

La Dignidad Humana como Parámetro de Valoración Jurídica de las Modernas Biotecnologías Reproductivas

Ian Henríquez Herrera¹
(Chile)

Resumo

Utilizaremos a dignidade humana como um parâmetro estritamente legal para a valoração das modernas biotecnologias reprodutivas. Em outras palavras, argumentaremos que a dignidade humana é um conceito relevante não só para a antropologia filosófica, bioética ou filosofia moral, mas também é baseada na esfera jurídica.

Palavras-chave: Dignidade Humana. Biotecnologia.

Resumen

En lo que sigue, utilizaremos la dignidad humana como un parámetro estrictamente jurídico para la valoración, de igual índole, de las modernas biotecnologías reproductivas. Dicho de otro modo, sostenemos que la dignidad humana es un concepto no sólo relevante para la antropología filosófica, para la bioética o para la filosofía moral, sino que también lo es en estricta sede jurídica.

Palabras clave: la dignidad humana. Biotecnología.

Introducción

Para los efectos de nuestra exposición, comenzaremos efectuando una valoración general de dichas técnicas, argumentando que la manufactura de suyo contraría la dignidad debida al ser humano. En segundo término, polemizaremos con la tesis que sostiene la futilidad e inutilidad del concepto de dignidad humana. En conexión con ello, pasaremos, luego, a revisar la jurisprudencia constitucional chilena que ha tratado expresamente sobre la dignidad. En un cuarto apartado, comentaremos el precedente sentado al efecto por la Corte Suprema de Costa Rica. A continuación, expondremos la principal objeción efectuada a los fundamentos últimos de esta jurisprudencia, conocida como “argumento del especieísmo”, respecto de la cual presentaremos lo que a nuestro juicio implican importantes inconsistencias teóricas. Finalmente, como un *subsidium*, reseñaremos el principio precautorio de Hans Jonas, afirmando la conveniencia de su aplicación a estas materias.

¹ Profesor de la Facultad de Derecho y del Instituto de Ciencias de la Familia de la Universidad de los Andes. Licenciado en Derecho (Universidad de Chile). Magíster en Derecho Privado (Universidad de Chile). Magíster en Investigación Jurídica (Universidad de los Andes). Investigador visitante, Juristische Fakultät George Augusta Universität Göttingen (Alemania).

Concebidos, no hechos

Por cierto, el oficio del jurista exige estudiar las consecuencias dogmáticas de un determinado suceso. Pero no puede omitirse un pronunciamiento sobre la rectitud del fenómeno que origina tal suceso, so pretexto de exceder de la esfera de su competencia. Lo más propio del oficio es separar lo justo de lo injusto, lo inicuo de lo equitativo, lo bueno de lo malo. Aquí se expresa la esencia del *ars bonum et aequi*. Así, por ejemplo, podemos estudiar con celo y modo prolijo los efectos patrimoniales que generan los secuestros permanentes y las desapariciones forzadas. Pero nada obsta, más bien nos viene exigido, reafirmar la manifiesta ilicitud de la situación que origina los efectos patrimoniales estudiados. El silencio del profesor, luego leído por novatos, se transforma en connivencia, en letargo del juicio crítico, a la larga, en una sutil forma de complacencia.

En vistas lo anterior, no puedo sino comenzar señalando que, a mi juicio, existen poderosas razones jurídicas para afirmar la intrínseca ilicitud de la aplicación de biotecnologías reproductivas en humanos, comenzando por la ya aparentemente validada fecundación *in vitro*, aun en lo que se ha dado en llamar *the simple case*, es decir aquella que no ofrece ninguna objeción adicional: un matrimonio, que aporta sus propios gametos, y que todos los embriones son implantados². Ésta, como otras, es contraria a bienes humanos básicos, y a normas de derecho positivo vigentes. En lenguaje de Hart, estamos ante *critical problems*, y por consiguiente resulta justificada la intervención del derecho (*Law, Liberty and Morality*, Oxford, 1963), la que, sostengo, debe operar mediante la proscripción³.

206

La brillantez de muchos se ha plasmado en la concisión de sus palabras. Robert Spaemann ha tocado la médula del problema de las biotecnologías reproductivas al señalar que los seres humanos requerimos ser “concebidos, no hechos”⁴. Si somos “hechos” nuestra dignidad originaria resulta violentada, puesto que estamos indefectiblemente mediatizados. El amor humano es la única causa eficiente y material que se condice con la dignidad humana originaria. Y la cópula es el único acto humano capaz de manifestar simbólicamente de un modo cabal el don de sí que expresa ese amor originario y originante. O cópula o manufactura. Concebidos o hechos.

Pertinencia y relevancia jurídica de la dignidad

Si la dignidad no tuviere relevancia ni aplicación jurídica, el razonamiento anterior sería fútil e impertinente en este breve ensayo. Déjese para un tratado de ética. El punto está en que el respeto de la dignidad humana es un imperativo jurídico⁵ y no una categoría inútil, como lo ha sostenido, entre otros, Macklin⁶.

² SINGER, PETER, “Creating embryos”, en ARRAS, JOHN, STEINBOCK, BONNIE (eds.), *Ethical issues in modern medicine*, Mayfield Publishing Company, California, 1995, p. 436.

³ En igual sentido, LAFERRIÈRE, JORGE NICOLÁS, “Técnicas de Procreación Humana. Propuesta para la tutela legislativa de la persona concebida”, en *El Derecho*, (Buenos Aires) 18 de septiembre de 2006, N° 11.595, año XLIV, p. 1.

⁴ SPAEMANN, ROBERT, “Gezeugt, nicht gemacht. Die verbrauchende Embryonenforschung ist ein Anschlag auf die Menschenwürde”, en GEYER, CHRISTIAN, *Biopolitik. Die Positionen*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 2001, p. 43.

⁵ ANDORNO, ROBERTO, “La notion de dignité humaine est-elle superflue en bioéthique?”, en *Revue Générale de Droit Médical*, n° 16, 2005, p. 95-102; esp. 97-8.

⁶ MACKLIN, RUTH, “Dignity is a useless concept”, *British Medical Journal*, 2003, vol. 327, p. 1419.

Aproximación desde el modelo kantiano

En una primera aproximación, el modelo deontológico kantiano resulta adecuado en su aplicación a la cuestión que ahora nos ocupa. Como se sabe, Kant sostiene que las cosas en el mundo tienen precio, no así las personas, que tienen dignidad. Tal dignidad exige que sean tratadas como un fin en sí mismas, y nunca solamente como un medio:

“Was einen Preis hat, an dessen Stelle kann auch ein anderes als dessen Äquivalent gesetzt werden; was dagegen über allen Preis erhaben ist, mithin kein Äquivalent gestattet, das hat eine Würde”⁷.

“Vernünftige Wesen haben nur einen relativen Wert, als Mittel, und heißen daher Sachen, dagegen vernünftige Wesen Personen genannt werden, weil ihre Natur sie schon als Zwecke an sich selbst, das ist etwas, das nicht bloss als Mittel gebraucht werden darf, auszeichnet”⁸.

Søren Holm, tratando sobre una objeción a la creación de embriones para investigación, sostiene, correctamente en nuestro parecer, que todos los embriones son creados como medios para el proyecto de alguien más, sean éstos los padres, sean los investigadores⁹. Aquí está el *iuris quid* del problema. Si Holm está en lo correcto, como lo parece, las biotecnologías reproductivas son contrarias a derecho por contrariar precisamente la dignidad humana, puesto que *per se* hay un ser humano *hecho para*. Es decir, indefectiblemente el embrión así creado surge como un medio para un fin buscado y querido por otros. Quién sea ese otro resulta, al efecto, irrelevante. A nivel intuitivo, genera adhesión la idea de que puedan ser los futuros progenitores quienes busquen y quieran producir el embrión, y rechazo que sean los investigadores. Esa diferenciación no se justifica racionalmente. Por el contrario, resulta imperativo que todo ser humano resguarde la dignidad de todo ser humano, y, *prima facie*, es dable exigir un mayor deber de cuidado de ese bien a los usuarios de las técnicas biorreproductivas, puesto que, de ser éstas exitosas, el agraviado será su propio hijo.

Si la dignidad humana es relevante jurídicamente, y si el modelo deontológico kantiano es válido, el acceso a las técnicas biorreproductivas resulta vedado a todos. La doctrina alemana, para referirse a los usuarios de técnicas biorreproductivas, hace uso de un término que resulta especialmente expresivo y útil para el análisis: *Kinderwunsch*, esto es “quienes desean un niño”¹⁰. Bien se sabe que el mero deseo no constituye derecho.

Las corrientes utilitaristas son incompatibles con el carácter absoluto de la dignidad

La afirmación “la dignidad humana es relevante jurídicamente”, no nos parece susceptible de controversia sería desde el punto de vista dogmático y de *lege lata*. Cosa distinta parece ocurrir con la aplicabilidad del modelo deontológico kantiano. Otra tradición ética es especialmente influyente e importante en el debate ético contemporá-

⁷ KANT, *Metaphysik der Sitten*, 37.

⁸ KANT, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, 37.

⁹ HOLM, SØREN, “Ethics of Embriology”, en *The concise encyclopedia of the ethics of new technologies*, Academic Press, California, 2001, p. 92.

¹⁰ WENDEHORST, CHRISTIANE, “Rechtliche Anforderungen an ein künftiges Fortpflanzungsmedizin-gesetz”, en ODUNCU, FUAT, PLATZER, KATRIN, HENN, WOLFRAM (eds.), *Der Zugriff auf den Embryo*, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 2005, pp. 35 y ss.

neo, cual es el utilitarismo. En rigor, debiésemos usar la expresión en plural, puesto que son diversas las corrientes utilitaristas. Sin embargo, en el plano estrictamente jurídico, en el cual nos situamos y nos esforzamos por mantenernos, el utilitarismo pareciera no tener cabida, puesto que es incompatible en la base con la noción de derechos humanos o de derechos fundamentales. Allí donde hay un absoluto, no cabe un razonamiento consecuencialista, y por ende se excluye cualquier forma de utilitarismo. Jurídicamente sabemos muy bien que las siguientes afirmaciones son diversas:

La dignidad humana es inviolable

La dignidad humana es inviolable a veces.

Si jurídicamente la afirmación b) es incorrecta, como todo lo indica, el utilitarismo no es un modelo conceptual aplicable en el razonamiento jurídico. Gómez-Lobo ha hecho notar el sinsentido que implica la adhesión a un concepto de dignidad parcial o transitoria:

“If dignity were an intermittent attribute or property, it would be worthless. If I had dignity every week from Wednesday to Sunday, but it were morally permissible to kill me on Monday or Tuesday, then dignity during those later days would cease to be a meaningful attribute for me. It would not afford the moral protection that is part of its conceptual core because I may no longer be there to be protected. I could have been eliminated in a morally acceptable way in the earlier days”¹¹.

Análisis simbólico de un arquetipo utilitarista

208

Como lo nota Claude Lévi-Strauss, los mitos y cuentos, en tanto manifestaciones culturales, son un compendio precioso de la ideología de una sociedad, o, en lenguaje más contemporáneo, de los valores presentes en ella¹². Hay un pasaje de Hänsel y Gretel que, a nuestro juicio, sintetiza muy bien el debate respecto de la aplicabilidad de la ética utilitarista. Hagamos memoria. Una hambruna muy grande acaeció en el pueblo donde vivía la familia. Los padres de ambos niños sostienen el siguiente diálogo:

“Mujer, qué podremos hacer, cómo alimentaremos a nuestros niños si ni siquiera tenemos suficiente para nosotros”, “Te diré qué hacer- respondió la mujer- Mañana muy temprano dejaremos a los niños al interior del bosque, junto a un fuego y con algo de pan. Luego nos iremos al trabajo y les abandonaremos. No podrán encontrar el camino a casa y se perderán”, “¡No mujer! – dijo el hombre-, no lo haré, cómo podría tomar mi propio corazón, cómo habría de dejar a mis niños solos en el bosque, llegarían los animales y les devorarían”, “Has perdido el juicio – dijo la mujer-. Si no lo hacemos, moriremos todos de hambre”¹³.

El argumento de la madre es plausible y atendible. Su razonamiento es lógico, y aún más, es socialmente eficiente. Es mejor que mueran dos personas de hambre a que mueran cuatro. Desde el punto de vista utilitarista sería correcto seguir su consejo. Sin embargo, a nivel intuitivo no nos genera adhesión la respuesta de la madre. Tanto así,

¹¹ GÓMEZ-LOBO, ALFONSO, “The ethical evaluation of human cloning for biomedical research”, en HONNEFELDER, LUDGER, LANZERATH, DIRK (eds.), *Klonen in biomedizinischer Forschung und Reproduktion/ Cloning in biomedical research and reproduction*, Bonn University Press, Bonn, 2003, p. 638.

¹² LÉVI-STRAUSS, CLAUDE, *Anthropologie structurale deux*, Plon, Paris, 1996, p. 315.

¹³ GRIMM, WILHEM, GRIMM, JACOB, “Hänsel und Gretel”, en GRIMM, WILHEM, GRIMM, JACOB, *Märchen der brüder Grimm*, Droemer Knauer, Berlin, 1937, p. 236. La traducción es nuestra.

que se trata de un personaje prototipo de felonía. Normativamente viene exigida una conducta diversa, puesto que el bienestar de los adultos no puede ser a costa de la vida ni de la dignidad de los niños. Adherir al utilitarismo significa transformar a la madre de Hänsel y Gretel de villana en heroína. Con ello, los paradigmas éticos de occidente resultarían completamente trastocados.

La jurisprudencia constitucional chilena sobre la dignidad

Con todo, en Chile el asunto está zanjado por la jurisprudencia constitucional. En efecto, el Tribunal Constitucional en causa rol N° 389 expresó en el considerando 17°:

“por ser base del sistema institucional imperante en Chile, el artículo 1° inciso primero de la Constitución, el cual dispone que ‘las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos’. Pues bien, la dignidad a la cual se alude en aquel principio capital de nuestro Código Supremo es la cualidad del ser humano que lo hace acreedor siempre a un trato de respeto, porque ella es la fuente de los derechos esenciales y de las garantías destinadas a obtener que sean resguardados”¹⁴.

Esta doctrina jurisprudencial se corrobora en causa rol N° 433, en los considerandos 23° y 24°, del mismo tribunal:

“Que, el artículo 1° de la Carta Fundamental, norma con que se inicia el Capítulo denominado ‘Bases de la Institucionalidad’, contempla la concepción acerca de la persona, la familia, la sociedad y el Estado que la Constitución consagra. De este modo, su contenido y ubicación demuestran la importancia que tiene; Que, en su inciso primero, dicho precepto dispone: ‘Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos’ realzando así, como principio fundamental de nuestro orden constitucional, la dignidad del ser humano, la cual implica que éste ha de ser respetado en sí mismo por el sólo hecho de serlo, con total independencia de sus atributos o capacidades personales”¹⁵.

209

De ambas sentencias, siguiendo a Fernández, es posible extraer como reglas emanadas de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional:

“Primero, la dignidad exige siempre, o sea sin excepciones, que el ser humano sea tratado con respeto, lo cual no depende de sus atributos, capacidades, cualidades o defectos; Segundo, que aquella dignidad es el fundamento y la fuente de la cual emanan tanto los derechos esenciales de las personas cuanto las garantías que los protegen; y Tercero, como corolario ineludible, que vulnerar los derechos o las garantías es lesionar la dignidad y afectar ésta es quebrantar aquellos”¹⁶.

Ahora bien, haciéndonos cargo de tales conclusiones, parecería claro que las técnicas biorreproductivas no satisfarían el estándar de respeto debido al ser humano. De ser así, no cabría sino su proscripción.

¹⁴ EN FERNÁNDEZ, MIGUEL ÁNGEL, *Los derechos fundamentales en 25 años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional. 1980-2005*, Cuadernos del Tribunal Constitucional, 33 (2006) p. 29.

¹⁵ EN FERNÁNDEZ, MIGUEL ÁNGEL, *Los derechos fundamentales en 25 años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional. 1980-2005*, Cuadernos del Tribunal Constitucional, 33 (2006) p. 31.

¹⁶ FERNÁNDEZ, MIGUEL ÁNGEL, *Los derechos fundamentales en 25 años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional. 1980-2005*, Cuadernos del Tribunal Constitucional, 33 (2006) p. 31.

El precedente de la Corte Suprema de Costa Rica

Existe un precedente de jurisprudencia constitucional en el sentido sugerido. En efecto, resulta clarificador el criterio expresado por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, que declara la inconstitucionalidad de las técnicas de fertilización asistida:

“El desarrollo de técnicas de reproducción asistida ha posibilitado que muchas parejas estériles alrededor del mundo consigan tener hijos. Sin embargo, es preciso cuestionarse si todo lo científicamente posible es compatible con las normas y principios que tutelan la vida humana, vigentes en Costa Rica, y, hasta qué punto, la persona humana admite ser objeto o resultado de un procedimiento técnico de producción. Cuando el objeto de la manipulación técnica es el ser humano, como en la Técnica de Fecundación In Vitro y Transferencia de Embriones el análisis debe superar el plano de lo técnicamente correcto o efectivo. Debe prevalecer el criterio ético que inspira los instrumentos de Derechos Humanos suscritos por nuestro país: el ser humano nunca puede ser tratado como un simple medio, pues es el único que vale por sí mismo y no en razón de otra cosa. Si hemos admitido que el embrión es un sujeto de derecho y no un mero objeto, debe ser protegido igual que cualquier otro ser humano”¹⁷.

Nos parece correcta la doctrina expresada por la Corte costarricense, y pensamos que el cuerpo constitucional y de derecho internacional de derechos humanos vigente en dicho país, es análogo al chileno, por lo cual tal razonamiento resulta correcto también en el sistema chileno.

El argumento del especieísmo y sus inconsistencias

En contra de la jurisprudencia reseñada, una corriente de pensamiento filosófico sostiene que es falsa la afirmación “todos los seres humanos tienen dignidad”, o bien “todo ser humano es persona”¹⁸. Esta corriente de pensamiento contemporánea tiene, a nuestro juicio, en Peter Singer y Reinhard Merkel a sus principales exponentes¹⁹.

Peter Singer y la disociación entre ser humano y persona

Singer ha acuñado el nombre “especieísmo” para referirse a la tesis que sostiene que todo ser humano es persona por el mero hecho de ser tal, y afirma que el argumento de la dignidad tiene raíces religiosas, que no son persuasivas en una sociedad pluralista²⁰.

¹⁷ Sentencia n° 2000-02306 de 15 de marzo de 2000.

¹⁸ Para una síntesis e historia de los argumentos que disocian “ser humano” y “persona”, véase: BRAUN, KATHRIN, *Menschenwürde und Biomedizin. Zum philosophischen Diskurs der Bioethik*, Campus, Frankfurt, 2000, pp. 108 a 134.

¹⁹ SINGER, PETER, *Practical ethics*, Cambridge University Press, London, New Cork, New Rochelle, Melbourne, Sydney, 1980; MERKEL, REINHARD “Contra Speziesargument: Zum normativen Status des Embryos und zum Schutz der Ethik gegen ihre biologistische Degradierung”, en DAMSCHEN, GREGOR, SCHÖNECKER, DIETER (eds.), *Des moralische Status menschlicher Embryonen*, Walter de Gruyter, Berlin/New Cork, 2003pp. 35 a 56 esp. 55-6. Otro pensador representante de esta corriente: Norbert Hoerster: *Neugeborene und das Recht auf Leben*, Frankfurt am Main, 1995, *Sterbehilfe im säkularen Staat*, Frankfurt am Main, 1998, “Menschenrecht auf Leben und Tötungsverbot”, en BREUNINGER, RENATE, *Leben-Tod Menschenwürde. Positionen zur gegenwärtigen Bioethik*, Humboldt-Studienzentrum, Universität Ulm, 2002, pp. 129 a 148.

²⁰ SINGER, PETER, *Practical ethics*, Cambridge University Press, London, New Cork, New Rochelle, Melbourne, Sydney, 1980, pp. 48, 77-8.

Asimismo, utiliza una definición de persona en la que no subsume a todos los seres humanos, y por el contrario, sí subsume a otros mamíferos como los grandes simios, las ratas y los cerdos:

“In any case, I propose to use ‘person’, in the sense of a rational and self-conscious being, to capture those elements of the popular sense of ‘human being’ which are not covered by ‘members of the species homo sapiens’²¹.

“It sounds odd to call an animal a person. This oddness may be no more than a symptom of our habit of keeping our own species sharply separated from others. In any case, we can avoid the linguistic oddness by rephrasing the question in accordance with our definition of ‘person’. What we are really asking is whether any nonhuman animals are rational and self-conscious beings, aware of themselves as distinct entities with a past and a future.

Are animals self-conscious? Evidence that some animals, at least, are self-conscious has been provided by recent efforts to teach American Sign Language to apes (...)²².

Adentrándonos más en el punto, Singer señala, también, que el argumento *standard* a favor de la protección del embrión humano es el siguiente:

- a) Todo ser humano tiene derecho a la vida
- b) El embrión humano es un ser humano
- c) Luego, el embrión tiene derecho a la vida.

De igual modo, indica Singer que existe una respuesta u objeción también *standard*, que cuestiona la segunda premisa, esto es que el embrión no es un ser humano. Singer afirma que tal objeción es insostenible, en el entendido que por ser humano se comprende la pertenencia a la especie zoológica *homo sapiens*. La nueva objeción que elabora Singer intenta controvertir ya no la segunda, sino la primera premisa:

*“Can the argument be rescued? It obviously cannot be rescued by claiming that the embryos is a being with the requisite mental qualities. That might be arguable for some later stage of the development of the embryo or fetus, but it is impossible to make out the claim for the early embryo. If the second premise cannot be reconciled with the first in this way, can the first perhaps be defended in a form which makes it compatible with the second? Can it be argued that human beings have a right to life, not because of any moral qualities they may possess, but because they –and not pigs, cows, dogs, or lettuces– are members of the species *Homo sapiens*?*

This is a desperate move. Those who make it find themselves having to defend the claim that species membership is in itself morally relevant to the wrongness of killing a being. But why should species membership in itself be morally crucial? If we are considering whether it is wrong to destroy something, surely we must look at its actual characteristics, not just the species to which it belongs. If E.T. and similar visitors from other planets turn out to be sensitive, thinking, planning beings, who get homesick just like we do, would it be acceptable to kill them simply because they are not members of our species? Should you be in any doubt, ask yourself the same kind of questions, but with ‘race’ substituted for ‘species’. If

²¹ SINGER, PETER, *Practical ethics*, Cambridge University Press, London, New Cork, New Rochelle, Melbourne, Sydney, 1980, p. 76.

²² SINGER, PETER, *Practical ethics*, Cambridge University Press, London, New Cork, New Rochelle, Melbourne, Sydney, 1980, p. 94.

we reject the claim that membership of a particular race is in itself morally relevant to the wrongness of killing a being, it is not easy to see how we could accept the same claim when based on species membership. Remember that the fact that other races, like our own, can feel, think, and plan for the future is not relevant to this question, for we are considering the simple fact of membership of the particular group—whether races or species—as the sole basis for distinguishing between the wrongness of killing those who belong to our group. As long as we keep this in mind, I am sure that we will conclude that neither race nor species can, in itself, provide any justifiable basis for such a distinction.

So the standard argument fails. It fails not because of the standard response that the embryo is not a human being, but because the sense in which the embryo is a human being is not the sense in which we should accept that every human being has a right to life²³.

Inconsistencias del argumento de Singer

Por lo pronto, conviene notar que la definición de persona de Singer no es del todo novedosa, puesto que, como él mismo reconoce, tiene antecedentes en aquella esbozada por Locke en *Essay concerning human understanding* (1704, II, 27, 9)²⁴. De igual modo, conviene insistir en que en estricto rigor la disociación entre ser humano y persona Singer la plantea originalmente en el plano fáctico. Si se concede como verdadera la definición de persona que él utiliza, la conclusión es verdadera. En el plano de la razón especulativa no hay objeción alguna que hacer, ni reparo ni inconveniente. Así como esa, podríamos construir múltiples definiciones de persona, y hacer el ejercicio intelectual de constatar quiénes entre los seres humanos son o no personas. El problema se suscita porque, sin justificación suficiente, esta afirmación se pretende trasladar desde la razón especulativa hacia la razón práctica, produciéndose así consecuencias normativas. Ese paso, además de injustificado, es inaceptable en una sociedad democrática. El argumento que disocia ser humano y persona adolece, a lo menos, de la siguiente falencia: tiene connotaciones racistas, sexistas, estamentales, totalitarias y esclavistas, como ya diversos autores lo han hecho notar²⁵. El argumento de Singer no ha resistido esta crítica²⁶.

²³ SINGER, PETER, "Creating Embryos", en ARRAS, JOHN, STEINBOCK, BONNIE (eds.), *Ethical issues in modern medicine*, Mayfield Publishing Company, California, 1995, pp. 442-3. Similar razonamiento está en *Practical ethics*, Cambridge University Press, London, New Cork, New Rochelle, Melbourne, Sydney, 1980, p. 117, a propósito del valor de la vida fetal. El silogismo en el que expresa el argumento central contra el aborto es el siguiente: Es malo matar a un ser humano inocente, el feto humano es un ser humano inocente, luego es malo matar a un feto humano. Dice Singer, en p. 118: "My suggestion, then, is that we accord the life of a fetus no greater value than the life of a nonhuman animal at a similar level of rationality, self-consciousness, awareness, capacity to feel, etc. Since no fetus is a person, no fetus has the same claim to life as a person. Moreover it is very unlikely that fetus of less than 18 weeks are capable of feeling anything at all, since their nervous system appears to be insufficiently developed to function. If this is so, an abortion up to this point terminates an existence that is of no intrinsic value at all."

²⁴ Pese a que Singer lo nota expresamente: *Practical ethics*, Cambridge University Press, London, New Cork, New Rochelle, Melbourne, Sydney, 1980, p. 76, la falta de novedad también la hace notar FORD, NORMAN, *The prenatal person*, Blackwell Publishing, Malden, Oxford, Victoria, Berlin, 2002, p. 9.

²⁵ SPAEMANN, ROBERT, "Gezeugt, nicht gemacht. Die verbranchende Embryonenforschung ist ein Anschlag auf die Menschenwürde", en *Biopolitik. Die Positionen*, Suhrkamp, Verlag, Frankfurt am Main, 2001, pp. 41-50 esp. 42; BRAUN, KATHRIN, *Menschenwürde und Biomedizin. Zum philosophischen Diskurs der Bioethik*, Campus, Frankfurt, 2000, p. 111.

²⁶ Singer, en su sitio personal en Internet, ha anunciado la publicación de un libro en el que se haría cargo de las críticas. A la fecha de estas líneas ello no ha ocurrido.

Es conveniente hacer notar, asimismo, que la tesis sostenida por Singer sólo sirve de objeción a una teoría moral dualista absoluta que sostenga una afirmación de la siguiente índole: “sólo debes respeto al viviente humano”. Si tal teoría existe, Singer debiese identificarla. Es claro, me parece, que de la afirmación “todo ser humano tiene derecho a la vida”, no se sigue “todo ser humano es impune para con otros vivientes”. Nadie, hasta donde he podido conocer, sostiene que un abogado de derechos humanos pueda salir una mañana de casa y matar al perro mascota del vecino porque se le dio la gana. Por consiguiente, la afirmación “es ilícito matar a un extraterrestre pese a que no es humano” no controvierte en modo alguno el enunciado “todo ser humano tiene derecho a la vida”. Es perfectamente compatible afirmar “todo ser humano tiene derecho a la vida” con otras oraciones normativas, tales como “los humanos debemos cuidar la naturaleza”, “el ser humano debe cuidar toda forma de vida”, etc. Hasta aquí, el argumento de Singer es ineficaz.

Singer, además, incurre en una petición de principios. La analogía entre racismo y especieísmo – es decir entre la relevancia moral de pertenecer a una raza o a una especie – es inválida como argumento, puesto que precisamente lo que Singer debe probar es que la adscripción a la especie zoológica *homo sapiens* es irrelevante moralmente. Podemos convenir que *al interior de la especie zoológica homo sapiens* es irrelevante distinguir entre razas. Pero de ello no se sigue que sea irrelevante distinguir entre aquellos que pertenecen a la especie y aquello que no. El planteamiento de Singer puede ser retóricamente atractivo, pero es lógicamente erróneo y argumentativamente ineficaz.

Con todo, desde el punto de vista estrictamente jurídico la tesis del especieísmo no tiene cabida, puesto que nuestros ordenamientos precisamente se estructuran sobre la base de que el ser humano posee algo distintivo, que llamamos dignidad²⁷. Esa nota distintiva, que le hace diferente al resto de las existencias, la poseen todos los humanos sin distinción, atributo que llamamos igualdad. Las ideas de dignidad e igualdad de los seres humanos son conquistas jurídicas arduas y preciadas, hoy positivadas y extendidas globalmente²⁸.

Reinhard Merkel y la “falacia de la falacia naturalista”

Un segundo argumento “contra especie” ha sido desarrollado principalmente por otro autor representativo de la corriente que analizamos: Reinhard Merkel. En efecto, Reinhard Merkel, ha indicado que quienes adhieren al argumento “pro especie”, incurrían en la falacia naturalista, al extraer consecuencias normativas – ser persona – de un hecho naturalístico – ser humano –²⁹. A nuestro juicio, la estructura del argumento de

²⁷ Cf. WILLE, MARION, *Die Rechtsstellung des Nasciturus gegenüber der Nutzung fetaler und embryonaler Zellen*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2003, p. 98, quien nota la contradicción de la tesis del especieísmo con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Alemán sobre la dignidad de los seres humanos.

²⁸ Vgr Constitución Alemana, art. 1; Constitución Belga, art. 23; Constitución Suiza, art. 119; Constitución de Irlanda, Preámbulo; Constitution de la República Checa, Preámbulo; Constitución de España, art. 10; Constitución Sueca, art. 2; Constitución Finesa, art. 1; Constitución Griega, art. 7.2; Constitución de Polonia, Preámbulo y art. 30; Constitución Lituana, art. 21; Constitución Eslovaca, art. 34; Constitución Rusa art. 21; Constitución de Sudáfrica, sección 7.1 y 10; Constitución Mexicana, art. 3.1 y 25; Constitución de Israel, art.1; Constitución de Brasil, art. 1; Proyecto de Constitución de la Unión Europea, art. 1-2.

²⁹ MERKEL, REINHARD, “Rechte für Embryonen? Die Menschenwürde lässt sich nicht allein auf die biologische Zugehörigkeit zur Menschheit gründen”, en GEYER, CHRISTIAN, *Biopolitik. Die Positionen*, Suhrkamp, Verlag, Frankfurt am Main, 2001, pp. 51 a 64 esp. 56; EL MISMO, “Contra Speziesargument: Zum normativen Status des Embryos und zum Schutz der Ethik gegen ihre biologische Degradierung”, en DAMSCHEN, GREGOR, SCHÖNECKER, DIETER (eds.), *Des moralische Status menschlicher Embryonen*, Walter de Gruyter, Berlin/New Cork, 2003pp. 35 a 56 esp. 55-6; EL MISMO, *Forschungsobjekt Embryo*, Deutscher Taschenbuch Verlag, München, 2002, pp. 184-6.

Merkel es correcta, pero está mal orientado. De modo paradójico, aquellos que sostienen el argumento “contra especie” –Merkel incluido– son quienes incurren en la falacia naturalista, al pretender extraer una consecuencia normativa (dignidad) de la constatación de un *factum* (organogénesis, relacionalidad, comunicabilidad, etc.). Tal crítica no alcanza al argumento pro especie, puesto que él se construye en base a una afirmación de naturaleza normativa: todo ser humano es persona. No hay falacia alguna.

Lo anterior queda, a nuestro juicio, claramente expresado por el Tribunal Constitucional Federal Alemán:

“*Wo menschlichen Leben existiert, kommt ihm Menschenwürde zu*”³⁰.

Donde exista vida humana, llega allí la dignidad del hombre. Dos afirmaciones distintas, una fáctica y otra normativa. Constatado el supuesto de hecho, se aplica la consecuencia de derecho.

El principio precautorio y su aplicación al caso

Ahora bien, asentado que resulta jurídicamente plausible y razonablemente fundado que la dignidad es un atributo absoluto inherente a todo ser humano, a partir de tal basamento podemos desplazarnos hacia la tutela preventiva, que es propia del sistema de responsabilidad extracontractual³¹. En este plano, pensamos que resulta importante traer a colación el denominado principio precautorio (*Vorsorgeprinzip*), por el cual resulta lícito desincentivar, restringir y aun prohibir una determinada actividad cuando se prevea la ocurrencia de daños relevantes de difícil o imposible reparación³².

214

Pensamos que, precisamente, el uso de biotecnologías reproductivas trae necesariamente aparejado este tipo de daños. Si al afirmar que todo ser humano es persona estamos en lo correcto, el hecho es que la criopreservación de embriones, la selección de los mismos, y las asumidas tasas de mortalidad de ellos, no son sino un silencioso y masivo abuso. La tutela preventiva del derecho civil, anclada en este caso en la propia dignidad de la persona, sostenemos, es una herramienta útil para enfrentar jurídicamente esta situación³³.

En la misma línea del principio precautorio, pero ahora en un plano diverso, junto a las razones señaladas, adherimos a lo expresado por el filósofo alemán Hans Jonas, quien refiriéndose a la investigación y experimentación embrionaria ha dicho:

³⁰ BVerGE 39, p. 41; 88, p. 252.

³¹ Aludimos a la función preventiva de la responsabilidad civil, en el sentido de impedir oportunamente la causa que originaría un efecto dañoso. No nos referimos, en consecuencia, a una función disuasiva basada en la alta cuantía de las indemnizaciones, como ha solido utilizarse, por ejemplo, en la jurisprudencia alemana o en parte de la doctrina española y aun chilena. LÓPEZ, EDGARDO, *Teoría general de la responsabilidad civil*, Buenos Aires, LexisNexis, 2006, pp. 47-48; DÍEZ-PICAZO, LUIS, *Derecho de daños*, Madrid, Civitas, 1999, pp. 47-48; BARROS, ENRIQUE, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2007, pp. 46-47.

³² FIGUEROA, GONZALO, “El principio de precaución frente a los viejos conceptos de la responsabilidad civil”, en PIZARRO, CARLOS (ed.), *Temas de responsabilidad civil*, Cuadernos de Análisis Jurídicos, Colección Derecho Privado I, Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales, 2004, pp. 65 a 73.

³³ Sobre tutela preventiva en nuestro sistema, véase CORRAL, HERNÁN, *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004, pp. 355 a 363; MOLINARI, ALDO, *De la responsabilidad civil al derecho de daños y tutela preventiva*, Santiago, LexisNexis, 2004, *passim*; EL MISMO, “De la responsabilidad civil al derecho de daños: tutela preventiva civil”, en MARTINIC, MARÍA Dora (coord.), *Nuevas tendencias del derecho*, Santiago, LexisNexis, 2004, p. 194

“Con este arte como tal, aplicado a los seres humanos, abriríamos la caja de Pandora de la aventura meliorista, estocástica, inventora, o simplemente perverso-curiosa, dejaríamos atrás el espíritu conservador de la reparación genética y recorreríamos la senda de la arrogancia creadora. No estamos facultados ni equipados para ello – ni con la sabiduría, ni con el conocimiento axiológico, ni con la autodisciplina-, y ningún respeto reverente nos protege, como desmitificadores del mundo, de la magia de la frívola temeridad. Por eso, es mejor que la caja de Pandora continúe cerrada”³⁴.

Continúa Jonas:

“Nuestro mundo, tan enteramente privado de tabúes, tendrá que alzar voluntariamente nuevos tabúes en vista de sus nuevas formas de poder. Tenemos que saber que hemos ido demasiado lejos, y aprender nuevamente que existe un demasiado lejos. Ese demasiado lejos empieza en la integridad de la imagen del hombre, que para nosotros debería ser inviolable. Sólo como ignorantes podríamos poner mano sobre ella, y allí no podríamos ser maestros. Tenemos que volver a aprender a temer y a temblar e, incluso sin Dios, a respetar lo sagrado. Hay tareas suficientes a este lado del límite que esto establece”³⁵.

Por consiguiente, la aplicación del principio precautorio, en materia tan grave y relevante como aquella que tratamos, en estrecha conexión con bienes humanos básicos, reforzaría la conveniente proscripción de las modernas biotecnologías en humanos.

Conclusiones

Desde el punto de vista estrictamente dogmático, y aun de *lege lata*, la dignidad humana se erige como una categoría jurídica autónoma. Tan es así que permite fundamentar fallos del órgano de jurisdicción encargado de interpretar el texto jurídico de mayor jerarquía, cual es la Constitución. Esta afirmación que sostenemos respecto del ordenamiento jurídico chileno, probablemente sea válida para el resto de las naciones latinoamericanas, cuya institucionalidad jurídica tiene raíces comunes. Esta hipótesis podrá ser corroborada o descartada por investigaciones posteriores, pero es a lo menos plausible.

En segundo término, las modernas biotecnologías reproductivas en humanos no parecen satisfacer los estándares que la dignidad humana exige para el tratamiento de los integrantes de nuestra especie. Pensamos que el argumento del especieísmo adolece de inconsistencias severas, que, a su vez, le tornan ineficaz como objeción a la dignidad intrínseca a todo ser humano. A mayor abundamiento, el argumento precautorio hace aún más razonable la exigencia jurídica de la proscripción de tales técnicas.

Referências Bibliográficas

- ANDORNO, ROBERTO, “La notion de dignité humaine est-elle superflue en bioéthique?”, en *Revue Générale de Droit Médical*, n° 16, 2005.
- BARROS, ENRIQUE, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2007.
- BRAUN, KATHRIN, *Menschenwürde und Biomedizin. Zum philosophischen Diskurs der Bioethik*, Campus, Frankfurt, 2000.

³⁴ JONAS, HANS, *Técnica, Medicina y Ética: La práctica del principio de responsabilidad*, traducción de Carlos Fortea Gil, Barcelona, Paidós, 1997, p.142-3.

³⁵ JONAS, HANS, *Técnica, Medicina y Ética: La práctica del principio de responsabilidad*, traducción de Carlos Fortea Gil, Barcelona, Paidós, 1997, p.143.

- CORRAL, HERNÁN, *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004.
- DÍEZ-PICAZO, LUIS, *Derecho de daños*, Madrid, Civitas, 1999.
- FERNÁNDEZ, MIGUEL ÁNGEL, *Los derechos fundamentales en 25 años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional. 1980-2005*, Cuadernos del Tribunal Constitucional, 33 (2006).
- FIGUEROA, GONZALO, "El principio de precaución frente a los viejos conceptos de la responsabilidad civil", en PIZARRO, CARLOS (ed.), *Temas de responsabilidad civil*, Cuadernos de Análisis Jurídicos, Colección Derecho Privado I, Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales, 2004.
- FORD, NORMAN, *The prenatal person*, Blackwell Publishing, Malden, Oxford, Victoria, Berlin, 2002.
- GÓMEZ-LOBO, ALFONSO, "The ethical evaluation of human cloning for biomedical research", en HONNEFELDER, LUDGER, LANZERATH, DIRK (eds.), *Klonen in biomedizinischer Forschung und Reproduktion/Cloning in biomedical research and reproduction*, Bonn University Press, Bonn, 2003.
- GRIMM, WILHEM, GRIMM, JACOB, "Hänsel und Gretel", en GRIMM, WILHEM, GRIMM, JACOB, *Märchen der brüder Grimm*, Droemer Knauer, Berlin, 1937.
- HOERSTER, NORBERT, *Neugeborene und das Recht auf Leben*, Frankfurt am Main, 1995.
- HOERSTER, NORBERT, *Sterbehilfe im säkularen Staat*, Frankfurt am Main, 1998.
- HOERSTER, NORBERT "Menschenrecht auf Leben und Tötungsverbot", en BREUNINGER, RENATE, *Leben-Tod Menschenwürde. Positionen zur gegenwärtigen Bioethik*, Humboldt-Studienzentrum, Universität Ulm, 2002.
- HOLM, SØREN, "Ethics of Embriology", en *The concise encyclopedia of the ethics of new technologies*, Academic Press, California, 2001.
- JONAS, HANS, *Técnica, Medicina y Ética: La práctica del principio de responsabilidad*, traducción de Carlos Fortea Gil, Barcelona, Paidós, 1997.
- KANT, *Metaphysik der Sitten*, 37.
- KANT, *Grundlegun zur Metaphysik der Sitten*, 37.
- LAFERRIÈRE, JORGE NICOLÁS, "Técnicas de Procreación Humana. Propuesta para la tutela legislativa de la persona concebida", en *El Derecho*, (Buenos Aires) 18 de septiembre de 2006, N° 11.595, año XLIV.
- LÉVI-STRAUSS, CLAUDE, *Anthropologie structurale deux*, Plon, Paris, 1996.
- LÓPEZ, EDGARDO, *Teoría general de la responsabilidad civil*, Buenos Aires, LexisNexis, 2006.
- MACKLIN, RUTH, "Dignity is a useless concept", *British Medical Journal*, 2003, vol. 327.
- MERKEL, REINHARD, "Rechte für Embryonen? Die Menschenwürde lässt sich nicht allein auf die biologische Zugehörigkeit zur Menschheit gründen", en GEYER, CHRISTIAN, *Biopolitik. Die Positionen*, Suhrkamp, Verlag, Frankfurt am Main, 2001.
- MERKEL, REINHARD, "Contra Speziesargument: Zum normativen Status des Embryos und zum Schutz der Ethik gegen ihre biologische Degradierung", en DAMSCHEN, GREGOR, SCHÖNECKER, DIETER (eds.), *Des moralische Status menschlicher Embryonen*, Walter de Gruyter, Berlin/New Cork, 2003.
- MERKEL, REINHARD, *Forschungsobjekt Embryo*, Deutscher Taschenbuch Verlag, München, 2002.
- MOLINARI, ALDO, *De la responsabilidad civil al derecho de daños y tutela preventiva*, Santiago, LexisNexis, 2004.
- SINGER, PETER, *Practical ethics*, Cambridge University Press, London, New Cork, New Rochelle, Melbourne, Sydney, 1980.
- SINGER, PETER, "Creating embryos", en ARRAS, JOHN, STEINBOCK, BONNIE (eds.), *Ethical issues in modern medicine*, Mayfield Publishing Company, California, 1995.
- SPAEMANN, ROBERT, "Gezeugt, nicht gemacht. Die verbranchende Embryonenforschung ist ein Anschlag auf die Menschenwürde", en *Biopolitik. Die Positionen*, Suhrkamp, Verlag, Frankfurt am Main, 2001.
- WENDEHORST, CHRISTIANE, "Rechtliche Anforderungen an ein künftiges Fortpflanzungsmedizinergesetz", en ODUNCU, FUAT, PLATZER, KATRIN, HENN, WOLFRAM (eds.), *Der Zugriff auf den Embryo*, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 2005.
- WILLE, MARION, *Die Rechtsstellung des Nasciturus gegenüber der Nutzung fetaler und embryonaler Zellen*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2003.