con respecto a un objeto económico como: la mercancía, es en primer lugar un objeto útil, satisface determinada necesidad humana. Tiene una utilidad para nosotros y, en ese sentido, posee un valor de uso. La mercancía vale en cuanto puede ser usada. Para que un objeto tenga un valor de uso se requiere simplemente que satisfaga una necesidad humana, sea natural o producto humano. Cuando estos productos se destinan no sólo a ser usados, sino ante todo a ser cambiados se convierten en mercancías, y, entonces, adquieren un doble valor: de uso y de cambio. El valor de cambio de la mercancía es indiferente a su valor de uso; o sea, es independiente de su capacidad para satisfacer una necesidad humana determinada, sólo un objeto útil puede tener un valor de cambio. “El derecho tiene que ser reconocido y pensado como normativa que expresa no simplemente intereses económicos, sino como condición de los valores económicos, sociales y espirituales, que se interpretan como voluntad política”

### **3.2 Teorías Axiológicas**

#### **1. Epicureismo**

Para el epicureismo no existía realidad diferente que la materia. Lo que se llama alma, así como las ideas, no eran más que formas de la materia

compuesta de átomos y organizadas de manera especial dentro del cuerpo humano. Alma y cuerpo eran una sola naturaleza y no dos diferentes.

Todo valor entonces, estaría plenamente regido por la actividad sensible del cuerpo. Así lo bueno moralmente no sería otra cosa que aquello que produjera sensaciones agradables al hombre: el placer. Pero no se entienda aquí la búsqueda de placer como la simple satisfacción inmediata y amoral de las necesidades fisiológicas y tendencias psíquicas, sino como la búsqueda del mejor estado físico. La preservación saludable y satisfactoria del cuerpo humano era considerada como el fin moral por excelencia.

## 2. El utilitarismo cuántico

En el siglo XVIII, y como herederos de epicureismo, aparece una corriente igualmente fundamentada en la fisiología de los órganos humanos. Según estos, los valores se representaban en la mayor cantidad de reacción positiva que se produjera en el individuo.

Determinaron además que mientras la reacción positiva aumentaba aritméticamente (1, 2, 3, 4, 5...) en el individuo, el medio de producción de aquella reacción debía aumentar geométricamente (2, 4, 8, 16, 32...). De tal manera que se podía llegar a un punto donde no hubiera aumento en la satisfacción al resultar imposible duplicar el medio de producción.

## 3. Teoría sociologista de E. Durkheim

Para Durkheim, la sociedad se comporta como una entidad independiente de los individuos que la componen. Es decir, que la sociedad no es solamente la suma de los individuos sino que presentan características específicas.

La sociedad para lograr mantener cohesionados a una multitud de individuos crea en cada uno de ellos ideales que son colectivos en dos sentidos: se presentan en todos los individuos, y en su consecución solo es posible en la medida en que estos individuos permanezcan unidos.

#### 4. Teoría de Scheler

Los valores, para Scheler<sup>15</sup> y su escuela, son objetos captados a priori, independientemente de la experiencia; se diferencia de los bienes empíricos, en que son sus depositarios. Como se trata de esencias ideales, pueden ser captados mediante una intuición emocional y no mediante un razonamiento.

Trasladó el principio de la intuición del campo de la lógica al de los valores humanos, sensibles, vitales, espirituales y religiosos, los cuales trato de ordenar de una manera jerárquica.

### **3.3 La Axiología y El Derecho**

La ética estudia los valores, es decir, todo aquello que las personas desean, consideran importante de hacer o conformar su manera de ser, es decir, la manera habitual de ser y hacer, mediante nuestros actos, por ejemplo quien roba se hace ladrón, quien miente se convierte en mentiroso, quien estudia se convierte en estudiante. Haciendo el mal, adquirimos hábitos negativos (vicios) y nos hacemos personas negativas o viciosas; haciendo el bien adquirimos hábitos positivos (virtudes) y nos hacemos personas buenas, correctas o virtuosas.

---

<sup>15</sup> Scheler, Max. Perspectivas de la Filosofía, Editorial Beacon Press, Boston, 1958, p. 144.

En el proceso de elección y el hacer se nos presenta siempre la posibilidad de elegir entre varios actos posibles. Esta elección ha de basarse, a su vez, en una preferencia.

Al hablar del término valor cuyo uso se extiende hoy a todos los campos de la actividad humana, incluyendo la moral. Corresponde a Carlos Marx el mérito de haber analizado el valor económico ofreciendo con ello los rasgos esenciales del valor en general. El valor con respecto a un objeto económico como: la mercancía, es en primer lugar un objeto útil, satisface determinada necesidad humana. Tiene una utilidad para nosotros y, en ese sentido, posee un valor de uso. La mercancía vale en cuanto puede ser usada.

Para que un objeto tenga un valor de uso se requiere simplemente que satisfaga una necesidad humana, sea natural o producto humano. Cuando estos productos se destinan no sólo a ser usados, sino ante todo a ser cambiados se convierten en mercancías, y, entonces, adquieren un doble valor: de uso y de cambio. El valor de cambio de la mercancía es indiferente a su valor de uso; o sea, es independiente de su capacidad para satisfacer una necesidad humana determinada, sólo un objeto útil puede tener un valor de cambio.

La teoría que fundamenta los valores se le llama axiología. El hombre siempre ha estudiado los valores, aunque no con el nombre y sistematicidad con que en la actualidad se realizan. Ya los grandes filósofos como Platón y Aristóteles, estudiaron con amplitud entidades como la justicia, el bien, la responsabilidad, la moderación, la libertad, etc.



La mayoría de las personas no sabe qué son los valores: pero reconoce lo valioso de los objetos, pues los valora y se decide, al elegir o tener preferencia más por unos que por otros.

Los valores no existen por sí mismos, al menos en este mundo: necesitan de un depositario en qué descansar. Se nos presentan por tanto, sólo como cualidades de esos depositarios: la belleza de un trofeo, la hermosura de la rosa, la utilidad de una herramienta, la armonía de una escultura, en lo anterior existe cualidades para la existencia misma del los objetos, el volumen, el peso, la exactitud, la extensión, como ejemplo. Ninguno de estos objetos podría existir a la falta de esas cualidades. Son cualidades que los objetos comparten con los demás objetos y que ellos mismos poseían antes de que se les incorporara un valor.

### **3.4 Corrientes Axiológicas**

A finales del siglo XIX el tema acerca de valores cobró suma importancia, debido sobre todo a la obra de Friedrich Nietzsche, tiempo después, surgieron dos clases de opiniones contrapuestas respecto a la realidad del valor, y que configuran como las Principales corriente axiológicas<sup>16</sup>:

#### **3.4.1 El subjetivismo Axiológico.**

Los defensores de esta corriente de pensamiento defienden que no existen cosas valiosos por sí mismas, ni tampoco valores, sino que todos los valores son creados o inventados por las personas, es decir, valioso es lo que los seres humanos consideran como tal, por tanto el subjetivismo, traslada el valor del objeto al sujeto, y lo hace depender del modo como soy

---

<sup>16</sup> Revista Telemática de Filosofía del Derecho, nº 3, 1999/2000. P. 15

afectado por la presencia del objeto<sup>17</sup>. Como representantes de esta corriente sitúan a los siguientes filósofos:

1. Nietzsche., reaccionó contra las ideas platónicas y contra la moral cristiana, defendió que los valores morales son valoraciones subjetivas, es decir, que los valores dependen de las preferencias individuales y colectivas y se encuentran sometidos a las modas y los caprichos humanos.

2. Meinong., afirma que una cosa tiene valor cuando nos agrada y en la medida en que nos agrada.

3. Ehrenfels., en cambio, rechaza el sentimiento de agrado como fundamento del valor. Según el mismo, si el fundamento del valor fuera el agrado, sólo podrían ser valiosas las cosas existentes, sin embargo, consideramos también como valiosas las cosas que no existen; como la justicia perfecta, la felicidad total, la democracia plena. Para este filósofo el fundamento del valor reside en nuestro deseo o apetito, valiosas son las cosas que deseamos o apetecemos y porque las deseamos y las apetecemos.

Dentro de esta corriente podemos encontrar:

a) subjetivistas en el plano ideal. Para estos axiólogos, es la condición humana la que constituye el valor.

La Escuela neokantiana de Baden, con Guillermo Windelband, Enrique Reickert y Bruno Bauch, afirma que la esencia del valor consiste en su vigencia, dando lugar al subjetivismo trascendental del valor.

---

<sup>17</sup> García Maínez, Eduardo. Filosofía del Derecho. Editorial Porrúa, México, 1977, pp. 419 y sigts.

Rickert<sup>18</sup> explica esta teoría con la siguiente afirmación: "Los valores no son realidades, ni físicas ni psíquicas. Su esencia consiste en su vigencia, no en su real facticidad. Mas los valores se enlazan con las realidades, y de esos enlaces conocemos ya dos. En primer lugar, puede el valor residir en un objeto, transformándolo así en un bien, y puede además ir unido al acto de un sujeto de tal suerte que ese acto se transforme en una valoración"

La reflexión sobre la ciencia, la moral, el arte y la religión le lleva a descubrir los valores que forman parte del reino intemporal, normativo.

El mismo autor<sup>19</sup>, escribe: " En los objetos culturales, residen pues, los valores, y por eso vamos a llamarlos bienes; de ese modo podremos distinguirlos, al mismo tiempo, como realidades valiosas, de los valores mismos, que no son realidades y de los cuales pueden prescindirse. Los procesos naturales no son pensados como bienes y están libres de toda relación con los valores, Por lo tanto, si de un objeto cultural se retira el valor, queda reducido a mera naturaleza. Por medio de esta referencia a los valores, referencia que existe o no existe, podemos distinguir con seguridad dos especies de objetos; y sólo por ese medio podemos hacer la distinción, porque todo proceso cultural, si prescindimos del valor que en él resida, tendrá que considerarse como relacionado con la naturaleza y, por ende, como naturaleza.

Todavía debemos añadir algo sobre la especie de valor que transforma ciertas realidades en bienes de cultura y las destaca así de la naturaleza. De los valores no puede decirse que son ni que no son reales, sino sólo que valen o no valen.

---

<sup>18</sup> Rickert, Heinrich. Fundamentación General de la Filosofía. Editorial Tubingen, Alemania 1943, pp. 144-145.

<sup>19</sup> Rickert, Heinrich. Fundamentación General de la Filosofía. Editorial Tubingen, Alemania 1943, p. 50.

Al analizar esta teoría verificamos que es incompleta, ya que si contemplamos una obra artística, reconocemos que es bella o fea, no sólo por nuestra condición humana, sino que hay algo real que nos obliga a reconocer esa belleza o esa fealdad.

b) subjetivistas en el plano real. Los autores pertenecientes a esta corriente sostienen que las cosas son buenas o malas, porque queremos reconocerles un valor, porque nosotros se los damos, en sí mismas no son valiosas o antivaliosas.

Para ellos el valor no es nada positivo sino una emanación del sentimiento. El valor es algo subjetivo: la impresión personal de agrado o desagrado.

#### 3.4.2 El objetivismo Axiológico.

Esta corriente concibe el valor como una entidad objetiva, es decir, con total independencia de un sujeto que los capte como tal valor. Sus antecedentes históricos son lejanos ya que se encuentran en Platón en su doctrina metafísica de las ideas. Lo bueno y lo bello existen idealmente, como entidades inmutables, intemporales y absolutas que existen en sí y para sí, independientemente de cómo se plasmen en las cosas empíricas, temporales, mudadizas y relativas, e independientemente también de la relación que el hombre pueda mantener con ellas conociéndolas o intuyéndolas. Para los defensores de esta corriente valorar consiste en descubrir valores. En esta corriente se tiene dos concepciones distintas.

1. Para Max Scheler y Nikolai Hartmann., los valores son independientes, tanto de los sujetos que valoran como de las cosas y los bienes en que se encuentran. Los valores son entes ideales,

objetivos y absolutos, existentes en sí y por sí, que poseen una esencia propia y una existencia ideal.

2. Otros filósofos pertenecientes a muy diversas corrientes filosóficas, como Maritain, Ortega y Gasset y casi todos los neoescolásticos, sostienen que no existen valores independientes en sí, sino objetos reales e ideales (bienes), que por ser bienes poseen valor y se presentan a las personas invitándoles a su realización, o sea los valores son los propios seres reales e ideales en tanto en cuanto se presentan como bienes a las personas. Las tesis fundamentales del objetivismo, pueden sintetizarse de la siguiente manera: separación radical entre valor y bien, y entre valor y existencia humana.

Podríamos clasificar esta corriente:

a) objetivismo absolutista y teísta. Conciben el valor como una entidad objetiva y como algo absoluto, y esta absolutividad se basa, en última instancia en la esencia divina. Entre sus principales representantes podríamos incluir a Max Scheler<sup>20</sup>.

Scheler escribe: "Independencia... entre el ser de los valores y las cosas, bienes y contenidos objetivos... Nos es dado ya clara y evidentemente el valor de una cosa, sin que nos estén dados aún los depositarios de ese valor... Los valores son independientes en su ser de sus depositarios."

Max Scheler afirma que los sentidos captan lo material, la inteligencia está dirigida al ser, y el sentimiento puro o la estimativa revelan los valores.

---

<sup>20</sup> Scheler, Max. El Formalismo en la ética y la ética material valorativa, Editorial Halle, Alemania, 1927, p. 12

La intencionalidad de nuestra estimativa va dirigida y revela ese orden ideal de los valores que a veces se encarna en la realidad constituyendo los "bienes", pero el hecho de la aparición o desaparición de éstos, para nada afecta al mundo del valor. Que se multipliquen o desaparezcan los actos justos para nada afecta al valor de la justicia.

Toda la axiología de Scheler es un personalismo y los valores típicos de la persona son los morales. Es en Dios donde todos los valores encuentran su origen y su razón de ser, pero no el Dios de la metafísica, sino el captado como sumo valor.

b) El objetivismo absolutista y no teísta. Conciben el valor como algo objetivo, con total independencia de un sujeto que lo capte como valor, y la absolutividad del valor se basa exclusivamente en su propia naturaleza. Hartman defiende esta postura: "Los valores tienen sin duda la misma idealidad de las demás estructuras esenciales, pero, a pesar de todo, tienen todavía un modo de ser especial dentro del común ser-en-sí-ideal"

Hartman fundamenta los valores: " La indiferencia no es sólo la de los valores a lo real, sino también una indiferencia de lo real a los valores...Pero también lo real se halla ahí en una cierta independencia respecto de ellos, está muy lejos de regirse en su contenido por ellos. Dispongo de un espacio libre frente a ellos. Más exactamente: sólo en su carácter de valor o no valor es dependiente de ellos, en su carácter de ser independiente.

Tanto Max Scheler y Nikolai Hartman subrayan el carácter ideal del valor, que captamos no por la experiencia sensible, mediante el sentimiento,

sino con una intuición emocional de orden superior que designan como estimativa. Pretende superar todo subjetivismo y formalismo anterior.

Para ambos autores el valor no son determinaciones físicas que residen en los objetos y van más allá de cualquier experiencia subjetiva, pero tampoco se confunden con seres subsistentes al modo platónico.

c) El axiomatismo axiológico. Esta corriente atribuye al valor los caracteres de objetivo y absoluto, pero intenta edificar la teoría del valor desde un punto de vista formal, es decir, mediante el establecimiento de unos axiomas axiológicos, unas reglas de inferencia y unos teoremas deducidos de los axiomas mediante reglas. Se convierte pues, en una ciencia pura, un saber trascendental.

### 3. El relativismo. Este puede ser:

a) Relativismo psicológico Para el que los valores son relativos, siendo esta relatividad función de la apreciación que de los mismos realiza el sujeto psicológico. En el individuo puede distinguirse dos actitudes bien diferentes: por una parte, el sujeto que aquí y ahora vibra emocionalmente y, por otra, el yo en cuanto no es más que eco de valoraciones colectivas, arrastradas por tradición y a cuyo influjo no puede sustraerse. Sólo hay una manera de creer en valores absolutos: hacer abstracción del sujeto y del momento en que los experimento y engendro con mi deseo.

b) Relativismo sociológico Esta corriente concibe el valor como relativo, pero esta relatividad está en función de la apreciación que de los mismos hace, no el sujeto individual, sino el grupo social.

#### 3.4.3 Los Problemas de la Axiología

La Teoría de los valores<sup>21</sup> es relativamente reciente; ensaya sus primeros pasos en la segunda mitad del siglo XIX. Esto no significa que anteriormente los filósofos no repararan en las diversas identidades que se conocen con el nombre genérico de valores, lo que sucede es que no tenían conciencia clara de su importancia y, además, los confundían entre sí, como sucede en el pensamiento de los primeros hombres que entregaron su existencia al estudio de la Filosofía.

Antes de que se hubiera establecido una rama que se encargara del estudio de los actos y juicios valorativos, lo que en nuestros días conocemos como Axiología, los valores eran comprendidos de forma aislada y sistemática. Uno de los primeros que habla de valores fue en gran filósofo alemán Federico Nietzsche, quien afirmaba:

"¿Nuestros valores? Posiblemente tengamos nosotros también nuestros valores, aunque no sean esos valores cordiales y bruscos que en más de una ocasión hemos venerado de nuestros antepasados. Nosotros, primogénitos del siglo XX, europeos de pasado mañana, aún cuando tuviésemos valores y virtudes, no serían otras que aquellas que mejor sirvieran a nuestras inclinaciones íntimas y queridas, a nuestras necesidades más ardientes. Todo esto a pesar de nuestros sabios disfraces, de nuestra curiosidad peligrosa, de nuestra versatilidad, hay que buscarlo en nuestros propios laberintos, en donde, como todos saben, se extravían tantas cosas y se pierden para siempre. ¿Hay algo más hermoso que entregarse a la investigación de nuestras propias virtudes? ¿No es eso creer ya en una propia virtud? Pero esta fe en nuestra propia virtud, no es lo que se llamaba en otro tiempo buena conciencia. Aunque nos agrade poco sentirnos cosa pasada y respetable, al margen de nuestros venerables abuelos, parece que

---

<sup>21</sup> Frondizi, Risieri. ¿Qué son los Valores?, Introducción a la Axiología, Breviarios del Fondo de Cultura Económica nº 135, 3a. Edición, 6a. Reimpresión. México, 1986. P. 54.



al menos en un punto somos dignos nietos. También nosotros llevamos o cargamos esa buena conciencia."

Una vez mencionadas algunas citas de autores de la Axiología en sus inicios, se analizarán ahora sus problemas básicos:

#### 3.4.3.1 Problemas de la Existencia de los Valores:

Este problema pregunta: ¿Existen los valores?, de ser así, ¿Qué tipo de existencia tienen?; ¿Cuál es su naturaleza? Los valores pertenecen a una región independiente, no son cosas, no pertenecen a la realidad, sino a un mundo aparte y autónomo. Esta tesis es sostenida por el filósofo alemán R.H. Lotzse, quien encierra su comprensión del valor en la frase siguiente: "Los valores no son, sino que valen"

La separación de los valores frente a la realidad material, que se encuentra implícita en la frase de Lotzse, sirve de base para hacer una incursión tajante entre las ciencias de la naturaleza y las ciencias de la naturaleza y las ciencias del espíritu (donde precisamente tienen cabida los valores de la cultura).

Según esta posición idealista, las ciencias de la naturaleza están exentas de valores, mientras que las ciencias del espíritu están guiadas por los valores de la cultura, de esta manera la Teoría de los Valores se convierte en una ciencia decisiva en el campo de las ciencias humanas. Dentro de este criterio podemos afirmar que la Axiología es la base de la Ética.

Volviendo al problema de la pregunta sobre la existencia de los valores, podemos decir en general, que los filósofos están de acuerdo en que los valores existen, pero difieren en cuanto al modo de existir.

### 3.4.3.2 Problema del Método

Otro problema que enfrenta la Axiología es el referente al método que debemos emplear para dilucidar la existencia y naturaleza del valor.

La historia de la Axiología registra dos métodos distintos y opuestos para el tratamiento de los valores: el método apriorístico que se basa en una intuición emocional del valor, el cual nos traslada a que los valores son en sí y por sí; y el método experimental que considera que el único medio para determinar la existencia de los valores es la experiencia. Sólo acudiendo a la experiencia puede conocerse la auténtica naturaleza de los valores.

Por ejemplo, para definir el valor de la justicia es necesario estudiar infinidad de actos justos y determinar sus notas comunes e irreducibles.

Los defensores del método apriorístico, en cambio, consideran: ¿Cómo es posible determinar si una actitud es justa si se carece del conocimiento previo o apriorístico de la justicia? Los valores, entidades objetivas a priori, son condiciones de posibilidad de los bienes o cosas valiosas.

### 3.4.3.3 Problema de la Jerarquía de los Valores.

Como se verá, una característica de los valores es que éstos implican una relación jerárquica, pues es evidente que hay valores superiores y valores de rango inferior. Un escritor, por ejemplo, afirma que si durante un incendio, en un cuarto, estuvieran un cuadro famoso y un niño, preferiría salvar al niño y que la obra de arte de valor incalculable fuera consumida por las llamas.

Ahora bien, si los valores suponen un orden jerárquico, puede preguntarse: ¿Existe acaso una jerarquía objetiva, definitiva que sirva de referencia para ordenar todas las valoraciones?...este es precisamente la pregunta que formula el problema de la Jerarquía de los valores.

Este es uno de los problemas más difíciles que la Axiología tiene que resolver; y, que en realidad, no lo ha resuelto satisfactoriamente. ¿Cuál es el valor supremo conforme al cual debe ordenarse la vida?... He aquí una cuestión difícil y muy debatida. Si afirmo, por ejemplo, que la Filosofía es lo más valioso que me permite dar sentido humano a mi vida, alguien podría replicarme que la Filosofía es la cosa más aburrida e improductiva del mundo, que para él es más valioso un partido de fútbol; un religioso diría que para él el valor supremo es la santidad; un político, en cambio, tendría como valor supremo la cosa pública, y así sucesivamente. Así, las diversas concepciones de la vida (Eticismo, Esteticismo, Cientificismo) resultan de sobreestimar un valor por encima de otro, ya sea el valor moral, el artístico, el científico, etc.

A pesar de la complejidad de este problema, los filósofos han intentado proponer una Tabla de valores con validez objetiva. Así puede citarse la tabla que propone Max Scheler<sup>22</sup>; esta tabla va de lo inferior a lo superior; los valores superiores fundamentan a los valores inferiores.

#### 3.4.3.4 Tabla de Valores de Max Scheler

a. Valores de lo agradable y desagradable: las estados afectivas correspondientes son los de placer y dolor.

---

<sup>22</sup> Scheler, Max. El Santo, EL Genio y El Héroe. Editorial Nova, Buenos Aires, 1971. P. 61.

b. Valores vitales. De lo noble y lo común, de lo sano y lo malsano. Como valores consecutivos se dan los del bienestar y la prosperidad. Emocionalmente, a la intuición de dichos valores corresponden sentimientos de expansión vital y de su regresión, de salud y enfermedad, de juventud y vejez, por citar algunos ejemplos.

c. Valores espirituales. Estos valores comprenden los valores estéticos, jurídicos y del saber puro que se realizan en la Filosofía. Los valores consecutivos correspondientes son los valores de la cultura. La alegría y tristeza espirituales, los sentimientos de aprobación o reprobación son los estados afectivos de esta división.

d. Valores religiosos. Comprenden lo divino y lo sagrado constituyen el rango supremo. Los valores consecutivos son los del culto y los sacramentos. Los sentimientos que le corresponden son la beatitud y la desesperación, la fe y la incredulidad, la piedad y la impiedad.

Según Scheler los valores de lo divino y lo sagrado constituyen y fundamentan en general a los demás valores, la jerarquía axiológica tiene un carácter objetivo, es absoluta, inmutable y a priori, su captación se logra con la intuición emocional de las esencias.

Como un ejemplo de la tabla de valores desde un punto de vista relativista y subjetivista está la de Alejandro Korn; en su tabla se distinguen cuatro pares de valoraciones básicas, a las cuales corresponde en cada caso, una realización histórica y un concepto ideal. Esta tabla debe considerarse sólo como un ensayo, porque el número de las valoraciones puede aumentar o disminuir.

Entre los valores se ha puesto una jerarquía, en virtud de la cual se han de subordinar a los otros, quizá todos a la primacía de un valor supremo.

De los nueve conceptos básicos afirmativos no hay uno sólo al cual no se le haya atribuido el primado de las valoraciones.

Los valores económicos, históricos, vitales, religiosos, lógicos, estéticos y éticos, han sido, y todos ellos son, el eje de determinados sistemas filosóficos. Utilitarismo, hedonismo, empirismo, racionalismo, misticismo, estoicismo, esteticismo, son posiciones filosóficas fundadas en la hegemonía del valor. Jamás ha existido en la Historia de la Filosofía una valoración uniforme; en cambio abundan las unilateralidades.

En realidad, piensa Korn, no hay una jerarquía objetiva; aunque cada quien tiene el derecho de decretarla por su cuenta.

TABLA DE VALORES DE ALEJANDRO KORN

	Valoraciones	Conceptos Básicos (Valor-Disvalor)	Realización Histórica	Finalidad Ideal
Biológicas	1. Económicas 2. Instintivas 3. Eróticas	Útil-Nocivo Agradable-Desagradable Amable-Odioso	Técnica Placer Familia	Bienestar Dicha Amor
Sociales	4. Vitales	Selecto-Vulgar	Disciplina	Poder

	5. Sociales	Lícito-Vedado	Derecho	Justicia
C Culturales	6. Religiosas 7. Éticas 8. Lógicas 9. Estéticas	Santo- profano Bueno-Malo Cierto-Falso Bello-Feo	Culto Moral Saber Arte	Sant idad Bien Verdad Belleza

### 3.4.3.5 Problema del Conocimiento de los Valores

Este problema contempla las siguientes cuestiones: Si los valores pueden ser conocidos, ¿Qué tipo de conocimiento pueda captar los valores?, ¿Es un conocimiento intelectual, o por el contrario un conocimiento emocional e intuitivo?; ¿qué límites tiene este conocimiento?

Si los valores fueran captados por una operación intelectual, entonces éstos serían conceptos u objetos ideales, si fueran objetos reales, serían captados por los sentidos. Ante esto se argumenta que un bien, o sea, donde se encuentra depositado un valor, puede ser captado sensiblemente pero el valor no.

Max Scheler rechaza la vía intelectual como instrumento cognoscitivo de los valores; la inteligencia es ciega para los valores. Los valores, piensa Scheler, se dan gracias a la intuición emocional. Los valores se hacen transparentes por una intuición de orden emocional, se revelen de una vez por todas. Los valores se dan en acto intuitivo privilegiado, que nos entrega la totalidad del objeto.

La experiencia de los valores es independiente de la experiencia de las cosas. Pero además es de índole muy distinta. Las cosas, realidades son por naturaleza opacas a nuestra percepción. No hay manera de que veamos nunca del todo a una manzana; tenemos que darle vueltas, abrirla, dividirla y nunca llegaremos a percibirla íntegramente. Nuestra experiencia de ella será cada vez más aproximada, pero nunca será perfecta. En cambio, lo irreal, por ejemplo, un número, una superficie, un concepto de valor, son naturalezas transparentes. Los vemos de una vez en su integridad.

Max Scheler, sustenta una filosofía material de los valores; aquí la palabra material no alude a una filosofía materialista; se trata de una doctrina que reacciona en contra del formalismo kantiano. Se piensa que no sólo hay un a priori de carácter intelectual; es erróneo equipar solo lo formal con lo a priori. Existe, además, un a priori de carácter emocional, que es justamente el correlato de los valores. Lo a priori del conocimiento teórico no es algo meramente pensado, o que haya de ser del todo pensado. No hay una doctrina que haya obstaculizado durante más tiempo la teoría del conocimiento, como la que tiene su punto de partida en la hipótesis de que los factores deben ser bien un contenido sensible, bien algo pensado.

También lo emocional del espíritu, el sentir, preferir, amar, odiar y querer tienen un contenido imaginario y a priori, que no les haya sido prestado por el pensar, y que la Ética ha de mostrar independientemente de Lógica, esto es: "El corazón tiene también sus razones que la razón ignora"

La razón jamás captará los valores. Los valores son aprehendidos mediante sentimientos emocionales: el acceso al mundo de los valores no se logra por medio de la percepción interior, sino gracias a un conocimiento estimativo o intuición de lo valioso fundado en el sentimiento y la preferencia.

### **3.5 Valores Jurídicos**

#### **3.5.1 Tesis de Afirmación de los Valores Jurídicos**

Esta tesis expresa que el Derecho o el Orden Jurídico Objetivo es un valor en si, señalando a su vez que la experiencia jurídica deriva de una practica inserta en un orden jurídico determinado; es un valor en si mismo, por lo que el derecho se constituye a su vez en instrumento o vehiculo para la consecución o realización de valores, pero no de cualquier valor sino de determinados valores que solo es posible realizarlos mediante la manifestación de dicho orden jurídico o que resulten de la experiencia jurídica y es a estos valores a los que se les conoce como valores jurídicos.

#### **3.5.2 Tesis de Negación de los Valores Jurídicos**

Sostiene que el derecho no es un valor por cuanto no propone un objeto inmediato a la actividad humana, y él está a disposición de todos los valores a los cuales acoge con total indiferencia, y entonces el derecho solo puede entenderse como una técnica o una manera mas tal como la Religión, la cultura, la economía o la política, para realizar valores.

#### **3.5.3 Característica de los Valores Jurídicos**

##### **a) PERSONALES**

Por cuanto que estos tienden a realizarse en la conducta de las personas o seres humanos en sociedad.

##### **b) SOCIALES**

Estos se manifiestan en la conducta de los seres humanos como miembros de la sociedad o de un grupo social.



c) BILATERALES

Es decir que se realizan de sujeto jurídico a sujeto jurídico por lo que tienden a vincular voluntades.

d) INSTRUMENTALES

Significa que se constituyen en medios o vehículos para la realización de otros valores jurídicos que tienen un rasgo distinto o superior dependiendo del ordenamiento jurídico.

e) OBJETIVOS

Se entienden en la esfera de lo extra individual, es decir en la esfera de lo social.

f) SIEMPRE SEÑALAN UN DEBER SER

Es decir que su cumplimiento se orienta a la satisfacción de necesidades o deberes que representen intereses de un grupo social o de la sociedad en su conjunto.

g) SON PRAGMATICOS

Es decir que tienden a ser realizados, o a plantearse en la sociedad, en sus ordenamientos jurídicos, por cuanto permite a esta sociedad su desarrollo.

h) SON EXIGIBLES

Significa que su cumplimiento tiende a sujetarse a una legalidad objetiva aun contra el querer de los individuos o de grupo, es decir que los ordenamientos jurídicos buscan asegurar la realización de los mismos. Los

valores jurídicos se manifiestan en principios y luego en normas, especialmente declarativas.

#### 3.5.4 Clasificación de los Valores Jurídicos<sup>23</sup>

No todos los autores están de acuerdo en cuanto al número y que valores integran la Axiología jurídica.

Generalmente han sido aceptados como tales: La Justicia, El Bien Común y La Seguridad.

Veremos clasificaciones de algunos autores:

Radbruch: Justicia Seguridad y Finalidad.

Hubner: Orden, Paz, Justicia, Seguridad y Bien Común.

Carlos Cossio: Justicia, Solidaridad, Paz, Poder, Seguridad y Orden.

Claro está que ante una abstracción tan grande y dada la magnitud del problema es en extremo difícil que exista unanimidad de criterios en la enumeración de los valores jurídicos, pero las anotadas nos acercan a su comprensión.

Todos los valores jurídicos que conocemos son juicios estimativos que han existido en una sociedad humana en un determinado momento, dejando constancia que esta valoración es eminentemente positiva y no hace referencia al ideal de cada uno de los valores.

A Recasens Siches<sup>24</sup> le parece que deberán intervenir valores éticos (los que fundan principios de la Dignidad, de la libertad y de la paridad) que

---

<sup>23</sup> Meléndez Gonzáles, Sergio Tulio. Derecho y Valores, Tesis, Universidad de El Salvador. 1975, p. 77

en algunas ocasiones deberán ser tenidos en cuenta también otros valores éticos, que en otras ocasiones habrá de considerar los puntos de vista fundados en valores intelectuales, técnicos, económicos, utilitarios, estéticos cuando se trata por ejemplo de que El Estado promueva la educación, la sanidad, la prosperidad económica, etc.

Lo anterior es completamente lógico; pues el legislador por mucho que sea su erudición deberá consultar y orientarse por personas que conozcan el campo sobre el que va a legislarse. Sería por ejemplo ilógico que se pretendieran hacer leyes sobre seguridad social y cuando se trate de estructurar la asistencia medica o descripción de enfermedades, no se oyera a los médicos.

Estos principios tan generales que las legislaciones por su propia fuerza lógica los acatan, funcionan no solo cuando la ley va a ser creada, sino también entramos en el campo de su aplicación, ejemplo: Dictámenes de peritos idóneos en la materia.

### **3.6 La Jerarquía de los Valores**

La jerarquía de los valores es la disposición de los elementos de un conjunto en orden que posee diversidad de grados esencialmente determinados por el valor y la realidad, atribuidos a cada uno.

En lo jurídico sucede lo mismo que en los valores considerados en términos generales, aquellos también están ordenados jerárquicamente. Esto nos dice que habrán unos valores más valiosos que otros, por ejemplo: podemos sostener que es más valiosa la justicia que el odio.

---

<sup>24</sup> Recaséns Siches, Luís. Tratado General de Filosofía del Derecho. Editorial Porrúa, México. 1975. P. 32.

Se trata de averiguar según el valor y la realidad atribuidos a cada uno, cual es el valor supremo hacia el cual debe orientarse el orden jurídico.

La conclusión a que se llegue tendrá una importancia práctica insospechable, ahora el caso: un orden jurídico que tenga como valor supremo la justicia, la hará resaltar sobre los demás y un acto que sea beneficioso al bien común pero contra la justicia, no será realizado, subordinándose todo ese valor Justicia. Si lo que nos interesa es el odio, de igual forma se propugnara por los actos que lo aseguren, aun cuando queden mal parados la justicia y el bien común. Y de esta manera también predominara el bien común, cuando sea el, el que oriente los destinos de un orden jurídico determinado.

Miguel Herrera Figueroa: Profesor de Filosofía del Derecho de Argentina y citado por Julio Fausto Fernández<sup>25</sup> sostiene en su obra “Justicia y Sentido”: que la justicia es el valor central en torno al cual se organiza la libertad, sinónimo de existencia humana, por debajo del supremo valor jurídico se encuentran tres grupos de valores: a) Valor lus-cosmológicos que son el orden, el de seguridad y el de poder. b) Valores lus-societarios: La Solidaridad, la cooperación y la confraternidad; y c) Lo Valores lus-personales, que son la paz, la prudencia y la concordancia.

Carlos Cossio<sup>26</sup> los dispone así: Justicia, Solidaridad, Paz, Poder, Seguridad, Orden.

El orden en que Cossio los ubica determina una jerarquía entre sí, en el orden en que los a colocado. Manifiesta que desde abajo hacia arriba

---

<sup>25</sup> Fernández, Julio Fausto. Los Valores y el Derecho. Editorial Ministerio de Cultura. San Salvador. P. 58.

<sup>26</sup> Lagas y Lacambra, Luís. Filosofía del Derecho. Casa Editorial S.A., Barcelona, 5a edición, 1979. P. 303.

pasamos por valores menos valiosos, en consideración a la intrínseca calidad que les conferimos a cada uno de ellos. En cambio procediendo de arriba hacia abajo pasamos de valores fundados a valores fundantes, es decir, que los valores de inferior rango son a pesar de ello mas fuertes que los valores de rango superior, por lo que estos no pueden darse si aquellos les cierran el camino. Un valor superior no puede ser en contra de su inferior, pero a la inversa, puede existir un valor inferior negado por un valor superior.

## **CAPITULO IV. DERECHO COMPARADO.**

### **4.1 Una Introducción**

Es importante señalar que en el presente capítulo no se busca realizar un extenso recorrido por las diferentes legislaciones que se toman como referencia, el presente es un análisis comparativo entre el contenido y la forma de redacción de las legislaciones que históricamente han influenciado de manera directa e indirecta, tanto en el contenido del texto constitucional como del texto de la normativa penal de nuestro país, con el contenido y redacción de nuestra Constitución y leyes penales.

Cabe aclarar que en virtud de la naturaleza del objeto de estudio (el derecho a la vida del no nacido y los derechos sexuales y reproductivos de la mujer), se realiza un sondeo de las diferentes normativas penales en las legislaciones que tomamos como parámetros de comparación, puesto que si bien es cierto que la presente investigación no está encaminada al área del Derecho Penal al establecerse la posibilidad de que la mujer haga efectivos sus derechos sexuales y reproductivos se tiene como resultado un hecho que es considerado como un delito en algunas legislaciones y en otras es hasta cierto punto legalmente permitido.

Presentamos entonces una crítica comparativa con la cual pretendemos demostrar que, a pesar de encontrarse ubicados en diferentes puntos dentro del texto constitucional, la protección a los derechos humanos será siempre igual por el mero hecho de encontrarse dentro del texto constitucional sin que esto afecte el ejercicio de otros derechos salvo lo relacionado con el orden público.

## 4.2 Legislación Argentina

Dentro del texto de la Constitución de la Nación Argentina promulgada el veintidós de agosto de mil novecientos noventa y cuatro La Constitución de Argentina no establece disposiciones específicas para el aborto, pero la Reforma de la Constitución de Argentina de 1994 añadió un estatuto constitucional para una serie de pactos internacionales, tales como la Convención Americana de Derechos Humanos, que declara el derecho a la vida existe "en general, desde el momento de concepción". La interpretación de la expresión "en general" en ciertos casos de aborto sigue siendo el objeto de debates.

Enfocados desde nuestro punto de investigación, podemos señalar que en ningún momento, dentro de la redacción de la Constitución argentina, se puede vislumbrar una jerarquización de valores jurídicos con la que se pretenda hacer prevalecer a uno por sobre los demás, en un breve orden de ideas se puede enlistar el contenido de la primera parte de esta constitución de la siguiente manera:

- La forma de gobierno federal,
- Las funciones del gobierno federal,
- La igualdad de las provincias entre si; y,
- Derechos, deberes y garantías de los ciudadanos.

Por lo tanto es preciso concluir que no obstante de regular de manera completa lo referente a las atribuciones de las personas los legisladores argentinos no son motivados por dejos de moralidad que confunden el contenido del texto constitucional. Ahora bien, podemos hacer

un breve recorrido por la historia reciente del tema del aborto en Argentina. Ya en materia penal, el contenido del Código Penal Federal, en lo referente al aborto plantea lo siguiente:

**ARTICULO 85.** - El que causare un aborto será reprimido:

1º Con reclusión o prisión de tres a diez años, si obrare sin consentimiento de la mujer. Esta pena podrá elevarse hasta quince años, si el hecho fuere seguido de la muerte de la mujer.

2º Con reclusión o prisión de uno a cuatro años, si obrare con consentimiento de la mujer.

El máximo de la pena se elevará a seis años, si el hecho fuere seguido de la muerte de la mujer.

**ARTICULO 86.** - Incurrirán en las penas establecidas en el artículo anterior y sufrirán, además, inhabilitación especial por doble tiempo que el de la condena, los médicos, cirujanos, parteras o farmacéuticos que abusaren de su ciencia o arte para causar el aborto o cooperaren a causarlo.

El aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible:

1º Si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios.

2º Si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente. En este caso, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto.



**ARTICULO 87.** - Será reprimido con prisión de seis meses a dos años, el que con violencia causare un aborto sin haber tenido el propósito de causarlo, si el estado de embarazo de la paciente fuere notorio o le constare.

**ARTICULO 88.** - Será reprimida con prisión de uno a cuatro años, la mujer que causare su propio aborto o consintiere en que otro se lo causare. La tentativa de la mujer no es punible.

Hay que señalar que el artículo 86 contempla dos excepciones:

1. Si el aborto se realice para evitar daño a la vida o salud de la mujer, desde que no existan otros medios de evitar tales daños. (Recientemente se ha interpretado "salud" para incluir la salud mental además de la física, en la Provincia de Buenos Aires.)

2. Si el embarazo sea el resultado de violación de una mujer mentalmente incapaz (en este caso el procedimiento necesita el consentimiento de su representante legal).

Las cuales no indican de modo alguno que la práctica del aborto esté de forma alguna legalizada dentro de la República de Argentina, lo que se contempla es solamente la posibilidad de practicar un aborto para salvaguardar la salud de la madre y para rescatar la integridad moral de una mujer demente que ha sido víctima de una violación..

Tal como enfatiza el documento "Aborto por motivos terapéuticos", del Observatorio Argentino de Bioética, cuando los médicos se enfrentan a casos de aborto no punible que se enmarcan en el inciso 1 del artículo 86 del Código Penal argentino suelen solicitar una autorización judicial por temor a ser penalizados. Sin embargo, dicha autorización es innecesaria, ya que no

es requerida por el Código Penal, y representa un obstáculo en el cumplimiento del derecho a la salud.

Los casos que se enmarcan en el inciso 2 del artículo también suelen enfrentarse al obstáculo de la judicialización debido a que este inciso presenta un problema de interpretación. Según la interpretación más restrictiva, y lamentablemente más generalizada, la excepción se aplica exclusivamente al caso de mujeres dementes violadas, quedando desprotegidas el resto de las mujeres que son víctimas de violación. Esto constituye, claramente, una discriminación.

El inciso 1 del artículo 86 también presenta un problema de interpretación. Por un lado, los jueces requieren que se manifieste un riesgo grave para la salud o la vida de la mujer embarazada, cuando el artículo habla solamente de la existencia de un peligro, sin calificarlo. Por otro lado, suelen utilizar una interpretación restringida del concepto de salud, que se refiere exclusivamente a la salud física, mientras que la Organización Mundial de la Salud define este término "como el estado de completo bienestar físico, mental, espiritual, emocional y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades".

### **4.3 Legislación Chilena**

Dentro del texto constitucional chileno se encuentra regulado, casi de igual manera que en la nuestra, la protección que el Estado hace de la vida del no nacido:

CAPITULO III DE LOS DERECHOS Y DEBERES  
CONSTITUCIONALES

**ARTÍCULO 19.-** La Constitución asegura a todas las personas:

1º.- El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona.

La ley protege la vida del que está por nacer.

La pena de muerte sólo podrá establecerse por delito contemplado en ley aprobada con quórum calificado.

Se prohíbe la aplicación de todo apremio ilegítimo;

Con la salvedad que a diferencia de la nuestra no se otorga primacía constitucional, o por así decirlo, no se instituye dicha protección erróneamente desde el Artículo uno del texto constitucional sin que dicha redacción pierda la fuerza institucional que posee por estar dentro del cuerpo constitucional, tampoco se relaciona con la jerarquía de valores que se estudia en el presente texto ya que no se subordina su eficacia frente a otras declaraciones que se encuentran reguladas antes que éste.

En Chile el aborto está penalizado en todas sus formas, no existen excepciones legales a esta prohibición. Se considera como un problema de salud pública que afecta principalmente a las mujeres. Las leyes contra el aborto se encuentran en el Código Penal, Artículos 342 A y 245, bajo el título de "Crímenes y Delitos contra el Orden Familiar y la Moralidad Pública, caracterizándose como una de las más restrictivas del mundo y que a continuación enlistamos:

**Art. 342:** El que maliciosamente causare un aborto será castigado:

1 Con la pena de presidio mayor en su grado mínimo, si ejerciere violencia en la persona de la mujer embarazada.

2 Con la de presidio menor en su grado máximo, si, aunque no la ejerza,

obrar sin consentimiento de la mujer.

3 Con la de presidio menor en su grado medio, si la mujer consintiere.

**Art. 343:** Será castigado con presidio menor en sus grados mínimo a medio, el que con violencias ocasionare un aborto, aun cuando no haya tenido propósito de causarlo, con tal que el estado de embarazo de la mujer sea notorio o le constare al hechor.

**Art. 344:** La mujer que causare su aborto o consintiere que otra persona se lo cause, será castigada con presidio menor en su grado máximo.

Si lo hiciere por ocultar su deshonor, incurrirá en la pena de presidio menor en su grado medio.

**Art. 345:** El facultativo que, abusando de su oficio, causare el aborto o cooperare a él, incurrirá respectivamente en las penas señaladas en el artículo 342, aumentadas en un grado.

En 1963 la Corte Suprema chilena, bajo sentencia, dictaminó que el aborto era la “interrupción maliciosa del embarazo con el propósito de evitar el nacimiento del feto o detener el curso natural del embarazo”. El Código Penal castiga todo aborto intencional, así como los causados por un acto violento contra una mujer embarazada. También se castiga al que practica el aborto como a la mujer que consiente en ello. La pena por este delito es de 3 a 5 años por obtener un aborto y de 541 días a 3 años por proveer un aborto.

#### ABORTO TERAPEUTICO

En Chile el Aborto Terapéutico fue permitido por el Código de Salud entre 1931 a 1989, en este período toda mujer cuya vida estuviera en peligro

podía solicitar un aborto si contaba con la aprobación de dos médicos. En 1989, la dictadura militar elimina la excepción del aborto terapéutico, provocando la molestia de diversas organizaciones feministas y de mujeres, quienes se pronunciaron en contra de esta medida por considerar que dicha acción vulnera los derechos humanos de las mujeres.

En consecuencia, actualmente la regulación penal en Chile “considera a la mujer y el valor de su vida como un bien jurídico, subordinado al feto en gestación”. Esta consideración es reforzada por la Constitución de 1980, en el Artículo sobre las Garantías y Derechos de las Personas, en el párrafo que garantiza la protección de “la vida del que está por nacer”, separando esta vida de quien la concibe y de su libertad para decidir respecto del embarazo.

#### **4.4 Legislación Española**

Desde 1985 se ha despenalizado el aborto en este país. Pero para que la mujer lo pueda llevar a cabo debe cumplir con alguno de los tres supuestos que impone la ley: grave peligro para la vida o salud física o psíquica de la embarazada, embarazo por violación y presunción de graves taras físicas o psíquicas para el feto.

Se sabe que la interrupción del embarazo es una decisión sumamente importante y en extremo difícil de tomar. En España, es legal interrumpir voluntariamente el embarazo hasta las 20-22 semanas, siempre que se cumpla al menos uno de los tres supuestos legales que la ley contempla. En la actualidad existen dos tipos de aborto: el farmacológico (RU) pastilla que se legalizó en febrero de 1999 y el quirúrgico.

La ley española establece que un médico debe evaluar el caso y verificar que se pueda llevar a cabo el aborto. Tomará esta decisión si cree

que hay un mayor riesgo para la salud mental o física de la mujer si continúa con el embarazo (primer supuesto). En el caso de que el riesgo sea para la salud mental de la embarazada deberá existir también un psicólogo o psiquiatra que lo certifique. También está contemplado el aborto en caso de embarazo consumado en una violación de la que exista denuncia policial.

El tercer supuesto es la presencia de anomalías fetales incompatibles con la vida, alteraciones cromosómicas o defectos mayores del desarrollo del feto que comprometan su vida como persona sana. A este supuesto se lo denomina aborto eugenésico.

En resumen, la ley actual contempla tres supuestos para abortar: grave peligro para la vida o salud física o psíquica de la embarazada -para lo que no hay límite de semanas de gestación-; embarazo por violación -hasta las doce semanas-, y presunción de graves taras físicas o psíquicas para el feto -hasta la semana 22-.

#### LEY ORGÁNICA 9/1985, DE 5 DE JULIO, DE DESPENALIZACIÓN DEL ABORTO EN DETERMINADO SUPUESTOS.

La Ley Orgánica 9/1985 introduce el artículo 417 bis al código penal mediante el cual se despenaliza el aborto en ciertos supuestos. La ley orgánica 10/1995 del Código Penal deja vigente el artículo 417 bis del antiguo código.

##### Artículo 417 bis:

No será punible el aborto practicado por un médico, o bajo su dirección, en centro o establecimiento sanitario, público o privado, acreditado y con consentimiento expreso de la mujer embarazada, cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:

1º: Que sea necesario para evitar un grave peligro para la vida o la salud física o psíquica de la embarazada y así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por un médico de la especialidad correspondiente, distinto de aquél por quien o bajo cuya dirección se practique el aborto. En caso de urgencia o riesgo vital para la gestante, podrá prescindirse del dictamen y del consentimiento expreso.

2º: Que el embarazo sea consecuencia de un hecho constitutivo de delito de violación del artículo 429, siempre que el aborto se practique dentro de las doce primeras semanas de gestación y que el mencionado hecho hubiese sido denunciado.

3º: Que se presuma que el feto habrá de nacer con graves taras físicas o psíquicas, siempre que el aborto se practique dentro de las veintidós primeras semanas de gestación y que el dictamen, expresado con anterioridad a la práctica del aborto, sea emitido por dos especialistas del centro o establecimiento sanitario, público o privado, acreditado al efecto, y distintos de aquél por quien o bajo cuya dirección se practique el aborto.

#### REAL DECRETO DE 21 DE NOVIEMBRE 2409/86

El presente Real Decreto viene a precisar y facilitar el estricto cumplimiento de los requisitos legales y sanitarios exigibles en los casos y circunstancias a que se refiere la citada Ley, así como la correspondiente adecuación de la estructura asistencial y sanitaria, habida cuenta de la experiencia acumulada desde la publicación de la Orden de 31 de julio de 1985, siguiendo las orientaciones de la Organización Mundial de la Salud y organizaciones profesionales de carácter internacional, y la entrada en vigor de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, de acuerdo con lo previsto en sus artículos 29.2, 40.7 y disposición final cuarta.

Como es lógico, los referidos requisitos o exigencias no son de aplicación en los supuestos de exención de responsabilidad, ni en la legítima atención o intervención médica o quirúrgica.

En su virtud, previo informe favorable del Ministerio de Justicia y a propuesta del Ministerio de Sanidad y Consumo, de acuerdo con el Consejo de Estado y previa deliberación del Consejo de Ministros, en su reunión del día 21 de noviembre de 1986, dispongo:

I. De los centros acreditados para la práctica leal de la interrupción voluntaria del embarazo

Artículo 1: A los efectos de lo dispuesto en el artículo 417 bis del Código Penal podrán ser acreditados:

1. Para la realización de abortos que no impliquen alto riesgo para la mujer embarazada y no superen doce semanas de gestación, los centros o establecimientos sanitarios privados que cuenten al menos con los siguientes medios personales y materiales:

1.1. Un Médico especialista en Obstetricia y Ginecología y personal de enfermería, Auxiliar sanitario y Asistente social.

1.2. Los locales, instalaciones y material sanitario adecuado.

1.2.1 El lugar donde esté ubicado reunirá las condiciones de habitabilidad e higiene requeridas para cualquier centro sanitario.

1.2.2. El centro o establecimiento sanitario dispondrá como mínimo de un espacio físico que incluya:

- Un espacio de recepción.



- Un despacho para información y asesoramiento.
- Una sala adecuada para la realización de la práctica abortiva.
- Una sala para el descanso y recuperación tras la misma.

1.2.3. Se contará al menos con el siguiente utillaje básico, además del propio de una consulta de medicina de base:

- Material necesario para realizar exploraciones ginecológicas.
- Material necesario para realizar la práctica abortiva.
- Material informativo y didáctico.

1.3. Las prestaciones correspondientes de análisis clínicos, anestesia y reanimación. También contarán con depósitos de plasma o expansores de plasma.

1.4. Un centro hospitalario de referencia para derivación de aquellos casos que lo requieran.

Artículo 2: Para la realización de abortos en embarazos con alto riesgo para la embarazada o con más de doce semanas de gestación, los centros o establecimientos sanitarios privados que cuenten al menos con los siguientes medios personales y materiales.

2.1. Las unidades de Obstetricia y Ginecología, laboratorio de análisis, anestesia y reanimación y banco o depósito de sangre correspondientes.

2.2. Las unidades o instalaciones de enfermería y hospitalización correspondientes.

Artículo 3: 1. Todos los centros y servicios acreditados se someterán a la inspección y control de las Administraciones sanitarias competentes, en aplicación de lo dispuesto en los artículos 30 y 31 de la Ley General de Sanidad. 2. La acreditación quedará condicionada al mantenimiento de los requisitos mínimos y al efectivo cumplimiento de las condiciones médicas adecuadas para la salvaguarda de la vida y salud de la mujer.

Artículo 4: 1. Con independencia de las notificaciones que procedan conforme a la Orden de 16 de junio de 1986, en los centros o establecimientos públicos o privados acreditados se conservará la historia clínica y los dictámenes, informes y documentos que hayan sido precisos para la práctica legal del aborto, así como el relativo al consentimiento expreso de la mujer embarazada. En los casos de urgencia por riesgo vital para la gestante podrá prescindirse del dictamen y del consentimiento expreso, conforme a lo previsto en la Ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio. 2. Se mantendrá la confidencialidad de esta información conforme al artículo 10.3 de la Ley General de Sanidad.

Artículo 5: En el ámbito de cada Comunidad Autónoma, la autoridad sanitaria velará por la disponibilidad de los servicios necesarios incluyendo las técnicas diagnósticas urgentes para posibilitar la práctica del aborto en los plazos legalmente establecidos.

## II. De la emisión de los dictámenes preceptivos

Artículo 6: 1. En el supuesto de que el aborto se practique para evitar un grave peligro para la vida o la salud física o psíquica de la embarazada, se consideran acreditados para emitir el dictamen los Médicos de la especialidad correspondiente. 2. En el caso de que el aborto se practique por presumirse que el feto habrá de nacer con graves taras físicas o psíquicas, el

dictamen habrá de ser emitido por dos Médicos especialistas de un centro o establecimiento sanitario público o privado acreditado al efecto.

Esta acreditación por el órgano competente de las Comunidades Autónomas se entiende específica e independiente de la acreditación para la práctica del aborto. Esta acreditación específica se concederá a los centros públicos o privados que cuenten, según las pruebas diagnósticas complementarias que en cada caso se requieran, con los siguientes medios o métodos de diagnóstico:

2.1. Técnicas de ecografía o similares para el diagnóstico de las malformaciones fetales.

2.2. Técnicas bioquímicas apropiadas para el diagnóstico de enfermedades metabólicas.

2.3. Técnicas de citogenética para el diagnóstico de alteraciones cromosómicas.

2.4. Técnicas analíticas precisas para el diagnóstico de malformaciones de origen infeccioso.

3. En todos los casos a que se refieren los apartados 1 y 2 de este artículo, el diagnóstico será de presunción de riesgo y estimado en criterios de probabilidad.

### III. De la información

Artículo 7: Las Comunidades Autónomas, en aplicación del artículo 40.9 de la Ley General de Sanidad darán conocimiento a la Administración Sanitaria Central de los centros acreditados conforme a los artículos 2.º y 6.º del presente Real Decreto.

Artículo 8: En el ámbito de cada Comunidad Autónoma, la autoridad sanitaria competente garantizará que en sus dependencias públicas y centros sanitarios esté disponible y actualizada una relación de centros o establecimientos públicos o privados acreditados para la práctica legal del aborto.

Artículo 9: Los profesionales sanitarios habrán de informar a las solicitantes sobre las consecuencias médicas, psicológicas y sociales de la prosecución del embarazo o de la interrupción del mismo, de la existencia de medidas de asistencia social y de orientación familiar que puedan ayudarle. Informarán asimismo de las exigencias o requisitos que, en su caso, son exigibles, así como la fecha y el centro o establecimiento en que puedan practicarse.

La no realización de la práctica del aborto habrá de ser comunicada a la interesada con carácter inmediato al objeto de que pueda con el tiempo suficiente acudir a otro Facultativo.

En todo caso se garantizará a la interesada el secreto de la consulta.

#### **4.5 Legislación Mexicana**

Dentro del texto constitucional mexicano se encuentra regulada la siguiente disposición: **Artículo 4° inc. 2:** “Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos”

Lo anterior hace clara referencia a los derechos sexuales y reproductivos de la mujer y es lo que dio pie a las reformas que permiten, por lo menos en el Distrito Federal, legalizar bajo ciertas condiciones, la práctica abortiva.

Sin embargo, hay siete circunstancias en que no se considera al aborto como delito. Cuando:

- 1) el embarazo es resultado de una violación,
- 2) el aborto es provocado accidentalmente
- 3) a juicio del médico el embarazo pone en riesgo la vida de la mujer,
- 4) el feto tiene malformaciones genéticas
- 5) de continuar con el embarazo se provocaría un grave daño a la salud de la mujer,
- 6) el embarazo es producto de una inseminación artificial no deseada, y
- 7) la mujer tiene razones económicas para interrumpir el embarazo y es madre de tres hijos.

De estas siete razones sólo la primera (por violación) es válida en todo el territorio nacional. 29 estados contemplan el aborto imprudencial y 28 cuando el embarazo pone en riesgo la vida de la mujer. Así, la constante legislativa en México es no castigar el aborto por violación, imprudencial y por peligro de muerte. El resto de las causas de aborto no punible varía de un estado a otro.

A pesar de todo, la prohibición del aborto en México no se cumple, pues no se persigue a las mujeres que se practican abortos de manera ilegal. Penalmente el aborto se encuentra regulado de la siguiente manera:

El texto vigente que corresponde al código federal promulgado en 1931, que a letra dice:

**Artículo 329.-** Aborto es la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez

**Artículo 330.-** Al que hiciere abortar a una mujer, se le aplicarán de uno a tres años de prisión, sea cual fuere el medio que empleare, siempre que lo haga con consentimiento de ella. Cuando falte el consentimiento, la prisión será de tres a seis años y si mediare violencia física o moral se impondrán al delincuente de seis a ocho años de prisión.

**Artículo 331.-** Si el aborto lo causare un médico, cirujano, comadrón o partera, además de las sanciones que le correspondan conforme al anterior artículo, se le suspenderá de dos a cinco años en el ejercicio de su profesión.

**Artículo 332.-** Se impondrán de seis meses a un año de prisión, a la madre que voluntariamente procure su aborto o consienta en que otro la haga abortar, si concurren estas tres circunstancias:

- I.- Que no tenga mala fama;
- II.- Que haya logrado ocultar su embarazo, y
- III.- Que éste sea fruto de una unión ilegítima.

Faltando alguna de las circunstancias mencionadas, se le aplicarán de uno a cinco años de prisión.

**Artículo 333.-** No es punible el aborto causado sólo por imprudencia de la mujer embarazada, o cuando el embarazo sea resultado de una violación.

**Artículo 334.-** No se aplicará sanción: cuando de no provocarse el aborto, la mujer embarazada o el producto corran peligro de muerte, a juicio

del médico que la asista, oyendo éste el dictamen de otro médico, siempre que esto fuera posible y no sea peligrosa la demora.

## **CAPÍTULO V. APLICACIÓN CRÍTICA**

### **5.1 Observación de la Realidad Nacional**

En los dos capítulos anteriores se han expuesto dos puntos fuertes de la presente investigación, pero es necesario que estos temas, la filosofía jurídica y el derecho extranjero, sean criticados, analizados, comparados y aplicados con y a nuestra realidad, de modo tal que permita comprender el objetivo de esta investigación. Cabe señalar que con este análisis pretendemos ampliar el nivel de construcción de pensamiento crítico que busca la presente investigación.

Hemos expuesto en el capítulo tres que la filosofía del derecho es una rama de la filosofía que estudia de los fundamentos filosóficos que rigen la creación y aplicación del Derecho y que dentro de esta se encuentra la axiología jurídica que se encarga del problema de los valores jurídicos, es decir, aclara sobre los valores que harán correcto un modelo de derecho y además intenta exponer la relación entre el hombre y la realidad jurídica; esto porque es el hombre el creador del derecho y, también la relación entre la realidad aplicativa y la realidad jurídica; esto porque al ser el hombre el creador del derecho y aplicarlo a su realidad lo modifica y lo convierte, a veces, en algo distinto a lo que debería ser.

Podemos ahora retomar el tema de la jerarquización de valores y aplicarlo a nuestra realidad. Hemos expuesto que la jerarquización de valores jurídicos genera el fenómeno de la tiranía del derecho, esto porque por el mismo hecho de crear una escala de valores y ubicarlos uno con más importancia sobre los otros convierte al derecho en un sistema tiránico por buscar la realización de un valor por encima de los demás.



En nuestra realidad esto lo podemos observar fácilmente en la reforma constitucional que reconoce al ser humano desde el instante de su concepción. Hay que recalcar que no estamos criticando la reforma en sí, si no más bien los motivos que la generaron, los errores jurídicos que conlleva y las consecuencias que genera.

En un primer punto podemos señalar que los motivos por los cuales se realizó dicha reforma fueron para reconocer el derecho a la vida del no nacido y para que de esta forma se pudiera prohibir legalmente cualquier tipo de aborto en nuestro país. Desde el punto de vista jurídico, esta reforma se llevó a cabo de la manera pertinente, es decir, se siguió el proceso para reformar el texto constitucional y se añadió un nuevo inciso al artículo uno.

De esta forma, en el artículo uno de nuestra constitución se puede leer que se reconoce a la persona humana como origen y fin de la actividad del estado el cual está organizado para la consecución de la justicia, de la seguridad jurídica y del bien común. Que se reconoce a la persona humana desde el instante de la concepción y que es obligación del estado asegurar a sus habitantes la libertad, la salud, la cultura, el bienestar económico y la justicia social.

Con esto se cree, vanamente, que por estar reconocido el ser humano desde la concepción en el artículo uno de la Constitución la vida es el derecho máximo por excelencia, ya que por estar protegido en el primer artículo del texto constitucional se encuentra sobre todos los demás.

Pero si se analiza verdaderamente dicho artículo encontramos no solamente que la vida no es el derecho primero que reconoce nuestra constitución sino que también lo que se hace es reconocer al no nacido como persona humana ó, si se prefiere, se hace una extensión de la calidad de

persona humana hasta alcanzar al no nacido logrando con esto una igualdad de condiciones entre éste y las personas ya desarrolladas.

Es cierto, sí, que con esto se le reconocen ó conceden al no nacido los derechos contemplados en el articulado del texto constitucional, pero también hay que señalar que estos derechos también los poseen todas las personas y no son exclusivos del no nacido, principalmente el derecho a la vida.

Como segundo punto podemos contemplar los errores jurídicos producto de la reforma constitucional. Como ya lo señalamos, la vida no es un derecho exclusivo del no nacido ya que al ser reconocido como persona humana desde el instante de la concepción accede a una realidad en la que los derechos son, o mejor dicho, deberían ser vistos y aplicados con justicia. El primer error jurídico es creer que la reforma del texto constitucional otorga supremacía jurídica al valor y derecho “vida”, esto es porque un verdadero sistema jurídico justo nunca perdería su enfoque objetivo al momento de aplicar las leyes o de ampliarlas para tener un alcance mayor. Esto es, que no hay error en reconocer a la persona humana desde el instante de la concepción, pero sí lo habría en los motivos moralistas que generan la reforma del texto constitucional ya que las valoraciones morales no tienen cabida en el mundo jurídico.

Lo anterior es por que la moral proviene de la percepción subjetiva que está plagada de las imperfecciones del pensamiento humano que, moralmente, valora ó aprecia como bueno lo que para otros es malo. Dentro del mundo jurídico no cabe tal apreciación subjetiva ya que el derecho está diseñado, ó debería estarlo, para dar a cada uno lo que le corresponde, sin importar las condiciones de cada quien.

El segundo error jurídico es no reconocer que la extensión que se hace del término “persona humana” pone en igualdad de condiciones tanto al no nacido, al que ahora se le reconocen todos los derechos contemplados en el articulado constitucional, y entre los que sí se encuentra la vida, y, para entrar en el tema de esta investigación, a la mujer que lo porta dentro de ella. La mujer, tanto como el no nacido, también posee reconocimiento en sus derechos a la vida, a la integridad física y moral, a la libertad, a la seguridad y a todos los demás derechos que se reconocen en el texto constitucional.

No puede decirse entonces que es el no nacido el que exclusivamente debe ser protegido por el estado ya que es obligación de éste velar por los intereses de todos los entes reconocidos como personas humanas. Aquí de nuevo se manifiesta la jerarquización moralista (subjetiva) de valores jurídicos, ya que se pretende que con la reforma del texto constitucional se proteja exclusivamente los intereses del no nacido los cuales se tendrían por afectados al realizarse la práctica de la interrupción del embarazo o aborto.

Esto nos lleva a un tercer error jurídico. Se tiene por hecho que la reforma del texto constitucional se llevó a cabo con el propósito de proteger la vida del no nacido. Jurídicamente podemos aceptar que el principio de proteger la vida es aceptado unánimemente, pero los métodos que se usan siempre deben tener una aplicación congruente al hecho por el que se aplican. Para exponerlo mejor, en nuestra realidad, hasta antes de la reforma constitucional, no se penaban el aborto terapéutico ni el aborto que se practicaba cuando la vida de la madre estaba en peligro. En esto se puede apreciar el hecho de que el legislador encontraba en estos motivos causas suficientes para permitir la práctica de la interrupción del embarazo. Pero con la reforma constitucional, al extenderse la calidad de persona humana al no

nacido se reformó, equivocadamente la ley penal, prohibiéndose cualquier tipo de aborto.

Decimos equivocadamente por dos motivos: primero, porque la reforma de la ley penal se hace en base a la reforma del texto constitucional, haciéndose a un lado los derechos de la mujer que son suprimidos ó vistos de menos por proteger el derecho a la vida del no nacido. Esto es lo que está mal hecho ya que, como hemos recalado antes, tanto el no nacido como la mujer que lo portan están en igualdad de condiciones por el hecho de que ambos son reconocidos como personas humanas y sus derechos son los mismos. Segundo, porque no hay en la legislación penal una congruencia en lo referente a la pena en el delito del aborto y a la acepción constitucional del no nacido.

La constitución reconoce al no nacido como persona humana desde el momento de la concepción por lo que le otorga iguales derechos que las personas ya desarrolladas. En cambió, en la legislación penal se tiene que el delito de aborto consentido y propio, regulado en el artículo ciento treinta y tres del código penal, establece que la pena máxima para una mujer que conscientemente aborte será de ocho años.

Cabe señalar que en lo referente a los delitos relativos a la vida el homicidio simple, regulado en el artículo ciento veintiocho del mismo código, impone una pena mínima de diez años. Vemos entonces que no hay una paridad entre lo que se pretendía con la reforma constitucional, que era proteger al no nacido ó persona en formación, con lo que se hace para punir penalmente a aquellos que incurran en la práctica del aborto.

Puede entenderse que mientras en la reforma constitucional se buscaba jerarquizar, como de hecho se hizo, el derecho a la vida de la

persona en formación, en la reforma de la ley penal se falla al momento de sancionar el delito que atenta contra la vida de la persona en formación, ya que no se sanciona en igual manera a como se hace con los otros delitos relativos a la vida de las personas ya formadas.

Esto es que, si por un lado el derecho a la vida de la persona en formación se protege jerárquicamente, manifestándose de esta manera el fenómeno de la tiranía del derecho, por el otro, al momento de castigar a las personas que atenten contra la vida del no nacido la pena es inferior en comparación con las penas de los delitos relativos a la vida de la persona ya desarrollada.

Por último podemos señalar las consecuencias dañinas que generó la reforma constitucional: en un primer punto se tiene la jerarquización de valores jurídicos y, peor aún, la tiranización del derecho a la vida en lo referente al no nacido. Se tiene que al extender el termino de persona humana al no nacido desde el instante de la concepción, se le reconocen los derechos establecidos en el texto constitucional pero se mal interpreta que ahora son, y principalmente el derecho a la vida, de exclusividad para el no nacido y que es obligación del estado protegerlo solamente a él. De este modo se tiene que el derecho a la vida que se le reconoce al no nacido se convierte en un derecho tirano ya que por proteger este derecho se le niega y denigra a la mujer su propio derecho a la vida; a la integridad física y moral; a la salud; a la libertad y al honor. La vida del no nacido se convierte entonces en un ente tirano, ya que se pretende protegerlo a toda costa, privando a otros de sus propios derechos.

Otra consecuencia dañina es, como ya lo hemos expuesto, un sistema jurídico inestable e incongruente, ya que si bien se logra un reconocimiento constitucional de los derechos del no nacido se falla al

momento de verdaderamente protegerlos en la legislación positiva, esto es porque no se establece una correcta tutela del derecho en cuestión. Puede observarse entonces que, si bien con la reforma constitucional se establece una igualdad de condiciones respecto a la mujer embarazada y al feto, al poner en práctica el reconocimiento como persona del no nacido en el caso en cuestión se está protegiendo al sujeto tutelar del derecho a la vida más no así al bien jurídico. Pues siendo esto como es, se logró reformar el texto constitucional y la legislación penal para proteger este derecho, prohibiendo cualquier tipo de aborto, pero sin embargo no se reforma el tiempo de las penas privativas de libertad en lo referente al delito contra la vida del no nacido, como ya se explicó, no hay congruencia entre reformar el texto constitucional para proteger al no nacido desde el instante de la concepción y la legislación penal prohibiendo cualquier tipo de aborto si dentro de la misma ley penal, en los otros delitos contra la vida, se contemplan penas privativas de libertad más largas para los que atenten contra la vida de otros, como es el caso del homicidio simple.

#### 5.1.2 Razonamiento Constitucional.

Pero también es necesario conocer los razonamientos que, desde el punto de vista constitucional, se tienen para abordar la temática criticada anteriormente, para conocer desde esa otra perspectiva los motivos que influyen en la inclusión de ciertos criterios en el texto constitucional. Se toma entonces como punto de partida lo contemplado en la estructura misma de la Constitución y la forma en la que se redacta con el objeto de comprender los considerandos últimos con los cuales se pone en marcha el aparato de derecho constitucional.

Podemos extraer entonces los siguientes aspectos de la estructura:<sup>27</sup>

- Concepción personalista: se explica el sentido de la concepción personalista, por parte de la Sala de lo Constitucional (SC), que según el Informe Único de la Comisión de Estudio del Proyecto de Constitución, se expresa de la Ley Suprema: “Según esta concepción el estado tendrá sentido sólo como un medio puesto al servicio de la persona humana, como un instrumento para la realización de los fines de esta”. Que el derecho existe por causa de los hombres “significa dos cosas: una, que el derecho es obra del hombre; otra, que el derecho está al servicio del hombre” (Sentencia de 19 – VII – 1996, Inc. 1 – 92, considerando IV 1).

De la anterior premisa se ha derivado la incidencia de dicha concepción en la determinación de la función del Derecho y del Estado: “Esta concepción filosófica incide en el campo jurídico caracterizando al Derecho y al Estado. Así pues, desde el personalismo ó humanismo se entiende que la función del Derecho es garantizar la libertad de cada individuo para permitir que éste realice libremente sus fines, y la función del Estado es la organización y puesta en marcha de la cooperación social, armonizando los intereses individuales y colectivos con miras a obtener el bien común” (Sentencia de 19– VII – 1996, Inc. 1 – 92, considerando IV 3).

- En relación con el sentido del concepto de dignidad humana, la SC ha afirmado que “es claro que la dignidad de la persona humana –cuyo respeto es, según el preámbulo constitucional, el elemento integrante de la base sobre la cual se erigen los fundamentos de la convivencia nacional-, comprende la

---

<sup>27</sup> “Constitución de la República de El Salvador comentada y Jurisprudencia” separata UES, 2005. P. 3

afirmación positiva del pleno desarrollo de la personalidad de cada individuo” (Sentencia de 26 – VIII – 1998, Inc. 4 – 97, considerando III 1 A).

- Fines del Estado: La Jurisprudencia constitucional ha clarificado el sentido personalista de los fines del Estado: “de modo figurado la Constitución habla de los fines del Estado(...), [ya que] estos ‘fines’ estatales sólo pueden tener como último objetivo la realización de los fines éticos de la persona humana; por tanto, los órganos estatales no deben perder de vista que su actividad siempre debe orientarse a la realización de la persona humana, tanto en su dimensión individual como social, sin anteponer a este objetivo supremo, supuestos ‘fines’ de la colectividad como conjunto orgánico, o del Estado como ente superior a aquélla, pues en este caso su actuación devendría en inconstitucional por vulnerar el artículo 1 de la Ley Primaria” (Sentencia de 19 - VII - 1996, Inc. 1 – 92, considerando IV 4).

- Valores constitucionales
  - Justicia: La SC entiende que el valor justicia se manifiesta en dos dimensiones: “la justicia, como valor jurídico- constitucional, presenta dos dimensiones, una general y una particular; la primera persigue, mediante la articulación de principios y procedimientos jurídicos y políticos, la conservación de la sociedad y la posibilidad que ésta pueda cumplir con sus fines, es decir, dirigir la conducta de gobernantes y gobernados para cumplir el postulado de asegurar a cada individuo su realización personal; la segunda se ha entendido como aquella dimensión de la justicia que



tiende a cada uno lo suyo, sea por parte de la autoridad – justicia distributiva –, o en el seno de las relaciones privadas – justicia conmutativa –” (Sentencia de 23 - III – 2001, Inc. 8 – 97 considerando IX 2).

También ha señalado la conexión de la libertad con la justicia: “El punto básico aquí consiste en determinar qué es lo suyo de cada uno; sin ánimo de zanjar aquí la discusión iusfilosófica sobre el tema, puede afirmarse desde una perspectiva constitucional que lo que la justicia exige es que el Estado garantice a cada persona una cuota igual de libertad - entendida la libertad lato sensu como concepto omnicomprensivo de todos los derechos fundamentales-. Así, es claro que los principios de libertad e igualdad, así como manifestaciones concretas, se incluyen en – o derivan de – la justicia, por lo cual deben considerarse como concreciones de dicho valor” (Sentencia de 23 – III – 2001, Inc. 8 – 97, considerando IX 2).

Aunque, específicamente, a la igualdad también la ha relacionado con la equidad: “La igualdad nace de la estructura y conformación de dos conceptos universalmente conocidos, a saber; la equidad y la justicia; conceptos que en su conjunto constituyen la piedra angular sobre la que descansa, o sobre la que debe descansar, la actividad jurisdiccional” (Sentencia de 24 – V – 1999. Amparo 40 – 98. Considerando VI 6).

## LOS DERECHOS Y GARANTÍAS FUNDAMENTALES DE LA PERSONA

- Caracterización jurisprudencial de los derechos fundamentales: la SC ha explicitado que con el concepto derechos fundamentales “se hace referencia a los poderes o facultades de actuación reconocidos a la persona humana como

consecuencia de exigencias ético – jurídicas de su dignidad, su libertad y su igualdad inherentes, que han sido positivizadas en el texto constitucional y que, en virtud de dicha positivización, desarrollan una función de fundamentación material de todo el ordenamiento jurídico, gozando asimismo de la supremacía y la protección reforzadas de las que goza la Constitución” (Sentencia de 23 – III – 2001, Inc. 8 – 97. Considerando VI 1).

También ha señalado que la dignidad humana es la premisa básica de los derechos fundamentales: “indisolublemente relacionada con los derechos fundamentales se encuentra la dignidad humana como premisa básica que le es inherente (...); tomando como premisa que la dignidad es un elemento perteneciente, por definición, a la persona humana, y siendo ésta el sustento de la estructura que conforma el cúmulo de derechos garantizados por el Estado (...), éstos están destinados a la persona humana que nace, crece y se desenvuelve bajo el andamiaje de la estructura jurídica de un Estado” (Sentencia de 20 – VIII – 2002. Amparo 25 – 8 – 95. Considerando II).

- Para el tribunal, los derechos fundamentales forman parte del núcleo esencial de la Constitución: “la Constitución no es la mera codificación de la estructura política superior del Estado Salvadoreño; sino que, si bien define esa estructura, lo hace a partir de un determinado supuesto y con un determinado contenido. Ese supuesto radica en la soberanía popular o poder constituyente del pueblo –Art. 83 Constitución–, y su contenido está integrado esencial y básicamente por el reconocimiento de la persona humana como el origen y fin de la actividad del Estado –art. 1 Constitución–, lo que conlleva la búsqueda por la efectiva y real vigencia de los derechos

fundamentales de la persona” (Sentencia de 14-II-1997, Inc. 15-96, Considerando II 4).

#### ESTRUCTURA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.

- Respecto de la estructura de los derechos fundamentales, ha dicho que "tradicionalmente, el término 'derecho' se ha entendido comprensivo de la noción de los llamados derechos subjetivos (...), [los cuales] se conceptualizan como facultades concedidas por el orden jurídico en favor de un sujeto para imponerse coercitivamente a otro u otros, quienes a su vez se encuentran obligados correlativamente a satisfacer sus pretensiones (...). Si es claro que los derechos subjetivos son facultades de obrar que autorizan a sus titulares para ejercitar y hacer efectivas las potestades jurídicas que las normas legales les reconocen, no todas las realidades jurídicas que nuestra Constitución denomina 'derechos' constituyen facultades de querer y pretender (...) [por lo que] 'derecho', en nuestra Constitución, excede el alcance de los derechos subjetivos (...), [y] equivale a categorías subjetivas protegidas por el ordenamiento jurídico que no se limitan a derechos subjetivos" (Sentencia de 5-II-1996, Amparo 22-A-94, Considerando XI).

- Los anteriores conceptos los ha reconducido a la esfera jurídica, como concepto omnicomprensivo de los derechos fundamentales: "toda persona o sujeto de derecho disfruta de un estado de hecho configurado como una esfera de libre actuación que debe ser respetada. En términos jurídicos, este ámbito de libre desenvolvimiento se denomina esfera jurídica. El contenido de esta esfera jurídica es sumamente amplio; es muy difícil, por no decir imposible, pretender determinarla en abstracto, ya que su contenido

cambia conforme a las realidades del momento en que vive su detentador. A contrario sensu, es posible su precisión en concreto (...). La esfera jurídica está integrada por una multiplicidad de categorías jurídicas subjetivas las cuales motivan el desenvolvimiento y actuación de los particulares" (Sentencia de 5-II-1996, Amparo 22-A-94, Considerando XI).

#### CONCEPCIÓN GLOBAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.

- En torno a la concepción global de los derechos fundamentales, el tribunal ha sostenido que "la concepción liberal relativa a los derechos fundamentales no es la única ni la más importante en el contemporáneo Estado Constitucional Democrático; en el cual tales derechos también deben ser considerados, en conjunto, como un sistema valorativo que permite –desde el punto de vista político– la integración material de la comunidad estatal, y – desde un punto de vista jurídico– la legitimación del orden estatal; teniendo asimismo un claro carácter social –pues su ejercicio es, en mayor o menor medida, actividad social– y político –pues tales derechos son la base funcional de la democracia–" (Sentencia de 23-III-2001, Inc. 8-97, Considerando VI 3).

#### POSITIVACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.

- Respecto del uso de conceptos jurídicos indeterminados en la positivación de derechos fundamentales, el tribunal ha afirmado que "dependiendo de qué aspectos de los derechos fundamentales sean positivados por las disposiciones infraconstitucionales, se juzgará la constitucionalidad o inconstitucionalidad del uso de cláusulas generales o conceptos

jurídicos indeterminados. Así, aquella regulación que comprenda una ampliación del ámbito de protección mínimo que la Constitución otorga a los derechos fundamentales –v. gr., en cuanto a sus manifestaciones y alcances, o en cuanto a los medios destinados a asegurar la protección en su conservación y defensa – puede bien hacerse mediante cláusulas generales o conceptos jurídicos indeterminados que habrán de ser interpretados y aplicados por los operadores jurídicos –especialmente los jueces – dentro de un amplio margen de posibilidades, para abarcar otros supuestos de protección no expresamente comprendidos, atendiendo al carácter expansivo de los derechos fundamentales, así como ser adaptados a los cambios en la realidad normada, asegurando así su permanencia en el tiempo y arraigo en la colectividad. Distinto es el caso de las disposiciones que autorizan limitar o restringir el ejercicio de los derechos fundamentales. En tales disposiciones (...), el uso de conceptos jurídicos indeterminados genera un riesgo a la seguridad jurídica, al no proporcionar certeza que el ámbito de protección otorgado por la Constitución a los mencionados derechos no será reducido por las aplicaciones de los operadores jurídicos. Es cierto que la actuación de estos últimos que, basándose en conceptos jurídicos indeterminados, redujera el referido ámbito de protección, puede ser objeto de control jurisdiccional en su legalidad o constitucionalidad; sin embargo, la seguridad jurídica que desde el art. 1 inc. 1° Constitución. se proyecta sobre todo el catálogo de derechos fundamentales exige que la protección a los mismos se garantice desde su consagración, y que sus titulares puedan tener la certeza que no serán limitados sino cuando ocurran los supuestos clara y específicamente determinados por las leyes previas" (Sentencia de 23-III-2001, Inc. 8-97, Considerando VII 3).

## DIFERENCIA Y RELACIONES ENTRE DERECHOS FUNDAMENTALES Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES.

- Sobre la relación entre derechos fundamentales y garantías constitucionales, la SC ha llamado la atención a que "el art. 2 Constitución, después de enunciar los atributos de la persona humana que integran el núcleo de los derechos fundamentales, finaliza el primer inciso consagrando el derecho de la persona a ser protegida en la conservación y defensa de los mismos. En esta consagración radica la esencia de las garantías constitucionales –y, especialmente, jurisdiccionales– de los mencionados derechos, y responde a la idea esencial de que (...) las libertades no valen en la práctica más de lo que valen sus garantías (...); los mecanismos de protección de estos derechos [los fundamentales] son el complemento imprescindible para hacer posible el tránsito que media desde su reconocimiento constitucional hasta su real eficacia jurídica en las relaciones humanas" (Sentencia de 17-IX-1997, Amparo. 14-C-93, Considerando IV 5).

- En el mismo sentido, ha afirmado que "el reconocimiento de los derechos fundamentales no es sino una declaración de carácter metajurídico si no se acompaña de garantías suficientes que aseguren la efectividad del ejercicio de tales derechos: el reconocimiento de los derechos fundamentales debe ir acompañado de la intervención de mecanismos jurídicos que aseguren su protección efectiva. Por tanto, la efectividad de los derechos fundamentales depende tanto de su reconocimiento formal cuanto de la existencia de mecanismos jurídicos susceptibles de garantizar su

eficacia real" (Sentencia de 29-IX-1997, Amparo 20-M-95, Considerando IV 1).

#### DERECHO A LA VIDA.

- La SC ha caracterizado el derecho a la vida señalando que esta "ha sido reconocida en nuestro ordenamiento jurídico como un derecho fundamental que por su propia connotación constituye un presupuesto axiológico esencial del cual depende el desarrollo de todos los demás derechos que la Constitución reconoce, razón por la cual se explica con claridad su ubicación dentro del Capítulo Primero Sección Primera de dicha Norma. Nuestra Constitución, al regular jurídicamente los principios que han de regir la actividad del aparato de dirección política del Estado, lo hace, en virtud de considerar a la persona humana y sus consecuentes derechos fundamentales como el origen y fin de su actividad; por lo cual es obligación de los órganos estatales orientar sus políticas públicas en procura de la persona humana, en su dimensión individual y también social, en función de su objetivo supremo. En este orden, los primeros artículos de la Constitución –Art. 1 y 2– se refieren a la vida como un derecho fundamental la cual se garantiza desde el momento de la concepción. Efectivamente, tal aseveración evidencia el valor superior que constituye la vida humana desde su primera fase, la cual obviamente no queda resuelta ahí, al contrario, el desarrollo del proceso vital requiere no sólo el respeto de parte de los demás miembros de la sociedad y del Estado en el sentido de abstenerse de obstaculizarla o violentarla sino de una actividad mucho más positiva que permita conservarla y procurarla de forma digna" (Sentencia de 4-IV-2001, Amparo 348-99, Considerando II 1).

- Sin embargo, ha señalado que el contenido del derecho a la vida no incluye un derecho a la vida digna: "la parte actora alega violación a su derecho al bien común y a la vida digna, los cuales se derivan en su opinión, de los Art. 1 y 2 Constitución respectivamente (...). El concepto de vida digna o calidad de vida se visualiza como el resultado de las medidas estatales orientadas a la protección de las condiciones materiales y culturales que permitan el libre desarrollo de la personalidad de los individuos. Así por ejemplo, uno de los ámbitos donde se desplaza la actividad estatal para proteger dichas condiciones es el medio ambiente. La promoción de diversos intereses constitucionales, entre ellos el ecológico, contribuye a esa calidad de vida y, en definitiva, al desarrollo de la persona, pero en todo caso, la vida digna no es un derecho fundamental. No obstante ello, en países en los cuales el derecho a disfrutar de un ambiente sano está excluido de la protección constitucional, suele ocurrir que ciertas pretensiones ambientalistas puedan cobijarse en el contenido de otros derechos más desarrollados y protegidos como son el derecho a la vida, a la integridad física y a la salud, respecto de los cuales es posible rescatar una tutela en clave ambientalista. Sin embargo, cabe señalar que nuestra Constitución no hace tal exclusión y por lo tanto, no es necesario tratar de hacer encajar pretensiones ambientalistas dentro del derecho a la vida, como se deduce de la demanda planteada (...). En efecto, en nuestro sistema jurídico es posible exigir directamente una protección constitucional frente a supuestas violaciones al medio ambiente, aún cuando (...) el derecho a disfrutar de un medio ambiente sano no sea una categoría jurídica subjetiva plasmada explícitamente en el texto constitucional. Este tribunal ha sostenido en reiterada jurisprudencia, que el objeto del



proceso de amparo persigue que se imparta a la persona justiciable la protección jurisdiccional contra cualquier acto de autoridad que estime inconstitucional y que, específicamente, viole u obstaculice el ejercicio de los derechos constitucionales consagrados a su favor. En el presente caso, el demandante ha señalado como categorías vulneradas por el acto reclamado, el bien común y la vida digna; sin embargo, tal como se expresó (...), dichas categorías no constituyen derechos fundamentales y por ello, no pueden ser objeto de protección constitucional por la vía del proceso de amparo" (Sentencia de 26-VI-2003, Amparo 242-2001, Considerando II 1).

- También ha previsto la posibilidad de protección del derecho a la vida por medio del hábeas corpus: "con el Hábeas Corpus se persigue tutelar primordialmente el derecho de libertad individual, física y corporal (...); pero también, y en forma amplia, los derechos de la integridad personal y a la vida, como proyecciones de la dignidad de la persona humana" (Sentencia de 10-II-1995, HC 23-A-94).

- Respecto de la legitimación procesal para promover amparo por violación al derecho a la vida, el tribunal ha afirmado que "la vida –como proyección de las exigencias de la dignidad humana – es el derecho fundamental que protege las condiciones que sirven de soporte y posibilitan la existencia de los demás derechos integrantes de la esfera del hombre, y se halla garantizada por nuestro ordenamiento jurídico positivo desde la Norma Suprema, reconocimiento que engendra para el Estado el deber de respetar las vidas humanas y el deber de protegerlas frente a los ataques procedentes de otros particulares. La defensa de la vida

humana frente a toda actuación de los poderes públicos que la amenace puede dispensarse, entre otros mecanismos jurídicos, a través del amparo constitucional ante este tribunal, con el objeto que se satisfagan las condiciones esenciales que permiten la subsistencia humana, durante el desarrollo del ciclo vital de la persona, el cual se inicia con la concepción y termina con la muerte; esto último significa que la protección constitucional de la vida, en el sentido de la existencia histórica de la persona, es factible hasta el final de la misma, suceso que se corresponde con la muerte de aquélla" (Resolución de improcedencia de 5-III-2002, Amparo 312-2001, Considerando II).

## **5.2 Derechos de la mujer desde el enfoque naturalista y positivista del derecho**

En la actualidad, los derechos de la mujer y el reconocimiento de estos dentro de las esferas jurídicas en cualquier lugar del mundo, han tenido un auge sorprendente. Es innegable que dentro del accionar del derecho existen ciertos principios que deben ser analizados para determinar si tienen cabida o no dentro del mundo del derecho, estos principios deben actuar como las bases para el reconocimiento de una nueva serie de derechos.

Ahora bien, cabe señalar que, si bien estos principios no son reconocidos universalmente como nuevos derechos de la mujer, el análisis, la crítica y aplicación que estos pueden tener dentro de las esferas jurídicas para su futuro reconocimiento o no dentro del universo del derecho es de una gran necesidad. No se puede dejar pasar un estudio tan útil como los es el de los principios que otorgan nuevos derechos a las mujeres en lo referente a sus decisiones de carácter sexual y reproductivo.

Estos principios, si bien no son reconocidos formalmente por nuestra legislación, invitan a la reflexión de todo el sistema jurídico. Tanto los llamados derechos sexuales y reproductivos de la mujer pueden tener una futura aplicación dentro de nuestra legislación, por lo que se debe iniciar lo más pronto posible con un estudio a profundidad de los alcances que el reconocimiento de estos pueda tener dentro de la esfera jurídica actual.

### 5.2.1 Derecho Natural

Ya hemos visto que el sistema del Derecho Natural es aquel por el cual el hombre, sin importar su ubicación geográfica, razona sobre los acontecimientos que le rodean en su realidad y decide tomarlos como propios dentro de un sistema jurídico, El derecho natural o IUSNATURALISMO es un enfoque filosófico del derecho, basado en la aceptación de que existe una serie de Derechos del Hombre, naturales y universales, superiores o independientes al ordenamiento jurídico positivo, y que son, inclusive, la razón de que exista tal ordenamiento.

Desde el punto de vista de la filosofía del derecho, el iusnaturalismo mantiene que legitimidad de las leyes del derecho positivo, esto es, el conjunto de leyes efectivamente vigentes en un Estado, depende del derecho natural. Desde este punto de vista, el que una ley haya sido promulgada por la autoridad competente cumpliendo los requisitos formales exigibles no es suficiente para que sea legítima.

Ahora bien, si partimos de la premisa que los seres humanos compartimos unas características comunes, una naturaleza o esencia: unas características físicas y químicas, biológicas, psicológicas, sociales y culturales, espirituales y, por sobre todo, una capacidad de raciocinio encontramos que, a través de la aplicación del derecho natural se puede

observar el siguiente grupo de derechos que, si bien no están reconocidos formalmente y / ó directamente en nuestra legislación, no pierden su calidad de objeto de análisis dentro del sistema del derecho natural para una posible aplicación:

- El derecho a la vida que incluye
- El derecho a la salud que incluye
- El derecho a la libertad, seguridad, e integridad personales, que incluye
- El derecho a decidir el número e intervalo de hijos que incluye
- El derecho a la intimidad que incluye
- El derecho a la igualdad y a la no discriminación que incluye
- El derecho al matrimonio y a fundar una familia, que incluye
- El derecho al empleo y la seguridad social que incluye
- El derecho a la educación que incluye
- El derecho a la información adecuada y oportuna , que incluye
- El derecho a modificar las costumbres discriminatorias contra la mujer, que incluye
- El derecho a disfrutar del progreso científico y a dar su consentimiento para ser objeto de experimentación, que incluye

Todo este listado, que ha sido reconocido en la Conferencia Internacional de Derechos Humanos celebrada en Teherán en 1968, la

Conferencia Mundial Sobre la Población y el Desarrollo, celebrado en El Cairo, en 1994, y de La Conferencia Mundial sobre la Mujer (Beijing 1995), nos refleja la variedad de derechos que pueden ser tutelables, de manera especial, en lo referente a la mujer, no como ser humano sino cómo individuo dentro de la sociedad.

Ahora bien, cabe recalcar que, si bien se logra el reconocimiento del anterior listado de derechos sexuales y reproductivos por parte de la comunidad internacional, la aceptación y aplicación de los mismos dentro de cada ordenamiento jurídico territorial están sujetas a la voluntad de los diferentes países.

Tomamos el anterior listado como muestra simbólica de lo que es el Derecho natural y su carácter universal, ya que dentro de la esencia del mismo podemos aceptar que todos los derechos enlistados tienen la capacidad de ser reconocidos, a través del iusnaturalismo, como parte de las distintas realidades sociales en el mundo. Es así como gracias a la observación, científica del derecho si se quiere, se logra determinar un cúmulo de nuevas cualidades que se le confieren a la mujer para mejorar su calidad de vida y lograr que se desarrolle con dignidad dentro de la sociedad.

#### 5.2.2 Derecho positivo.

El derecho positivo es el conjunto de normas jurídicas escritas en un ámbito territorial y que abarca toda la creación jurídica del legislador, recogida en forma de lo que viene siendo la ley. El concepto de derecho positivo está basado en el positivismo, corriente de pensamiento jurídico que considera al derecho como una creación del ser humano. El hombre crea el derecho, las leyes (siendo estas la voluntad del soberano) crean Derecho. Al contrario del Derecho natural, según el cual el derecho estaba en el mundo

previamente, y el ser humano se limitaba meramente a descubrirlo y aplicarlo en todo el sentido de la palabra.

En este sentido, el derecho positivo descansa en la teoría del normativismo (elaboración del teórico del derecho Hans Kelsen -siglo XX-), y que estructura al derecho según una jerarquía de normas (jerarquía normativa). Desde el punto de vista de otras escuelas de pensamiento jurídico, que no excluyen la existencia del derecho natural o derecho divino, el derecho positivo sería aquel que emana de las personas, de la sociedad, y que debe obedecer a los anteriores para ser justo y legítimo.

Así, se entiende el derecho positivo como un derecho puesto o dado desde el Estado.

La concepción del positivismo jurídico abarca un solo derecho, lo que también se conoce como monismo jurídico: el derecho positivo. En cambio, para el iusnaturalismo o derecho natural, existen dos derechos (dualismo jurídico): el derecho positivo y el derecho natural. Este último se define como el conjunto de principios o valores superiores a los cuales podemos acceder a través de la capacidad humana y que prevalecen sobre el derecho positivo y son siempre válidos.

Tenemos entonces que derecho positivo es el grupo de derechos que se encuentran formalmente reconocidos y que son efectivamente aplicados dentro de un territorio, lo cual los hace ser llamados "Ley" dentro del ordenamiento jurídico. Efectivamente, los derechos positivos se encuentran regulados dentro de la ley secundaria lo cual les otorga un grado de aplicabilidad directo y práctico, por lo tanto se puede concluir que son, de esta forma, los que están en verdadera relación activa con la realidad social y que gozan de una esencia dinámica, contrario a lo que sucede con el

derecho natural, puse se tiene que ese se encuentra fijo en el mundo y que solo espera a que el hombre lo descubra.

En nuestra legislación en cambio, a parte de la Ley secundaria, en el texto constitucional podemos observar, especialmente en los artículos uno y dos, aquellos lineamientos que se espera se cumplan para que el ser humano se realice a plenitud dentro de la sociedad y como individuo, no obstante que estos lineamientos estén observados de manera escueta y ambigua:

**Art. 1.** El Salvador reconoce a la persona humana como el origen y el fin de la actividad del Estado, que está organizado para la consecución de la justicia, de la seguridad jurídica y del bien común.

"Asimismo reconoce como persona humana a todo ser humano desde el instante de la concepción"(13).

En consecuencia, es obligación del Estado asegurar a los habitantes de la República el goce de la libertad, la salud, la cultura, el bienestar económico y la justicia social.

**Art. 2.** Toda persona tiene derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la libertad, a la seguridad, al trabajo, a la propiedad y posesión, y a ser protegida en la conservación y defensa de los mismos.

Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

Se establece la indemnización, conforme a la ley, por daños de carácter moral.

Como se puede observar, en estas pocas líneas se plantea la esencia de las aspiraciones del Estado para lograr la efectiva realización del individuo pero sin embargo, no se logra una especificación de ciertos criterios que, a la larga, genera una serie de complejos problemas de comprensión por parte de los actores de dichos derechos.

En nuestro caso en cuestión tomamos por ejemplo el derecho a la libertad, dentro del ordenamiento jurídico positivo no se encuentra regulada la capacidad individual, por ser el término libertad de un muy amplio espectro, de decisión sobre la libertad sexual, ni los derechos y deberes que conlleva este tipo de libertad, ni las consecuencias de su práctica. No existe una correcta o efectiva regulación que directamente desarrolle la dimensión de esta libertad.

Tenemos entonces que los derechos, llamados de esta manera dentro del Derecho Natural, enlistados anteriormente no son aplicados efectivamente ni son reconocidos formalmente por el ordenamiento jurídico de nuestro país, lo que genera una especie de vacío jurídico en cuanto al ejercicio de los mismos. Por ejemplo: una mujer que, dentro de su vida matrimonial, decida únicamente tener dos hijos pero su esposo la fuerce a tener un tercero, estaría esto violentando la capacidad de decisión de la mujer dentro de su ámbito personal, sin embargo, no tendría ella una forma efectiva de querer hacer efectivo su derecho pues en ningún momento nuestro ordenamiento jurídico positivo le reconoce a ella derecho alguno sobre el número de hijos que quiera concebir.

En lo referente a derechos de la mujer como individuo, y más específicamente, en lo referente a su conducta sexual y reproductiva no se cuenta con un ordenamiento preparado para regular efectivamente un comportamiento que afecte individualmente a la mujer dentro de la sociedad.



Se tiene, sí, un ordenamiento jurídico positivo diseñado para regular y castigar penalmente el comportamiento que genere un delito, como lo es en el caso de violación sexual o en el de las agresiones sexuales, sin embargo esto no es lo mismo a regular la amplitud de comportamiento por parte de la mujer que pueden ser objeto de derecho positivo.

### **5.3 La Vida como Dualidad Jurídica**

#### **5.3.1 La Vida como Derecho.**

La vida, como objeto del derecho es considerada como un derecho fundamental por ser inherente a la persona humana, en el texto constitucional, tenemos que es reconocido dentro del artículo dos y que se garantiza a toda persona humana, es tal la importancia que, dentro del mismo texto constitucional, se prohíbe la pena de muerte, salvo la excepción dada, teniéndose prácticamente como una garantía constitucional insoluble.

Lastimosamente, esta misma importancia dada al derecho a la vida se malinterpreta y hace que erróneamente se piense que el texto constitucional está diseñado para consagrar a la vida como derecho omnipotente por sobre todo lo demás. Como ya se ha dicho, el objeto de esta investigación es criticar la constante y errónea sobrevaloración que se hace de la vida por pensar que se encuentra por sobre los demás derechos fundamentales.

Antes de la reforma en el artículo uno del texto constitucional, en la que se reconoce como persona humana a todo ser desde el instante de la concepción, ya se reconocía en el artículo dos del mismo texto, el derecho a la vida, esto era para garantizar que, bajo ninguna circunstancia, salvo la excepción constitucional, podía castigarse con pena de muerte. Se tienen

que el reconocimiento al derecho a la vida era para reforzar la prohibición de la pena de muerte en nuestro territorio.

Luego de la reforma del artículo uno se tomó, equivocadamente, que la vida estaba entonces protegida desde el artículo uno de la constitución y que por eso era el derecho máximo, y, más aún, que por estar reconocido desde el instante de la concepción es un derecho de exclusividad del no nacido. En este punto es cuando hay que reconocer que, frente a la imposibilidad que tiene la persona no nacida de efectivamente ejercer sus derechos, es obligación del estado cumplir con su función de protector de los individuos y procurar una protección especial para los no nacidos.

La Constitución, sin embargo, no hace distinción entre sujetos, y reconoce el grupo de derechos fundamentales para todos y cada uno, de esta forma es como el estado interviene en su calidad de emisor de leyes, para regular la debida aplicación del aparato judicial en la forma en la que los hombres hacen efectivos sus derechos, sin embargo, debe hacerlo sin tomar parte interviniente solamente mediadora.

Dicho sea de paso, la sobreprotección que el Estado hace del derecho a la vida del no nacido, entendida esta como el grupo de acciones por las cuales se hacen de lado los mismos derechos de las otras personas, es una clara violación a los derechos fundamentales universalmente reconocidos. Es cierto que la tarea es dura, pues es el Estado quien debe decidir el equilibrio entre las relaciones de uno y otro actor del derecho, pero lo que no puede es tomar parte y proteger al sujeto tutelar del derecho en lugar de procurar un debido reconocimiento del bien jurídico.

Entonces, la vida como derecho esta garantizada para todos y cada uno de los habitantes del territorio nacional, debe entenderse que si bien el

no nacido no puede hacer efectivos sus derechos el Estado es quien está encargado de velar por sus intereses, sin embargo en ningún momento puede éste arrojarse la función de modificar todo el aparato judicial para proteger el derecho de uno y violentar los derechos de otros.

## **CONCLUSIONES DE LA INVESTIGACIÓN**

### **a. Conclusiones Generales**

Dentro del mundo del pensamiento jurídico hay un sin fin de corrientes que intentan hacer una efectiva y racional aplicación de los que se identifican como principios doctrinarios como los que se encuentran reconocidos en nuestra Constitución: Seguridad jurídica, Justicia y Bien común. A ello se suman algunas reflexiones propias de cada corriente que las distinguen entre sí.

Ahora bien ambas corrientes principales, el naturalismo y el positivismo, otorgan a los seres humanos cualidades que los convierten en parte del mundo jurídico, estos son los llamados derechos humanos.

Pero ante todo, la evolución en la observación de los valores jurídicos es la responsable de presentar una correcta y estructura separación de los valores, los derechos y los principios jurídicos que le dan vida a la gama de facultades individuales y grupales que se reconocen a la persona humana. Dentro de esta misma observación tenemos que el principio de igualdad ante la ley exige que la aplicación de la ley sea equitativa hacia cada uno de los que se sometan a su juicio, así como también hacia la creación de nuevas leyes que permitan poner en un plano de igualdad de condiciones a las personas.

Dentro de este concepto de igualdad no podemos aceptar que por cuestiones moralistas, en el sentido que una acción nos parezca reprochable, se distorsionen sin mayor fundamento jurídico los preceptos constitucionales para provocar una reforma constitucional que, primero violenta el sentido de aplicación igualitaria de los preceptos constitucionales dándole erróneamente una valoración superior al derechos a la vida del no nacido y, segundo crea

vacíos en el ordenamiento jurídico al no reformar correctamente el texto de las leyes penales.

Es así como la jerarquización de valores jurídicos a través de una apreciación subjetiva se muestra como un fenómeno enteramente nocivo para la sana creación y aplicación de derechos, así como también como un ente que socava las bases del ordenamiento jurídico, al introducirse en este a través de la moral del legislador.

### **b. Conclusiones Específicas**

Los Derechos Humanos, como un grupo de facultades inalienables a la persona humana, no pueden ser clasificados en un orden jerárquico que estimule la protección específica de un derecho por sobre otros ya que todos estos derechos son necesarios para que la persona se desarrolle plenamente en la sociedad y alcance un nivel. No pueden verse estos afectados por la concepción moralista del legislador que intentan disminuir unos ante otros. Esto es porque al momento de reconocer los derechos fundamentales y garantías constitucionales en el texto constitucional no se hace distinción alguna sobre su condición dentro de la sociedad.

Al momento en que el legislador reforma de el texto constitucional de manera subjetiva para proteger los derechos del no nacido se genera la jerarquización de valores, siendo esto contrario a la doctrina jurídica dado que al concedérsele la categoría de persona al no nacido no es necesario que se otorgue una protección diferencial a sus derechos del resto de personas.

El estado, debe ser el ente que evite este tipo de situaciones, ya que al momento de la creación de proyectos de reforma del texto constitucional debe ver un panorama mucho más amplio que el de la simple reforma,

debería contemplar otros ángulos del problema y prever las condiciones que creará esta reforma. En ese sentido podemos decir que el Estado, no previó ó no quiso prever los vacíos legales que genera en la legislación penal la reforma al texto constitucional. Siendo así, que a la vida del no nacido se le da un carácter de superioridad frente a los demás derechos de otras personas, el texto penal debió haber sido reformado para modificar lo contenido entorno al delito del aborto. Esto incluiría tipificación del delito y aumento en el tiempo de las penas privativas de libertad en lo referente a este delito.

La falta de aplicación de otros criterios científicos como lo son sociológicos, psicológicos, pedagógicos, etc. aún en los problemas que genera una reforma del texto constitucional de este tipo, ya que no se puede aplicar solamente el pensamiento jurídico a un tema que por desarrollarse dentro de la sociedad debe incluir otros factores científicos como los mencionados.

Ante tal reforma del texto constitucional, para proteger el derecho a la vida del no nacido, podemos contemplar una clara violación a los derechos de la mujer principalmente en lo que se refiere a su propio derecho a la vida, a la igualdad y a la dignidad, así como también a sus propios derechos sexuales y reproductivos que, a pesar de no estar plena y positivamente reconocidos en nuestro ordenamiento jurídico, constituyen un punto de avance o evolución en lo referente a el pensamiento jurídico moderno y al reconocimiento de los derechos de la mujer. Cabe mencionar que también el hecho de conceder la calidad de persona desde el instante de la concepción es un avance del pensamiento jurídico, sin embargo la reforma del texto constitucional es la que afecta enormemente a este mismo.

## BIBLIOGRAFIA

ALVAREZ VITA, JUAN. **“El Derecho a la Salud, como Derecho Humano”**. Editorial Cultural Cuzco. Lima, 1994.

BERMÚDEZ VALDIVIA, VIOLETA. **“Salud, derechos sexuales y reproductivos. Desde la perspectiva de los profesionales de la Salud, ¿que son los derechos sexuales?”**. Movimiento Manuela Ramos, Lima-Perú, 2006

ENCARTA, **Axiología**, 2000

FERNÁNDEZ BULTÉ, JULIO. **“Filosofía del Derecho”**. Editorial Félix Varela, La Habana, Cuba 2002.

FERNÁNDEZ, JULIO FAUSTO. **“Los Valores y el Derecho”**. Editorial Ministerio de Cultura. San Salvador, 2002.

FIGUEROA PEREA, JUAN GUILLERMO Y OTROS. **“Una aproximación al entorno de los derechos reproductivos por medio de un enfoque de conflictos”**, Estudios Sociológicos N° 34. Vol. XII, Enero-Abril 1994.

FRONDIZI, RISIERI. **“¿Qué son los Valores?, Introducción a la Axiología”**. Breviarios del Fondo de Cultura Económica n° 135, 3a. Edición, 6a. Reimpresión. México, 1986.

GARCÍA MAÍNEZ, EDUARDO. **“Filosofía del Derecho”**. Editorial Porrúa, México, 1977

LAGAS Y LACAMBRA, LUÍS. **“Filosofía del Derecho”**. Casa Editorial S.A., Barcelona, 5a edición, 1979.

MELÉNDEZ GONZÁLES, SERGIO TULIO. **“Derecho y Valores”**. Tesis, Universidad de El Salvador. 1975.

ONU, **“Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo. Programa de Acción del Cairo”**. El Cairo, Egipto, 1994. Párrafo 7.2.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. **“Consideraciones para formular las leyes de salud reproductiva”**. ONU, 2000.

PECES-BARCA MARTINEZ, GREGORIO. **“Textos Básicos de Derechos Humanos. Con estudios generales y especiales y comentarios a cada texto nacional e internacional”**. Editorial Aranzandi. Madrid, 2001.

RECASÉNS SICHES, LUÍS. **“Tratado General de Filosofía del Derecho”**. Editorial Porrúa, México. 1975

REVISTA TELEMÁTICA DE FILOSOFÍA DEL DERECHO, nº 3, 1999/2000.  
[www.filosofiyderecho.com/rtfd/](http://www.filosofiyderecho.com/rtfd/)

RICKERT, HEINRICH. **“Fundamentación General de la Filosofía”**. Editorial Tübingen, Alemania 1943

SCHELER, MAX. **“El Formalismo en la ética y la ética material valorativa”**. Editorial Halle, Alemania, 1927

SCHELER, MAX. **“El Santo, EL Genio y El Héroe”**. Editorial Nova, Buenos Aires, 1971.

SHELER, MAX. **“Perspectivas de la Filosofía”**. Editorial Beacon Press, Boston, 1958

TRUYOL Y SERRA, ANTONIO. **“Los Derechos Humanos”**. Editorial Tecnos, Madrid, España, 1984.



VI ENCUENTRO DE MAGISTRADOS DE AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE.  
**“Los Derechos Reproductivos en la Administración de Justicia”**. Por  
una Justicia de Genero. UNFPA, San Salvador, Febrero 2005

VILLAN DURAN, CARLOS. **“Curso de Derecho Internacional de los  
Derechos Humanos. Primera Edición”**. Editorial Trotta. España 2002. p 63.

### **CUERPOS NORMATIVOS**

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DE EL SALVADOR, de 15 de  
Diciembre de 1983, Decreto Constituyente N° 38, D. O. 234, Tomo 28.

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DE EL SALVADOR, comentada y  
Jurisprudenciada. Separata, UES, 2005.

PLATAFORMA DE ACCIÓN DE BEIJING. Punto 107 d); y Conferencia  
Internacional sobre Población y Desarrollo. Programa de Acción del Cairo.  
Punto 7.34