



FACULTAD DE DERECHO
DOCTORADO EN DERECHO PÚBLICO

BIOTECNOLOGÍA: LÍMITE O GARANTÍA DE LOS
DERECHOS FUNDAMENTALES

RICARDO MARCHIORO HARTMANN

Directora: Nuria Beloso Martín

UNIVERSIDAD DE BURGOS
FACULTAD DE DERECHO DE BURGOS

**BIOTECNOLOGÍA: LÍMITE O GARANTÍA DE LOS
DERECHOS FUNDAMENTALES**

RICARDO MARCHIORO HARTMANN

(...) solamente se pretende una definición cerrada y exhaustiva, aquello que ya no existe, pues entonces, ya no podrá ser objeto de evolución o transformación. Definiciones con pretensión de la clausura no deben encontrarse en páginas dedicadas al estudio del derecho, y sí en lápidas.

RICARDO ARONNE (1999)

Agradezco a mis padres, por el apoyo, comprensión y amor.

A la profesora Nuria Beloso Martín, como testimonio de
respeto y consideración.

SUMARIO

RESUMEN	7
ABSTRACT	8
INTRODUCCIÓN	9
I DERECHOS FUNDAMENTALES	12
1. Delimitación básica desde una perspectiva conceptual y terminológica.	
2. Las dimensiones de los derechos fundamentales y las nuevas perspectivas ideológicas.	
3. Derechos fundamentales en las Constituciones brasileña y española: Estado Social y Democrático de Derecho y viabilidad de un sistema de derechos fundamentales.	
3.1. Derechos fundamentales formales y materiales.	
3.2. Sobre el concepto material de los derechos fundamentales.	
4. Dignidad de la persona humana, como criterio axiológico del ordenamiento jurídico.	
II DERECHOS FUNDAMENTALES: LÍMITES Y GARANTÍAS	54
1. Límites de los derechos fundamentales: consideraciones iniciales.	
2. Los textos constitucionales como primeros limitadores del ejercicio de los derechos fundamentales.	
3. Formas de limitación de los derechos fundamentales.	
3.1. Límites establecidos en el texto constitucional.	

3.2. Límites derivados de las normas infraconstitucionales.

3.3. Límites derivados de los Tribunales Superiores.

III BIOÉTICA Y BIOTECNOLOGÍA..... 93

1. Bioética: delimitación básica, desde el punto de vista conceptual y terminológico.
2. Biotecnología: delimitación básica, desde el punto de vista conceptual y terminológico.
3. Breves comentarios y aclaraciones con respecto a algunas técnicas bioéticas.
4. Límites y garantías de la Bioética y la Biotecnología

IV DERECHOS FUNDAMENTALES Y SU RELACIÓN CON LA BIOÉTICA Y LA BIOTECNOLOGÍA..... 128

1. Bioética, Biotecnología, Derechos Fundamentales y Bioderecho.
2. Universalización de los derechos fundamentales frente al multiculturalismo; derechos fundamentales como medio de introducción del aspecto humanitario en la Bioética y en la Biotecnología.

V BIOTECNOLOGÍA: LIMITE O GARANTÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES..... 143

A MODO DE CONCLUSIÓN..... 155

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS..... 162

RESUMEN

El mundo en el que vivimos se mantiene en continua transformación. El hombre amplía sus conocimientos científicos de forma incesante, llegando a poder adquirir las condiciones de alterar, comúnmente, su realidad. Esto quiere decir que el ser humano posee cada vez mayor poder sobre su propia existencia, hecho que demuestra la relevancia de sus decisiones acerca del mundo en el que vive. Muchos de los avances que producen notables repercusiones en la vida de los seres humanos, están directamente relacionados con los avances en el campo de la Bioética y de la Biotecnología. Estos avances tecnológicos en el campo de la biología, en efecto, además de alterar la realidad de los seres humanos, acaban por afectar directamente a sus derechos más esenciales, como es el caso de los denominados derechos fundamentales. Esto nos lleva a considerar que el debate en torno a temas como la Bioética, Biotecnología, Derechos Fundamentales, así como sus efectos sobre la vida del ser humano, debe ser desarrollada de forma amplia y debidamente informada, buscando un mundo mejor, sin perder de vista el intento de trazar un futuro adecuado para las próximas generaciones. Así, es necesario un estudio con respecto a los institutos antes mencionados, analizando las relaciones entre los mismos. Resulta imprescindible desarrollar un debate consciente, procurando adoptar las decisiones más coherentes posibles con el buen desarrollo del ser humano, sin perder nunca de vista el referente de su dignidad.

ABSTRACT

The world where we live is in continuous transformation. Man enlarges his scientific knowledge in an incessant way, ending having conditions to altering, every day, his reality. It Means that the human being possesses every time larger power about his own existence, fact that demonstrates the relevance of his decisions on the world in that his lives. Many of the progresses that cause great reflexes in the human beings life are directly related to the progresses in the field of Bioethics and of Biotecnology. These technological progresses in the field of the biology, besides altering the human beings reality, end for affecting his more essential rights, which are the fundamental rights. This leads us to the understanding that the debate around themes like Bioethics, Biotecnology, Fundamental Rights, as well as of his reflexes about the human being life, should be operated in on wide and properly informed way, looking for a better world, as well as seeking an appropriate future for the next generations. So, a regarding study of the institutes before mentioned, to visualize the relationships among these, as well as seeking makes decisions as consciois as posible with the human being good development, from the prism of his dignity

INTRODUCCIÓN

El mundo en el que vivimos está inmerso en una continúa transformación. El hombre descubrió misterios, realizó incontables descubrimientos, y sigue rompiendo todas las barreras anteriormente consideradas como imposibles de superar, llegando a niveles de conocimiento intangibles y de efectos inimaginables. En la actualidad el hombre posee el poder de remodelar toda su realidad, y sus posibilidades parece que cada día aumentan, o cambian, de forma substancial. Lo que nos parece moderno y revolucionario hoy, pasados algunos años, meses, días, o hasta incluso meras horas, puede quedar obsoleto. La velocidad con la cual las cosas producen nuevos avances y transformaciones, solamente demuestran el poder que detenta el ser humano sobre su propia existencia, lo que nos hace entender que los contornos de ésta, en efecto, cada vez dependen más de las decisiones que adopte el ser humano.

Muchos de los cambios que se experimentan en nuestro mundo, en realidad, derivan de descubrimientos que provienen del área de la Bioética y de la Biotecnología. Vemos al hombre transformar su propio entorno mediante interferencias biológicas en el medio ambiente; operación transgénica en animales y vegetales; creación de nuevos

medicamentos y tratamientos para enfermedades antes incurables, entre tantas otras novedades que nos son transmitidas por los medios de la comunicación cada día. El Hombre parece que ya no posee límites, y presenta frecuentes novedades en el campo de la Bioética y Biotecnología. Sin embargo, este poder aparentemente maravilloso, a primera vista dirigido al bien, para el desarrollo de la sociedad y como garantía de una vida digna para el ser humano, puede presentar un lado oscuro, consistente en el hecho de que muchas de estas novedades y descubrimientos poseen efectos en muchas ocasiones impredecibles.

Nos encontramos así con el hecho de que el ser humano, con la pretensión de desvelar lo desconocido, buscando, *a priori*, el bien de la humanidad, puede acabar tomando caminos tortuosos, con consecuencias aún no conocidas sobre la realidad. Tales avances, en muchas ocasiones, pueden modificar directamente la vida de los seres humanos, así como del medio en el que éstos viven, que generalmente va acompañada de ciertas repercusiones sobre sus derechos más íntimos. Cuando hacemos mención a los “derechos más íntimos” estamos haciendo alusión a los derechos fundamentales, que guardan una estrecha relación con la dignidad del ser humano. Momento en el que acabamos por encontrarnos con algunos interrogantes. ¿Los hallazgos y nuevos avances en el campo de la Bioética, así como las nuevas tecnologías biológicas, respetan los derechos fundamentales? ¿No debería realizar el ser humano debates difundidos e informados con respecto a estas novedades, con anterioridad a su puesta en marcha? Estos hallazgos, en el campo de la Bioética y Biotecnología, ¿no pueden acabar afectando la vida del ser humano, garantizando o limitando sus derechos esenciales y su dignidad? La Biotecnología ¿debe utilizarse para garantizar o limitar los derechos más íntimos de los ciudadanos?

Ante estos interrogantes optamos por dedicarnos a la tarea teórico-conceptual, dedicando especial atención a los citados derechos fundamentales y su relación con la Bioética, y la Biotecnología. Consideramos de gran relevancia una posición jurídico-filosófica coherente, integrada en una visión general del Derecho y del mundo, donde tenga lugar la solución de los problemas y ambigüedades conceptuales de las cuestiones anteriormente mencionadas. Con la finalidad de evitar un discurso vacío, sin ninguna ventaja práctica válida, realizaremos este estudio tomando como parámetro los textos Constitucionales vigentes en España y en Brasil, puesto que pretendemos realizar una investigación directamente vinculada a los aspectos filosóficos jurídicos, básicamente. Dejamos de lado otras posibles perspectivas y vertientes como la sanitaria, la teológica o la propiamente científica.

CAPÍTULO I

DERECHOS FUNDAMENTALES

1. Delimitación básica desde una perspectiva conceptual y terminológica

En un primer momento, con la pretensión de iniciar el presente estudio, sentimos la necesidad de aclarar la opción conceptual y terminológica aquí adoptada – es decir, de que los Derechos Fundamentales son aquellos previstos en un texto constitucional de un determinado Estado¹; sin embargo, se hace necesaria, aunque sea en breves líneas, una adecuada justificación. Resulta conveniente aclarar esta terminología porque, tanto la doctrina, como el derecho positivo en diferentes Estados, en algunos estudios, cuando tratan de esta especie de derechos, utilizan indistintamente una serie de términos, como “derechos humanos”, “derechos subjetivos públicos”, “derechos del hombre”, “libertades públicas”, “derechos humanos fundamentales”, entre tantos otros.² De ahí, que algunos autores vienen manifestándose por una cierta ambigüedad y heterogeneidad en la utilización indistinta de las

¹GOMES CANOTILHO, Joaquim José, *Direito Constitucional*, 5.ed., Coimbra, Livraria Almedina, 1992, p. 528; MARQUES DA SILVA CABRAL PINTO, Luiza, *Os Limites do Poder Constituinte e a Legitimidade Material da Constituição*, Coimbra, Coimbra Editora, 1994, p.141; PEREIRA DE FARIAS, Edmilson, *Colisão de Direitos. A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*, Porto Alegre, Fabris, 1996, p. 59-60; MARTÍNEZ DE VALLEJO FUSTER, Blanca, *op. cit.*, p. 42-45; MUÑOZ ARNAU, Juan Andrés, *op. cit.*, p. 21-32.

²WOLFGANG SARLET, Ingo, *A eficácia dos direitos fundamentais*, 4. ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2004, p. 33; MARTÍNEZ DE VALLEJO FUSTER, Blanca, *op. cit.*, p. 42-43; PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregório, *Derechos Fundamentales*, 4. ed., Madrid, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones, 1986, p. 13-31; MARTIN-RETORTILLO, Lorenzo; OTTO Y PARDO, Ignacio de., *Derechos Fundamentales y Constitución*, Madrid, Civitas, 1988, p. 47.

referidas expresiones.³ Conviene pues encontrar una unidad semántica, que posibilite un adecuado desarrollo del presente estudio.

Resulta clara la necesidad de partir de un análisis del aspecto terminológico en cuestión, precisamente porque algunos de los textos constitucionales más avanzados del mundo en términos de derechos fundamentales acaban por hacer un uso de los diversos términos como si se tratara del mismo objeto. Hemos considerado oportuno tomar como referencia de esta situación las Constituciones española y brasileña.⁴ No podemos dejar de apuntar que el debate, en lo que concierne a la terminología más adecuada para el desarrollo del presente estudio, no configura un mero problema semántico y alcanza aspectos ideológicos, filosóficos y de eficacia de los derechos. Queda claro que las distintas expresiones antes aludidas, en realidad, no tienen el propósito de abarcar la plenitud del objeto contenido en los “derechos fundamentales”⁵, sino el de comprender sólo determinadas categorías de los mismos que, por esta razón, no pueden ser utilizadas de forma indistinta en el presente trabajo”.

Es necesario hacer una breve aclaración con respecto a los términos más utilizados, tal y como ha defendido una gran parte de la doctrina cuando se ocupa de los

³PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregório, *Curso de Derechos Fundamentales: teoría general*, Madrid, Eudema, 1991, p. 19-34.

⁴Estas consideraciones se pueden encontrar en la obra de MARTIN-RETORTILLO, L., *Op. cit.*, p. 47, y que se encuadra la situación de la Constitución Federal brasileña de 1978. Es importante resaltar que incluso las Constituciones española y brasileña, a pesar de presentar, en algunos aspectos, términos diversos, adoptan la teoría dualista; es decir, parten de la existencia de una distinción no solamente de cuño terminológico-conceptual, sino de alcance ideológico y filosófico, y en el plano de la eficacia.

⁵PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregório, *op. cit.*, p. 32-34.

derechos fundamentales y aun cuando este análisis no sea el objeto central de la presente investigación. Existen estudiosos de la doctrina, que se posicionan y utilizan la expresión “derechos naturales”, claramente, de cuño *jusnaturalista*. El uso de este término se usa en el sentido de que existirían derechos anteriores a la existencia del Poder y del derecho positivo; que éstos serían descubiertos por medio de un análisis racional de la naturaleza y que deberían ser tenidos en cuenta con respecto a la elaboración de las normas de derecho creadas por el legislador, además de ser un límite a la acción de este último.⁶ Esta posición se encuentra desvinculada de la historia, y de la realidad social⁷, con respecto a la identificación de los derechos y por esta razón no resulta muy adecuada y hoy está prácticamente en desuso⁸. Así, no se puede negar la relevancia de esta posición con respecto al estudio de los derechos humanos y fundamentales, sin embargo, es necesaria la aclaración de que ésta se encuentra en un tanto alejada de la realidad social, con el fin de evitarse el uso indiscriminado del término en cuestión.⁹ En esta línea, consideramos que la expresión “derechos naturales” no se puede utilizar como sinónimo de “derechos fundamentales”, razón por la cual, no será adoptada en el presente trabajo.

Otro término utilizado frecuentemente es el de los “derechos públicos subjetivos”. Con respecto a esta expresión, inicialmente, es preciso apuntar que genera algunas dificultades desde el punto de vista de la generalización del debate en torno a los “derechos

⁶PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregório, *op. cit.*, p. 22-24.

⁷PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregório, *Derechos y derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, p. 338-339.

⁸ BOBBIO, Norberto, *A Era dos Direitos*, Rio de Janeiro, Ed. Campus, 1992, p. 26 e ss. El autor en cuestión aclara que los derechos humanos, y por consecuencia lógica también los derechos fundamentales, poseen una dimensión histórica y relativa, por tanto desapegados de un derecho natural.

⁹PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregório, *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, p. 22-24.

fundamentales”, cuando estos últimos deben ser “difundidos”, no pudiéndose restringirse al ámbito de los juristas - razón suficiente para justificar su no utilización.¹⁰ Según Gregorio Peces Barba, de alguna forma “los derechos subjetivos son la versión positivista de los derechos naturales, amparados ambos en el mismo marco cultural antropocéntrico, aunque este segundo término, probablemente por ser un cultismo jurídico, ha alcanzado una menor expresión en su uso como lenguaje natural.”¹¹ Sin embargo, no es la dificultad en generalizar el término su mayor problema, sino el hecho de que éste resulta inadecuado para la actual situación de los derechos fundamentales insertos en el Estado social.¹² La aclaración con respecto a esta expresión va justificada con la necesidad de alejar el uso desmedido e impreciso de la misma, al tratarse de “derechos fundamentales”.

Otro término comúnmente utilizado, por algunos autores, al tratar del tema de los derechos fundamentales, es el de las “libertades públicas”. Esta expresión tiene un carácter eminentemente positivista. Este término posee además un contenido muy similar a los comprendidos por la expresión “derechos públicos subjetivos”; sin embargo, con una mayor posibilidad de difusión¹³, en la medida en que resulta más próximo al lenguaje común. Por otro lado, está en la misma línea de las expresiones anteriormente referidas, no abarcando la plenitud de los derechos fundamentales, en la medida en que, acaba por comprender solamente los mencionados derechos de “autonomía de la voluntad”, no integrando los de “participación y prestación”. En efecto, esta terminología tiene su raíz en la filosofía liberal,

¹⁰PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, Op. cit., p. 24-25.

¹¹PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, Idem, p. 24.

¹²PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, Ibidem, p. 25.

¹³Al utilizar el término “difusión”, nos referimos a la posibilidad de difusión a la población de un modo general, es decir, alcanzando y surtiendo efectos sobre personas que no integran el mundo académico jurídico.

que presta especial atención a los derechos civiles individuales. Por esta razón, no nos parece adecuada su utilización como sinónimo de los derechos fundamentales, por lo que nos adherimos, en este sentido, a la opinión de otros especialistas que se han ocupado del tema.¹⁴

La confusión más común¹⁵, observada tanto en la doctrina como en los textos legales, sea de derecho nacional o internacional, es la utilización de los términos “derechos fundamentales” y “derechos humanos” como si fueran sinónimos - situación ésta que, para nosotros, no guarda correspondencia con la realidad. Destacamos la existencia de un amplio debate con respecto a este tema, por parte de un gran número de estudiosos¹⁶, - no en función de la mera elección semántica, sino para aclarar la posición adoptada en el presente estudio en cuanto a los aspectos ideológico-filosóficos -. Como acertadamente ha subrayado Ingo Wolfgang Sarlet, los derechos fundamentales son “derechos de los seres humanos reconocidos y positivados en la esfera del derecho constitucional positivo de un determinado Estado”¹⁷, mientras que, el término derechos humanos “guardaría relación con los documentos de derecho internacional, por referirse a estas posiciones jurídicas que se reconocen al ser humano como tal, independientemente de su vinculación con un determinado orden

¹⁴PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, *Ibidem*, p. 27-28.

¹⁵Es preciso aclarar que el presente estudio no tiene la intención de disipar las confusiones terminológicas que se utilizan en torno a los derechos fundamentales; sin embargo, para aclarar el equívoco de la utilización indistinta e indiscriminada de diversos términos al tratarse de derechos fundamentales, recomendamos la lectura de las obras de PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, *op. cit.*, p. 19-34; WOLFGANG SARLET, Ingo, *op. cit.*, 33-66.

¹⁶ Cabe mencionar que, en España, existen diversos autores que se posicionan a favor de la distinción de los términos “derechos fundamentales” y “derechos humanos”, tales como, MARTÍNEZ DE VALLEJO FUSTER, Blanca, *op. cit.*, p. 42-45; MUÑOZ ARNAU, Juan Andrés, *op. cit.*, p. 21-32; RODRÍGUEZ PALOP, Maria Eugenia, *en: La Nueva Generación de Derechos Humanos: Origen y justificación*, Madrid, Dykinson, p. 147. En Brasil, autores como PEREIRA DE FARIAS, Edmilson, *op. cit.*, p. 59-60; WOLFGANG SARLET, Ingo, *op. cit.*, p. 33-41.

¹⁷WOLFGANG SARLET, Ingo, *op. cit.*, p. 36-37.

constitucional, y que, por tanto, aspiran a la validez universal, para todos los pueblos y tiempos, de tal forma que revelan un inequívoco carácter supra nacional (internacional).”¹⁸ Conviene destacar aquí que A. E. Perez Luño, para aclarar la diferenciación entre los términos derechos fundamentales y derechos humanos, hace uso de la concreción positiva, subrayando que la expresión derechos humanos es un concepto de contornos más amplios e imprecisos con respecto al término de derechos fundamentales.¹⁹

En este contexto, resulta apropiada la lectura del pasaje de la obra de Ingo Wolfgang Sarlet, que menciona que, “En base a estas constataciones, se verifica, desde ya, que las expresiones “derechos fundamentales” y “derechos humanos” (o similares), a pesar de su habitual utilización como sinónimas, se refieren a significados distintos. Por lo menos, para los que prefieren el término “derechos humanos”, hay que referirse - so pena de correr el riesgo de generar una serie de equívocos – a que están siendo analizados bajo el prisma del derecho internacional o en su dimensión constitucional positiva.”²⁰ En realidad, es manifiesto que los derechos fundamentales - considerados como previstos en el derecho interno de un determinado Estado Constitucional, se inspiran en los textos del derecho internacional, relativos a los derechos humanos. Se puede incluso afirmar que todos los derechos fundamentales, en cierta forma, son, en efecto, también derechos humanos.²¹ Por esta razón,

¹⁸WOLFGANG SARLET, Ingo, *op. cit.*, p. 37.

¹⁹PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique, *Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio*, Madrid, Marcial Pons, 1996, p 46-47. PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregório, *op. cit.*, p. 32-34.

²⁰WOLFGANG SARLET, Ingo, *op. cit.*, p. 38.

²¹Entendemos que por hacer tal tipo de colocación, consideramos que el titular de los derechos fundamentales invariablemente será un ser humano, aún cuando acaee desde una colectividad. Con respecto al tema de los Derechos Humanos, cabe destacar los estudios de BELLOSO MARTÍN, N., “La fundamentación de los Derechos Humanos en la doctrina española actual”. En: *Estudios filosóficos*, Salamanca, San Esteban vol.45,

es cada vez mayor es la aproximación entre ambos, en busca de una armonización, que nos lleva a lo que algunos autores denominan como una constitucionalización internacional.²²

Por tanto, en el presente estudio, no existe la pretensión de negar el estrecho vínculo entre los mencionados derechos fundamentales y los derechos humanos, sino en efecto, constatar, aun cuando sea sumariamente, la distinción existente entre sus conceptos, haciendo posible una aproximación, desde diversos puntos, de crucial relevancia para el presente estudio, desde una perspectiva filosófico-ideológico-constitucional. Resulta imprescindible la diferenciación entre los conceptos, de forma que no se produzca confusión cuando nos ocupemos del plano de la eficacia de los derechos - puesto que los derechos fundamentales (considerados como los previstos en un ordenamiento jurídico específico, de un determinado Estado), al menos en teoría, poseen un mayor grado de eficacia, y que existen instancias con poder de garantizar su respeto y realización. Los derechos humanos, con el fin de una concreta efectividad, dentro de un determinado Estado, dependen de un reconocimiento por parte del ordenamiento jurídico de este. Esto quiere decir que los derechos humanos para ser efectivamente exigidos y realizados dentro de una cierta nación, necesitan un previo reconocimiento desde el punto de vista legislativo, de lo contrario no poseen ninguna fuerza impositiva o directiva - no pasando de ser un mero discurso formal, sin ninguna aplicación material.²³ Por otro lado, los derechos fundamentales, reconocidos

nº128, 1996, pp.127-159, y “Planteamientos doctrinales de los derechos humanos a través de la historia”. En: *Humana Iura*. Suplemento de Derechos Humanos de Persona y Derecho, Universidad de Navarra, Eunsa, 5, 1995, pp.51-91.

²²WOLFGANG SARLET, Ingo, *op. cit.*, p. 38.

²³Esta alegación está hecha de forma estrictamente legalista, con el fin de aclarar la diferencia entre los denominados “derechos fundamentales” y los “derechos humanos”; sin embargo, de ninguna manera

constitucionalmente, tanto en el aspecto formal como material, poseen una eficacia directa en lo que refiere al Estado que los reguló, visto que, al menos en teoría, posee los medios necesarios para aplicarlos.²⁴

2. Las dimensiones de los derechos fundamentales y las nuevas perspectivas ideológicas

La doctrina, de un modo general, aclara que los derechos fundamentales pasaron por “generaciones”, y algunos autores consideran que se pueden contabilizar tres, otros cuatro, y hasta incluso hay los que mencionan la formación de una quinta. Estas generaciones configurarían, en realidad, la mutación histórica de estos derechos.²⁵ En el presente trabajo, incluso reconociendo que casi la totalidad de los especialistas, al tratar los derechos fundamentales y los derechos humanos, hacen uso del término “generaciones”, para

pretendemos desestimar estos últimos. Al contrario, nosotros consideramos, lo que podrá percibirse a lo largo de este estudio, que los derechos humanos poseen una gran relevancia funcional, así como una sensible vinculación con los derechos fundamentales.

²⁴ALEXY, Robert, “*Direitos Fundamentais no Estado Constitucional e Democrático: para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional*”, *Revista de Direito Administrativo* (RDA) n° 217, 1999; e WOLFGANG SARLET, Ingo, *op. cit.*, p. 39.

²⁵RODRÍGUEZ PALOP, María Eugenia, *op. cit.*, p. 32: «En la línea que me vengo situando, adoptar una perspectiva histórica de los derechos humanos (o de un grupo dentro de ellos) supone asumir que el recurso a la historia es imprescindible para explicar su génesis y desarrollo, lo cual no significa mantener una concepción lineal de la misma sino sólo la tesis de que es factible que aparezcan nuevos derechos como respuesta a nuevas necesidades». WOLFGANG SARLET, Ingo, *op. cit.*, p.53.

caracterizar su evolución histórica²⁶, optamos por utilizar el término “dimensiones”, por considerar que éste sea el más apropiado, no solamente desde el punto de vista semántico, sino ideológico-filosófico. El término dimensiones, en realidad, evitaría una interpretación equivocada, en el sentido de que habría una superposición (sustitución) por cada una de las citadas “dimensiones”, entendimiento este que configuraría un grave error, en la medida en que, estamos ante un proceso acumulativo, de complementariedad y no de alternancia de una generación por otra.²⁷ María Eugênia Rodríguez Palop, aclara este aspecto cuando afirma que “En consecuencia, la visión generacional no implica la sustitución global de un catálogo de derechos por otro pues o bien se traduce en la aparición de nuevos derechos como respuesta a nuevas situaciones históricas, o bien supone la redefinición o redimensión de derechos anteriores para adaptarlos a contextos novedosos en que deben ser aplicados”.²⁸ Es interesante apuntar que esta manifestación, con respecto a los términos “generaciones” y “dimensiones”, se hace relevante, exactamente, para aclarar la posición adoptada en el presente estudio; es decir, que los derechos fundamentales preexistentes no son meramente rebasados por los nuevos derechos, o por la evolución de los ya existentes, sino, son aumentados o complementados.

Los derechos fundamentales, entendidos como derechos básicos y contemplados en un ordenamiento jurídico interno, tuvieron su *primera dimensión*, cuando por primera vez se reconoció su *status* constitucional formal. Eso quiere decir que la primera

Cabe aclarar que hablar de “generaciones” o “dimensiones”, no resulta exclusivo de los derechos humanos, siendo que su utilización se ajusta perfectamente al tema de los derechos fundamentales. En este sentido, destacamos la obra de WOLFGANG SARLET, Ingo, *op. cit.*, p. 54.

²⁷WOLFGANG SARLET, Ingo, *op. cit.*, p. 52-54.

²⁸En su obra: *La Nueva Generación de Derechos Humanos: Origen y justificación*, p. 91.

dimensión consiste en el reconocimiento de los derechos fundamentales y por primera vez, en el ordenamiento jurídico de un determinado país. Esta primera *dimensión* se caracteriza por el establecimiento de los derechos de resistencia u oposición ante el Estado. Serían los derechos de cuño negativo, pudiendo ser vistos como una no intervención del Estado – abstención –, así como la demarcación de una esfera de “autonomía individual” en base a su poder.²⁹ Estamos ante los tan conocidos “derechos civiles”³⁰. Mientras que la *segunda* dimensión, conforme a la posición adoptada por Maria Eugênia Rodríguez Palop, con la cual concordamos, está compuesta por los derechos políticos, y que en esta fase surgieron los derechos de participación política³¹. Es preciso también apuntar que, a diferencia de la doctrina tradicional nos posicionamos en el sentido de que es inadmisibles entender los derechos “civiles y políticos” componiendo conjuntamente una única dimensión de derechos fundamentales, y que cada *dimensión* consiste en una agrupación de derechos de una misma especie y naturaleza. Cabe aludir que, incluso hablando de la modificación desde este punto de vista, es

²⁹ LAFER, Celso, *A Reconstrução dos Direitos Humanos*, São Paulo, Companhia das Letras, 1991, p. 126; y VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos, *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*, Coimbra, Livraria Almedina, 1987, p. 43.

³⁰ A pesar de que una gran parte de la doctrina sobre los derechos fundamentales entienda la *primera dimensión* como compuesta por derechos civiles y políticos, convenimos con la posición adoptada en la obra de Maria Eugenia RODRÍGEZ PALOP (*op. cit.*, p. 72), en el sentido de que tal situación no se justifica. Cabe destacar la observación del siguiente pasaje que indicamos seguidamente: «Para lo que se refiere a los problemas terminológicos, la expresión “tercera generación de derechos humanos” ha suscitado las críticas de cierto sector doctrinal que, aceptando este criterio de clasificación de derechos con el que se pretende combinar el estudio histórico y el analítico, defiende la existencia de cuatro generaciones (sin entrar a examinar el conjunto de reivindicaciones que aquí interesan pueden o no formar parte de nuestro elenco de derechos humanos). Es decir, dado que los derechos de cada generación gozan de unos rasgos y de una naturaleza similar, al menos en lo que se refiere a sus titulares, su objeto y el grado de protección jurídica que reciben, en principio, no podría considerarse justificada la agrupación de los derechos civiles y políticos en una única generación.»

³¹ Al utilizar ahora el término “participación política” estamos haciendo referencia al derecho al voto y a la capacidad pasiva electoral.

decir, pasando a entender los derechos políticos como de *segunda dimensión* de derechos fundamentales, seguimos creyendo que en esta fase resultaba clara la prevalencia de una defensa de intereses individuales³². Ambas dimensiones, arriba mencionadas como “derechos de resistencia u oposición ante el Estado”³³, se configuran como una no intervención del Estado en la esfera de las libertades individuales.

La citada *tercera dimensión*, a diferencia de las otras, posee carácter positivo³⁴; es decir, ya no se trata de una exigencia de abstención, de una no intervención, sino que el Estado adquiere una situación “prestacional”; en otras palabras, se trata de derechos que reclaman una actuación estatal.³⁵ Serían estos los derechos “económicos, sociales y culturales”.³⁶ Eso quiere decir que, en la tercera dimensión, no se entrevé ya una libertad ante el poder Estatal, sino una libertad por medio de éste. Configuramos, pues, como hemos apuntado anteriormente, la necesidad de una prestación social por parte del Estado, debiendo éste suministrar salud, educación, asistencia social, entre otros³⁷. Es preciso alertar de que esta dimensión no ha quedado limitada al aludido cuño *positivo*³⁸, habiendo englobado, también, las denominadas “libertades sociales”; sin embargo, sin perder su característica individualista,

³²RODRÍGUEZ PALOP, María Eugenia, *op. cit.*, p. 79.

³³BONAVIDES, Paulo, *Curso de Direito Constitucional*, 7. ed., São Paulo, Ed. Malheiros, 1997, p. 517.

³⁴“(…) atribuyendo al Estado un comportamiento activo en la realización de la justicia social.” WOLFGANG SARLET, Ingo, *op. cit.*, p. 55.

³⁵ En el sentido de que estos derechos poseen como carácter distintivo su dimensión positiva, tratando de propiciar un “derecho de participar del bienestar social”, destacamos la opinión de LAFER, Celso, *op. cit.*, p. 127.

³⁶VALLE LABRADA RUBIO, en *Introducción a la teoría de los derechos humanos: Fundamento. Historia. Declaración universal de 10 de diciembre de 1948*, p. 122-123.

³⁷WOLFGANG SARLET, Ingo, *op. cit.*, p.55-56.

³⁸ El término “positivo” ha sido aquí utilizado en el sentido de “pro-actividad”.

continúa considerando al individuo como preocupación principal. Conviene que justifiquemos la utilización del término “social”, con el fin de que evitemos incurrir en una confusión, teniendo presente que los derechos de esta dimensión “pueden ser considerados como una consolidación del principio de la justicia social”.³⁹

La *cuarta dimensión* sería la fase de “solidaridad - fraternidad”, en principio, separada de la visión hombre-individuo como titular de derechos, caracterizándose como derechos de titularidad colectiva o difusa.⁴⁰ “Presta atención, en efecto, del resultado de nuevas reivindicaciones fundamentales del ser humano, generadas, dentro de otros factores, por el impacto tecnológico, por el estado crónico de beligerancia, así como por el proceso de descolonización después de la segunda guerra y sus contundentes consecuencias, conllevando profundos reflejos en la esfera de los derechos fundamentales.”⁴¹ Según Rodríguez Palop “Se han apuntado como causas determinantes de su aparición, entre otras: la crisis ecológica, la revolución tecnológica, la reivindicación de la solidaridad como principio político-jurídico y la crisis del Estado de bienestar y del sistema democrático-representativo.”⁴² Se entiende como componente de la denominada *cuarta dimensión*, el derecho al medio ambiente, el derecho al desarrollo, el derecho a la paz, el derecho a la autodeterminación de los pueblos, y

³⁹WOLFGANG SARLET, Ingo, *op. cit.*, p.56. Destacamos que el autor hace mención a los derechos de segunda dimensión en su texto, que para nosotros, como hemos mencionado anteriormente, ésta en realidad configura la denominada tercera dimensión; sin embargo, el contenido material que iremos tratando guarda una perfecta identidad.

⁴⁰ Para otros autores estos derechos tienen como titulares primeros «el género humano mismo, en un momento expresivo de su afirmación como valor supremo en términos de existencialidad concreta.», conforme a BONAVIDES, Paulo, *op. cit.*, p. 523.

⁴¹WOLFGANG SARLET, Ingo, *op. cit.*, p. 57.

⁴²RODRÍGUEZ PALOP, María Eugenia, *op. cit.*, p. 28.

el derecho al patrimonio común de la humanidad.⁴³ Conviene destacar que el surgimiento de los nuevos derechos, que integran la dimensión a la que en este momento estamos haciendo referencia, deriva de las grandes transformaciones en el panorama político, económico y social, en el período que siguió a la segunda guerra mundial⁴⁴. Eso quiere decir que tales cambios en el mundo, como era conocido hasta entonces, acabaron por incitar la aparición de movimientos sociales derivados de una “crisis de la civilización”, procedente, concretamente, del modo de cómo el Estado estaba posicionándose ante los nuevos desafíos y problemas que surgían de la necesaria promoción del bienestar mínimo de los ciudadanos, así como de la inexpresiva, o inexistente, permeabilidad del sistema democrático⁴⁵.

En función de la aludida crisis del Estado de bienestar, como hemos mencionado anteriormente, surgieron movimientos sociales que en su mayoría reivindicaban una expansión y profundización de la democracia - que debía ser alcanzada mediante una efectiva participación de los ciudadanos en la política-jurídica -, tal como una descentralización político-económica. Tal movimiento pretendía, en realidad, la “democratización de la democracia”⁴⁶. De esta forma, se debían entender los derechos de cuarta dimensión como la búsqueda de protección y garantía de bienes e intereses colectivos armonizados con los intereses individuales⁴⁷. Pretendemos, con tal tipo de afirmación, decir

⁴³RODRÍGUEZ PALOP, María Eugenia, *op. cit.*, p. 37.

⁴⁴RODRÍGUEZ PALOP, María Eugenia, *op. cit.*, p. 91-99.

⁴⁵RODRÍGUEZ PALOP, María Eugenia, *op. cit.*, p. 101.

⁴⁶RODRÍGUEZ PALOP, María Eugenia, *op. cit.*, p. 101.

⁴⁷ Es preciso destacar que en el presente estudio entendemos que el interés general no debe ser visto como superior y opuesto a los intereses individuales. Así, al tratarse en este trabajo de *intereses colectivos*, de ninguna forma convenimos con una idea de transindividualismo. En efecto, consideramos que así como en los derechos

que los derechos fundamentales de *cuarta dimensión*, de ninguna forma tienden a invadir, o disminuir, los derechos individuales, sino que están para convivir con éstos, con el propósito de alcanzar una realidad social mejor y más adecuada al desarrollo de los individuos-ciudadanos. Sin embargo, es necesario esclarecer que los derechos en cuestión, incluso anhelando el bien de cada individuo inserto en una colectividad, no pueden ser divididos entre éstos. Ello porque, en efecto, tratan de formar un entorno, una realidad más adecuada a la colectividad, y por consiguiente, hacer viable una vida digna para cada ser humano.

Es importante destacar que en el espectro de la denominada *cuarta dimensión* encontramos los derechos derivados de las nuevas tecnologías, como las técnicas de manipulación genética, los avances en el área de la informática, las sorprendentes técnicas en el campo de los trasplantes de órganos, entre otras tantas. Esta *dimensión* todavía se encuentra poco definida; pero una cosa es cierta, los derechos surgidos y derivados de las nuevas tecnologías, concretamente en el ámbito de la Bioética y de la Biotecnología se insertan en esta cuarta dimensión. Es preciso apuntar que las nuevas tecnologías, más concretamente hablando de las aplicadas en el campo de la biología, han traído consigo una nueva realidad al ser humano. Esto quiere decir que el hombre acaba entrando en una nueva realidad, derivada de la sociedad tecnológica, donde derechos antes inexistentes – en función del desconocimiento de determinadas premisas – van surgiendo, o, donde los derechos entonces existentes sufren la necesidad de una revisión o adecuación. Aquí nos encontramos con un aspecto de gran relevancia para el desarrollo del presente estudio. Es decir, que las nuevas tecnologías aplicadas en el campo de la biología, claramente con una problemática propia de

fundamentales no existe una relación absoluta de preferencia, lo mismo sucede cuando hablamos de “intereses colectivos” e “intereses individuales”.

los derechos de *cuarta dimensión*, acaban por generar una serie de interrogantes, muchos de ellos aún sin respuestas. Nos preguntamos acerca de la titularidad de los nuevos derechos derivados de las mismas, así como por su alcance, su profundidad y dimensiones. Sin embargo, lo que resulta relevante ahora, es percibir que las nuevas tecnologías aplicadas a la biología poseen una influencia directa sobre el catálogo de los derechos fundamentales, tanto por su modificación-adequación, como por el surgimiento de nuevos derechos. Conviene destacar que al adoptar la posición de que los derechos derivados de la Bioética y Biotecnología se encuadran en los de *cuarta dimensión*, no pretendemos desestimar el hecho de que posean toda una problemática propia, concretamente derivada de las innumerables incertidumbres experimentadas en esta área.⁴⁸

Así, al tratar los derechos de esta *dimensión*, estamos abriendo las puertas al surgimiento de nuevos derechos en la medida en que van produciéndose transformaciones en los modelos económico-políticos de los Estados. Además, como estamos siendo alertados por la doctrina jurídica, así como por los medios de comunicación, nos encontramos ante una crisis ecológica, así como ante un continuo avance tecnológico que puede presentar efectos perniciosos⁴⁹. Es oportuno precisar que, cuando aludimos a la *cuarta dimensión* de los derechos fundamentales como el de “solidaridad – fraternidad”, no pretendemos permanecer en el mero aspecto formal, sino, alertar de que la solidaridad en su versión jurídico-filosófico-política, debía servir de núcleo informador, o mejor, como fundamento de los nuevos

⁴⁸ En esta parte seguimos la exposición de BELLOSO MARTÍN, N., “Sociedad tecnológica y cuestiones de bioética: la búsqueda de fundamentos de una nueva disciplina”. En M^a.I. Bringas López y E.J. Ibeas Cuasante, *Una nueva disciplina: la Bioética*. Burgos, Universidad Popular para la Educación y Cultura de Burgos, 2004, pp.13-74.

⁴⁹RODRÍGUEZ PALOP, María Eugenia, *op. cit.*, p. 93-112.

derechos, exactamente para que éstos tengan conformidad con la realidad social anhelada.⁵⁰ La dimensión de los derechos mencionados trabaja con problemas planetarios, teniendo una gran preocupación por el futuro, por las generaciones venideras de los seres humanos. Siendo así, consideramos que se hace necesaria una responsabilidad de la generación actual, con el fin de proteger a las generaciones futuras, es decir, una preocupación por el actuar de hoy, en el sentido de garantizar la existencia de un mañana adecuado para el desarrollo del ser humano, posición ésta que posee una gran relevancia para el desarrollo del presente estudio, concretamente cuando, en un momento específico, nos adentremos en cuestiones relativas a la Bioética, a la Biotecnología, y a su relación con los derechos fundamentales.

Entendemos que la solidaridad, incluso cuando no puede ser exigida normativamente⁵¹ – a menos que pasásemos a un totalitarismo, que no se espera de ninguna forma -, debería partir de todos los individuos, es decir, debería existir una “cultura de la

⁵⁰RODRÍGUEZ PALOP, María Eugenia, *op. cit.*, p. 146-77. «Así las cosas, no resulta extraño que se haya señalado a la solidaridad como posible fundamento de los derechos de cuarta generación, pues vienen a destacar la existencia de riesgos de carácter planetario y la relevancia de intereses y objetivos comunes, y esto vuelve a generar problemas. La solidaridad, entendida como un valor y como un principio jurídico-político, plantea fuertes retos a una concepción del Derecho que, como la nuestra, prescinde de una dimensión temporal, pues extiende sus exigencias más allá del tiempo presente a fin de abarcar la protección de las futuras generaciones de seres humanos. En efecto, desde una actitud solidaria es posible denunciar la ilicitud de aquellos actos que ponen en peligro la vida sobre la tierra o que se orientan a la exclusión, la explotación y la marginalización de millones de personas, y articular, de este modo, una nueva y más amplia dimensión de la responsabilidad (en el plano moral y en el jurídico). Como consecuencia, en el ámbito político, la consagración de la solidaridad no solo exigiría al Estado y a la comunidad internacional la asunción de tareas de promoción y redistribución sino que requeriría la imposición de deberes positivos generales, es decir, una colaboración activa por parte de todos.»

⁵¹ Es preciso destacar que una considerable parte de los derechos de cuarta dimensión no posee consagración expresa en el derecho constitucional; sin embargo, se obtiene en el ámbito del derecho internacional, sea por medio de tratados, u otras modalidades de documentos transnacionales. En este sentido puede verse EKMEKDJAN, Miguel Angel, *Tratado de Derecho Constitucional*, t. I., Buenos Aires, Depalma, 1993, p. 91.

solidaridad”, o deberíamos ir más allá, quien sepa trascenderse hacia más lejos, hasta una “cultura del amor”. A pesar de que nuestra intención no sea la de trazar una relación de los derechos fundamentales con los ideales religiosos, consideramos que la máxima de la religión católica, en el sentido de “amar el prójimo” debería ser utilizada con respecto a la formación de los nuevos derechos. Sabemos que sería inviable una exigencia por parte del Estado de un *estado de solidaridad o amor*, pero no sería imposible el establecimiento de políticas en el intento de un *culturalismo* – o una educación - en este sentido. Cabe aludir, al menos en nuestra opinión, solamente a una cultura de solidaridad y de amor, con un carácter general y que sería capaz de crear lazos interpersonales e internacionales capaces un día de globalizar los derechos fundamentales y de llegar a resolver las problemáticas que van surgiendo, tanto a nivel individual como planetario.

En el presente estudio, haremos uso del sentido de que, existen cuatro dimensiones de derechos fundamentales, una vez que, como será demostrado a lo largo de esta investigación, nuestra preocupación se encuadra directamente en la cuestión referente a las nuevas tecnologías, más concretamente, las relacionadas con la biotecnología. Sin embargo, lo que deseamos subrayar es que el catálogo de los derechos fundamentales, previstos en los textos constitucionales, no debe ser entendido como taxativo sino a modo de ejemplo, haciendo posible el surgimiento y reconocimiento de los derechos que vienen y continuarán surgiendo. Estas consideraciones aun cuando incompletas con respecto a las dimensiones de los derechos fundamentales, tienen como propósito, el de demostrar la historicidad de éstos, caracterizando la imprescindible necesidad de una visión abierta de los mismos, haciendo posible que estén siempre en consonancia con la realidad social en la que vivimos, así como la conveniencia de utilizarlos como parámetro para el desarrollo de una sociedad justa y

globalizada. Para que esta misma sociedad pueda seguir actualizándose y adecuándose a las verdaderas necesidades y anhelos de los seres humanos. Consideramos que los textos constitucionales deben mantenerse abiertos a la realidad social en que se encuentran insertos, con el fin de que no se produzca un desfase entre los textos legales y la evolución de la problemática social.⁵²

3. Los Derechos fundamentales en las Constituciones brasileña y española: Estado Social y Democrático de Derecho y viabilidad de un sistema de derechos fundamentales

En un primer momento, aun cuando sea sumariamente, conviene plantear algunas cuestiones con respecto a los derechos fundamentales en los textos constitucionales parámetro con el fin de verificar su actual *status* jurídico, su aplicabilidad, así como aprovechar para realizar algunos comentarios en lo que se refiere a los respectivos catálogos. Nos referimos más concretamente a las Constituciones española y brasileña, tomadas como parámetro para el presente estudio, verificando que ambas hayan englobado las distintas dimensiones de los derechos fundamentales, incluso cuando no lo hayan hecho de modo exactamente igual. Además, cabe subrayar que ambos textos en cuestión tiene como

⁵²RODRÍGUEZ PALOP, María Eugenia, *op. cit.*, p. 86. “Desde esa posición, el catálogo de derechos humanos habrá de ser más flexible y acoger, en el marco de un consenso regulado, las nuevas exigencias y las necesidades que sienten más urgencia los hombres de nuestro tiempo.”

semejanza el hecho de proceder de procesos de discusión desarrollados en momentos post-dictatoriales.⁵³

La Constitución brasileña, siguiendo la actitud de los Constituyentes de otros Estados, como el español, prefirió dar una posición preferente en su cuerpo a los derechos fundamentales. Así, en la Carta Política brasileña de 1988, los derechos fundamentales fueron ubicados después del preámbulo y de los principios fundamentales, “lo que además traduce un mayor rigor lógico, en la medida en que los derechos fundamentales constituyen un parámetro hermenéutico y los valores superiores de todo el orden constitucional y jurídico, también va al encuentro de la mejor tradición del constitucionalismo en la esfera de los derechos fundamentales.”⁵⁴ Otro aspecto que merece poner de manifiesto es el hecho de que el Constituyente brasileño confirió una aplicabilidad inmediata a los derechos y a las garantías fundamentales⁵⁵. Eso quiere decir que les fueron otorgados un *status* jurídico preferente,

⁵³WOLFGANG SARLET, Ingo, *op. cit.*, p. 76: “Otro aspecto de fundamental importancia en lo que concierne a los derechos fundamentales en nuestra Carta Magna es con respecto al hecho de que la misma ha ido precedida por un período marcado por una fuerte dosis de autoritarismo que caracterizó – en mayor o menor escala – la dictadura militar que tuvo inicio en el país durante 21 años. La relevancia atribuida a los derechos fundamentales, el refuerzo de su régimen jurídico y hasta incluso la configuración de su contenido son frutos de la reacción del Constituyente, y de las fuerzas sociales y políticas en él representadas, al régimen de restricción y hasta incluso de aniquilación de las libertades fundamentales. También en este aspecto es posible plantear un paralelismo entre nuestra Constitución vigente y las diversas Constituciones de la segunda guerra mundial. Dentro de los ejemplos más remotos, conviene hacer referencia la Constitución italiana de 1947 y la Ley Fundamental de Alemania, de 1949. Más reciente, hay que destacar la Constitución de la República Portuguesa de 1976 y la Constitución española de 1978, ambas igualmente resultantes de la superación de regímenes autoritarios y que, como ejemplo de las primeras, ejercieron una gran influencia sobre el Constituyente de 1988”.

⁵⁴WOLFGANG SARLET, Ingo, *op. cit.*, p. 77.

⁵⁵ Es preciso apuntar que al hacer un análisis meramente positivista de la Constitución brasileña de 1988, las normas definidoras de los derechos y garantías fundamentales, contempladas en el texto de su artículo 5º, § 1º, habrían dejado detrás su carácter programático. Sin embargo, tal y como si percibirá a lo largo de este estudio, lo

caracterizado como esencial para la concreción de un Estado Democrático y Social de Derecho. Esta afirmación se observa en el texto del artículo 5º, § 1º, de la Constitución Federal brasileña, donde queda establecido que las *normas definidoras de los derechos y garantías fundamentales tienen aplicación inmediata*.⁵⁶ Siguiendo en el propósito de conferir un *status* jurídico diferenciado a los derechos fundamentales, el Constituyente brasileño optó por incluirlos en el grupo de *cláusulas pétreas*⁵⁷ indicadas en el artículo 60, § 4º, de la Carta Magna. Conviene destacar, que una situación similar se presenta en la Constitución española, que en su artículo 53.1, en su primera parte, establece que todos “los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del presente Título vinculan a todos los poderes públicos”. Esto quiere decir que el constituyente español demostró un claro interés en establecer un *status* jurídico preferente a los derechos fundamentales, estableciendo su aplicabilidad inmediata. Además, el citado artículo constitucional también ha protegido los derechos fundamentales frente a posibles supresiones o disminuciones que podrían eventualmente ser ocasionadas por el constituyente derivado – infra-constitucional -, mediante el establecimiento de la necesidad de respeto al denominado “núcleo esencial”. En este sentido “La Constitución ha establecido

entendemos de forma diversa; es decir, que no es posible entender como aplicabilidad inmediata la totalidad de los derechos fundamentales e incluso, hablaremos de derechos de cuarta dimensión, que actualmente resultan más acordes con una realidad concreta.

⁵⁶ Cabe destacar que estamos ante el denominado *principio de la aplicabilidad directa (o inmediata) de los derechos fundamentales*, y entendemos que este resulta ser aplicable a la totalidad de los derechos fundamentales, incluso a los que se encuentran distribuidos a lo largo del texto constitucional brasileño, así como a los no expresos.

⁵⁷ Con el término *cláusulas pétreas* se pretende decir que están protegidas contra su posible supresión por parte del Constituyente derivado – infra-constitucional -. CABRAL PEREIRA FAGUNDES JÚNIOR, José, “Limites da ciência e o respeito à dignidade da pessoa humana”, en: *Biodireito; ciência da vida, os novos desafios*, org. Maria Celeste Cordeiro Leite Santos, Editora Revista dos Tribunais, 2001.

un núcleo irreducible que es el contenido esencial (art. 53.1), y unos límites genéricos que tienen efectividad en la medida en que cada derecho se hace operativo en la vida social.”⁵⁸

En lo que se refiere a los catálogos de los derechos fundamentales en ambos textos constitucionales considerados como parámetro para el presente estudio, conviene subrayar que son elaborados de forma amplia. Este hecho demuestra el propósito de los respectivos Constituyentes de centrar su atención principal en los derechos fundamentales, por esta razón tomamos como positivo el reconocimiento de catálogos tan amplios, no considerando todas las críticas realizadas por una cierta parte de la doctrina especializada en el tema. Lo relevante es que ambas Cartas Constitucionales contemplaron los derechos fundamentales de las diversas *dimensiones*, reflejando adecuadamente la Declaración Universal de 1948, así como los principales textos internacionales relativos a los derechos humanos. En este contexto, conviene destacar que así como la Constitución española, la brasileña optó por una apertura para otros derechos fundamentales no expresamente previstos, queriendo decir que en ambas Cartas Políticas quedó aclarada la pretensión de los respectivos Constituyentes de mantener el catálogo abierto de los derechos fundamentales.⁵⁹

⁵⁸ MUÑOS ARNAU, Juan Andrés, *op. cit.*, p. 87.

⁵⁹HARBELE, Peter, “El concepto de los derechos fundamentales”, *en*: José María Saucá (ed.), *Problemas actuales de los derechos fundamentales*, Madrid, Imprenta Nacional del Boletín Oficial del Estado, 1994, p. 104-109; PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, *Derecho y Derechos Fundamentales*, p. 23-27; PIETRO, Luis, “Nota sobre el concepto de derechos fundamentales”, *en*: SAUCA, José María (ed.), *Problemas actuales de los derechos fundamentales*, Madrid, Imprenta Nacional del Boletín Oficial del Estado, 1994, p. 186-189. Como ejemplo de esta apertura para derechos fundamentales no previstos en el texto constitucional, conforme a lo ya citado en el presente estudio, es precisa la atenta observación de los términos del artículo 5º, § 2 de la Constitución Federal brasileña, así como de lo dispuesto en el artículo 53.1 de la Constitución Española de 1978.

En Brasil tal situación es contemplada en el artículo 5º, § 2º, de la Constitución patria, que afirma que *los derechos y garantías expresados en esta Constitución no excluyen otros consecuentes del régimen y de los principios por ella adoptados, o de los tratados internacionales en que la República Federativa de Brasil forme parte*. Así, el constituyente brasileño dejó clara la posibilidad de que existan derechos fundamentales que no sean los exclusivamente expresados en su respectivo catálogo, es decir, pudiendo haber derechos establecidos de forma extendida en la carta magna, así como los derechos no escritos. Aquí nos encontramos con la posibilidad de hacer referencia a derechos fundamentales formales y materiales, tema que será tratado a lo largo del presente estudio de forma puntual. Es preciso destacar que en el texto constitucional español esta apertura y permeabilidad fue establecida, de forma eficaz, en su artículo 53.1. Tal actitud por parte de ambos constituyentes en cuestión, garantizó, a nuestro modo de ver, una flexibilidad inimaginable en los sistemas jurídico-político de ambos Estados, puesto que sus textos constitucionales, así como su actuar político, pueden mantenerse siempre adecuados a la realidad, y permeables a las necesidades de sus ciudadanos. Además, consideramos que una lectura atenta de los citados artículos constitucionales puede ser de gran valía para el intento de elaboración de un concepto material de derechos fundamentales, aspecto que demanda una especial atención, razón por la cual será tratado con mayor profundidad en un epígrafe específico.

Conviene destacar que los derechos fundamentales, reconocidos en la constitución de una determinada nación, en realidad, conjuntamente con la definición de forma del Estado, del sistema de gobierno, y de la organización del poder, integran la esencia del Estado Democrático. En este sentido, no se deben considerar como una simple parte

integrante de la Constitución formal⁶⁰, sino, imperiosamente, también como un elemento central de la Constitución material⁶¹. De ahí se desprende la relevancia de los derechos fundamentales dentro del ordenamiento jurídico de una nación, teniendo en cuenta que éstos son una *conditio sine qua non* del Estado Constitucional Democrático.⁶² Se puede afirmar que los derechos fundamentales se configuran como un elemento operativo-constitutivo del Estado Democrático de Derecho.⁶³ Cuando hablamos de “elemento operativo-constitutivo”, pretendemos aclarar que no pueden ser considerados como una mera limitación, sino también como criterios de legitimación del poder estatal, por tanto, legitimadores del propio orden constitucional.⁶⁴ En este punto, conviene destacar la interrelación entre los derechos fundamentales y el Estado de Derecho, puesto que “existe un estrecho nexo de interdependencia genético y funcional entre el Estado de Derecho y los derechos fundamentales, dado que el Estado de Derecho exige e implica, para serlo, la garantía de los

⁶⁰Utilizamos el término “formal”, para referirnos a un texto constitucional escrito. No es nuestra intención profundizar en esta cuestión terminológica; sin embargo, será de gran utilidad tratar los derechos fundamentales recogidos en los textos políticos.

⁶¹ Hacemos uso del término “material” para hacer referencia a la existencia de los derechos materialmente relevantes, aun cuando no hayan sido reconocidos expresamente por los textos constitucionales. Es importante destacar que no tenemos intención de profundizar en esta cuestión; sin embargo, su relevancia es importante para un posterior análisis sobre la existencia de derechos fundamentales no escritos. Es decir, no previstos expresamente en los textos constitucionales.

⁶²SCHNEIDER, Hans-Peter, “Peculiaridad y función de los derechos fundamentales en el Estado Constitucional Democrático”, en: *Revista de Estudios Políticos* n° 7, 1979, p. 23.

⁶³ En este sentido los estudios de GESTA LEAL, Rogério, *Perspectivas Hermenêuticas dos Direitos Humanos e Fundamentais no Brasil*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2000, p. 163 e ss.

⁶⁴PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique, *op. cit.*, p. 19; MARQUES DA SILVA CABRAL PINTO, Luiza, *op. cit.*, p. 142: «el poder se justifica por y para la realización de los derechos del hombre y la idea de justicia es indisociable de tales derechos.»

derechos fundamentales, a la vez que éstos exigen e implican, para su realización, el reconocimiento y la garantía del Estado de Derecho.”⁶⁵

Los derechos fundamentales, al ser valores básicos reconocidos en un orden constitucional, integran un sistema axiológico⁶⁶ que actúa como fundamento material de todo un ordenamiento jurídico. Debemos advertir que estamos partiendo del marco de un Estado democrático-constitucional, donde la Carta magna es considerada como el centro jerárquico del ordenamiento jurídico, aspecto al que, más adelante retomaremos con mayor profundidad. Así, se puede afirmar que, los derechos fundamentales deben ser visualizados como base funcional de la propia democracia, tal y como apuntan los autores Peter Haberele⁶⁷ y Juan Andrés Muñoz Arnau⁶⁸.

Con el propósito de hacer viable el análisis de algunos aspectos del presente estudio, en los cuales profundizaremos más adelante, conviene destacar lo que entendemos

⁶⁵Con respecto a la fuerte vinculación de los derechos fundamentales con el Estado Democrático de Derecho, BOLZAN MARMELSTEIN LIMA, *Crises do Estado e da Constituição e a transformação espacial dos direitos humanos*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2002, p. 65 e ss.

⁶⁶ A pesar de no creer en una jerarquía pre-definida entre los diversos derechos y valores fundamentales, aceptamos una axiología del caso concreto fundada siempre en el principio de la dignidad de la persona humana.

⁶⁷HARBELE, Peter, *op. cit.*, p. 104-106.

⁶⁸MUÑOZ ARNAU, Juan Andrés, *op. cit.*, p. 42: «Que el artículo 10.1 reconozca a la dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes como el fundamento del *orden político*, que es democrático, resulta más claro, de cara a establecer una conexión entre democracia y derechos fundamentales, que las expresiones del preámbulo constitucional. La vinculación entre derechos fundamentales y democracia no es parcial, no se limita a unos derechos determinados que funcionalmente parecen estar más relacionados con la dinámica de la sociedad democrática, sino que es total y plena y afecta a derechos que tienen que ver con la defensa radical del ámbito de libertad personal, en la línea seguida para definir lo que constituye el orden público europeo, al que me referiré mas adelante.»

por la existencia de un sistema de derechos fundamentales en el ámbito de las Constituciones a las que estamos haciendo referencia.⁶⁹ Sin embargo, conviene precisar que cuando nos referimos a la existencia de un sistema de derechos fundamentales no pretendemos entenderlo como cerrado e independiente del resto del texto constitucional, lo que sería claramente inviable. Hay que tener presente que el catálogo de los derechos fundamentales es abierto, haciendo viable el reconocimiento de derechos no expresados en el texto constitucional. El citado sistema de derechos fundamentales debe ser considerado también como abierto y permeable a la realidad social, interactuando con el restante del orden constitucional. En otras palabras, entendemos los derechos fundamentales como un conjunto dirigido a la concreción del principio fundamental de la dignidad de la persona humana, considerando esta como la cúspide axiológica del sistema que consideramos existir, así como de todo el ordenamiento jurídico-político, aspecto que a lo largo del presente trabajo será debidamente tratado y desarrollado. Esta aclaración es conveniente en la medida en que la concepción de un sistema de derechos fundamentales resulta de gran relevancia en orden a llevar a cabo un estudio de la concreción, aplicación e interpretación de los derechos.

Sin embargo, incluso dejando clara la necesidad de un análisis más atento con relación a ciertos aspectos aquí descritos, entendemos que hemos llegado a un punto de gran importancia para el desarrollo del presente estudio. Como vemos, los derechos fundamentales

⁶⁹Consideramos que existe un sistema de derechos fundamentales. Sin embargo, no podemos dejar de aludir a la existencia de incansables debates sobre este tema, tanto por la doctrina nacional como extranjera. Así, somos concientes de que existe una corriente doctrinal que defiende la imposibilidad de que hablemos de un sistema de derechos fundamentales, opinión que no compartimos. En este sentido, nos remetimos a la obra de PEREIRA DE FARIAS, Edmilson, *op. cit.*, p. 54-55; BRAGA PEÑA DE MORAES, Guilherme, *Dos Direitos Fundamentais*, São Paulo, LTr, 1997, p. 89 e ss.

poseen una relevancia que trasciende el mero formalismo constitucional, constituyendo - en conjunto con otros temas – la esencia del propio Estado Democrático de Derecho. Situación ésta que coincide con la posición que adoptamos en la presente investigación, de que los derechos fundamentales están para el logro de un bien del hombre, es decir, inciden en la búsqueda de una situación cada vez más benéfica para el ser humano, considerado como inserto en una colectividad. Además, consideramos que los citados derechos están para la protección del planeta en términos amplios, con el fin de crear y mantener un *ambiente saludable* – en el sentido más amplio posible del término – a los seres humanos. Esta es la posición a la cual nos adherimos, y que será examinada a lo largo de este estudio.

3.1. Derechos fundamentales formales y materiales

La “fundamentalidad” es la característica fuertemente arraigada de los derechos fundamentales⁷⁰. Según las enseñanzas de Robert Alexy, existe una dignidad y una protección de los derechos, tanto en un aspecto formal, como material. La fundamentalidad formal consistiría en la acogida, por parte del derecho constitucional positivo - la previsión en el texto constitucional formal -, de determinados derechos como fundamentales. Para aclarar la situación, podemos tomar como ejemplo la Constitución de la República Federativa de Brasil de 1988, donde los derechos fundamentales están reconocidos como el punto más alto de todo el ordenamiento jurídico. Ahora, estamos tratando de derechos formalmente reconocidos, es decir, derechos constitucionales escritos. Derechos estos que poseen límites formales y

⁷⁰MARTÍNEZ DE VALLEJO FUSTER, Blanca, *op. cit.*, p. 55.

materiales, y que presentan como característica la aplicabilidad directa y vinculación inmediata para los entes públicos y privados. Una situación similar se presenta en el Estado español, dado que existen derechos fundamentales expresamente reconocidos, con características similares a las de la Constitución brasileña – como más detalladamente hemos estudiado en un epígrafe anterior -. Ambas Constituciones reconocen un *status* jurídico diferenciado a los derechos fundamentales, garantizándoles una aplicabilidad directa; manifiestan también posibilidad de existencia y reconocimiento de derechos que no consten en los respectivos catálogos, y establecen una protección frente al legislador infraconstitucional. Estos derechos expresados en el texto constitucional, o formalmente reconocidos, pueden ser denominados *formales* – sin que se esté negando la existencia de un aspecto material de los mismos.

La fundamentalidad material, como enseña Ingo Wolfgang Sarlet, “deriva de la circunstancia de que los derechos fundamentales representan el elemento constitutivo de la Constitución material, conteniendo decisiones fundamentales acerca de la estructura básica del Estado y de la sociedad.”⁷¹ En función de la necesaria adecuación de la Constitución a la realidad social, se debe entender que, existen derechos materialmente fundamentales que no se encuentran expresados por escrito en la misma. En este sentido, nos adherimos a I. Wolfgang, al que acabamos de aludir con la posición adoptada, en el sentido de que los derechos fundamentales no pueden ser entendidos meramente como los catalogados en el texto constitucional - y que existen derechos fundamentales disociados de la fundamentalidad formal, es decir, no escritos. Con el fin de aclarar nuestras afirmaciones, podemos utilizar

⁷¹WOLFGANG SARLET, Ingo, *op. cit.*, p 87.

como ejemplo la Constitución española de 1978, y la brasileña de 1988, por tratarse de textos constitucionales que reconocen, incluso de forma no idéntica, la posibilidad de existencia de otros derechos fundamentales que no sean los formalmente reconocidos. Basta hacer referencia a los contenidos en el párrafo segundo del artículo 5º, de la Carta Magna brasileña donde se establece que los derechos expresados en su cuerpo no niegan la viabilidad de otros provenientes del régimen, principios, o tratados internacionales. Lo mismo que sucede en el texto constitucional español, y prueba de ello es que reputados especialistas, como J. Castán Tobeñas, al destacado que, con las debidas matizaciones, se trata de una “declaración abierta” de derechos humanos, que establece incluso de forma derivativa que el número de los derechos fundamentales del ordenamiento jurídico español no se cierra con el último derecho reconocido explícitamente en el Título I, sino que puede integrarse ampliamente por la vía de los tratados, convenios o pactos internacionales. Ciertamente, este punto no es compartido por la totalidad de la doctrina constitucionalista. Y así, por ejemplo, P. Lucas Verdú considera al respecto que parece evidente que el propósito del constituyente ha sido el de establecer una lista cerrada y exhaustiva, es decir, *un numerus clausus* de derechos y libertades, lo cual, a juicio de este autor, no es posible ni deseable. No es posible –escribe- “porque cabe que los desarrollo social, económico, cultural y tecnológico, susciten la aparición de nuevas pretensiones... No es deseable porque esa larga tabla de derechos aparece como lista cerrada difícilmente reformable o ampliable, porque para ello sería preciso superar los obstáculos señalados en el Título X de la Constitución (artículos 166 a 169), de manera que la incorporación de un nuevo derecho o libertad, tendría que someterse a ese largo proceso sin prosperar en el intento”⁷².

⁷² Por tanto, hubiera sido plausible –y perfectamente congruente con la longitud del Título I- insertar en el mismo una disposición que dijera: “La enunciación de los derechos y libertades contenidos en esta Constitución no

Además, aunque se considere que por vía indirecta, como es la vía de los tratados internacionales prevista en el artículo 96 de la Constitución española, se puede ampliar el elenco de los derechos fundamentales recogidos en el Título I de la misma, así como también se pueden, a tenor del artículo 10.2, variar las orientaciones interpretativas de esta materia, es preciso advertir que en tales supuestos se plantearían serias dificultades, tales como la desconstitucionalización interpretativa que supondría la remisión a los tratados internacionales, en vista de lo cual en caso de disparidad prevalecería la interpretación externa de los derechos sobre la interna. Por otra parte, al incluir los nuevos derechos por vía de tratados internacionales, tal y como establece el artículo 96, y pasar éstos a formar parte del derecho interno, quedarían siempre desplazados del Título I de la Constitución, que es el dedicado, en cualquier caso, a los derechos y deberes fundamentales. Por último, hay que señalar la problemática que esto ocasionaría en cuanto al sistema de garantías previsto en el artículo 53 de la norma fundamental, pues en dicho precepto no se contempla ningún tipo de garantía para los derechos así introducidos en el ordenamiento jurídico español.

Es decir, las Constituciones aludidas reconocen la existencia de los derechos fundamentales no catalogados, los derechos materialmente fundamentales, que no han sido indicados formalmente. Tal posición, adoptada en las Constituciones española y brasileña, demuestra la preocupación de los respectivos legisladores constituyentes acerca de la

excluye el reconocimiento de otros que se deduzcan lógicamente, de aquéllos que surjan del progreso social, económico, cultural y tecnológico”. “Corresponderá a las Cortes precisar, mediante ley orgánica, tales derechos y al Tribunal Constitucional examinar las congruencias de dicha ley con el Título Preliminar y con los derechos y libertades reconocidos en el Título I” (CASTÁN TOBEÑAS, J., *Los derechos del hombre*, 3ªed., Madrid, Reus, 1985, pp.164-165).

posibilidad de existencia (o surgimiento) de otros derechos fundamentales - siendo necesaria una permeabilidad en las Cartas Magnas, que permita la integración de éstos en los respectivos ordenamientos jurídicos. Así, los citados textos constitucionales, demostrando un impresionante avance, se han mantenido abiertos a la eventual existencia o surgimiento de nuevos derechos, que no sean única y exclusivamente previstos y escritos. Resulta manifiesto pues que las citadas Cartas Políticas son abiertas, haciendo viable su adecuación al desarrollo social, así como a las nuevas realidades.

Conviene destacar que tal circunstancia no implica una fragilidad o incertidumbre de los textos constitucionales mencionados, dado que tal apertura no afecta de ninguna forma a los derechos reconocidos en la misma. Al contrario, pone de manifiesto que se trata de Cartas constitucionales abiertas, conscientes de que la sociedad está sometida a un proceso de continuo desarrollo, pudiendo conllevar nuevas necesidades, por tanto, nuevos derechos que deben ser reconocidos y garantizados. Además de que todo esto denota una actitud de humildad por parte de los respectivos constituyentes, que no tuvieron la petulancia de creer conocer todos los derechos eventualmente fundamentales, y no cerraron las puertas a la realidad social en que se insertan. Sin embargo, no solamente merecen ser elogiados los respectivos constituyentes por su humildad, sino por su previsión dado que, hace décadas, intuyeron la posibilidad de transformaciones en la realidad del ser humano que deberían ser comprendidas por los textos constitucionales, sin que fuese necesaria la elaboración de nuevas Cartas Políticas. Esta permeabilidad es la que permite la adecuación de los textos constitucionales en cuestión, manteniéndolos siempre modernos y atentos a las nuevas facetas de nuestra realidad social. Incluso, haciendo viables los debates como el presente, donde nos

estamos preocupando precisamente por las nuevas tecnologías, con sus reflejos inmediatos y futuros, con su alcance y con su relación con los derechos fundamentales.

Las consideraciones realizadas, aunque no sean exhaustivas, con respecto a los citados derechos fundamentales formales y materiales, tienen como propósito el de viabilizar un estudio además del mero positivismo constitucional, haciendo posible un análisis desde perspectivas filosóficas e ideológicas de los temas aquí propuestos. Claro está que, al pretender tratar nuevos derechos fundamentales derivados de las nuevas tecnologías, así como de las nuevas necesidades y realidades de los seres humanos, se hace manifiesta la necesidad de tener que rebasar el mero formalismo constitucional. Suponiendo que no entendiésemos la existencia de derechos fundamentales materiales, resultaría demasiado complejo, sino imposible, intentar aproximarnos a un concepto material de derechos fundamentales, que por consecuencia lógica, acabaría haciendo inviable un debate puntual sobre nuevos derechos, que surgen de los reflejos de las nuevas tecnologías sobre la realidad social. Ante la necesidad de entender los derechos fundamentales desde una perspectiva material, nos dedicaremos, en el próximo epígrafe, a trabajar un concepto material de derechos fundamentales, con la intención de hacer viable un estudio de los distintos aspectos, y caminos inusitados, traídos por los notables avances tecnológicos, más concretamente en el ámbito de la bioética y biotecnología, operados por el hombre en las últimas décadas

4. Sobre el concepto material de derechos fundamentales

Cuando se pretende la elaboración de un concepto material de derechos fundamentales, estamos obligados a convenir con la posición de Javier Jiménez Campo, que apunta la necesidad tanto de una determinación hermenéutica, como de una construcción dogmática vinculada a un texto constitucional vigente.⁷³ Tal afirmación se justifica en base a las diferencias existentes entre las Constituciones de cada Estado, así como en función de la realidad social en cada de ellos. En efecto, cada Estado se basa en las variantes económicas, políticas, sociales, y culturales, experimentadas en cada momento histórico, presentando un abanico de derechos fundamentales distinto de los otros – sin que ello signifique que no existe un grupo en común -. Por tanto, para hablar de un concepto material de derechos fundamentales, resulta imprescindible tomar como referencia un determinado Estado. Además, un eventual concepto, aun cuando sea genérico y universal, debe construirse de modo abierto, haciendo posible su constante adecuación al derecho constitucional positivo. Conviene recordar aquí la observación de la definición vertida por Ingo Wolfgang Sarlet, basada en las enseñanzas de Robert Alexy: *Derechos fundamentales son, por tanto, todas aquellas posiciones jurídicas concernientes a las personas, que, desde el punto de vista del derecho constitucional positivo, han sido, por su contenido e importancia (fundamentalidad en sentido material), integradas al texto de la Constitución y, por tanto, retiradas de la esfera de disponibilidad de los poderes constituidos (fundamentalmente formal), así como las que, por su contenido y significado, puedan ser equiparados, añadiéndose a la Constitución*

⁷³J. Jiménez CAMPO, *Derechos fundamentales: concepto y garantías*, p. 19.

*material, teniendo, o no, asiento en la Constitución formal (aquí considerada la apertura material del Catálogo.*⁷⁴

Por tanto, un concepto de esta especie, puede ser realizado solamente teniendo en cuenta un determinado Estado, su realidad social y cultural, además de su ordenamiento jurídico positivo. El presente estudio no tiene la pretensión de hacer un análisis específico de un determinado ordenamiento jurídico, razón por la cual no se hará un análisis contextual de los elementos constitutivos de la materia de los derechos fundamentales. Lo que realmente se pretende es una delimitación básica, teniendo como punto de partida el derecho constitucional español y brasileño, donde, principalmente, la dinámica de los conceptos materiales de derechos fundamentales se asemeja. Esta similitud, es importante aclarar, se tiene desde una perspectiva filosófico-constitucional, sin que pretendamos equiparar las realidades sociales de los aludidos Estados. Cuando utilizamos la expresión “similares”, tenemos en consideración que, tanto la Constitución española como la brasileña, entienden los derechos fundamentales como un concepto abierto, anhelando una constante adecuación del ordenamiento jurídico a la realidad social. En otras palabras, ambos textos constitucionales se mantienen dispuestos a alterar y ampliar el catálogo de los derechos fundamentales, en la medida en que esta adecuación resulta necesaria. Entendemos que ambos textos constitucionales, en realidad, presentan un catálogo ejemplificativo de derechos fundamentales, sin que se cierren para el eventual surgimiento de otros. Esta situación, en efecto, demuestra la ocurrencia de una *apertura material* del catálogo de derechos fundamentales en las referidas Cartas Políticas. Siendo este, exactamente, el punto al que pretendíamos arribar - puesto que es esta

⁷⁴WOLFGANG SARLET, Ingo, *op. cit.*, p. 89.

característica materialmente abierta, de ambas Constituciones en cuestión, la que hace viable el desarrollo del presente estudio -.

Así, resulta evidente que, el *concepto material de los derechos fundamentales* comprende, de modo claramente simplificador, todos los derechos fundamentales materialmente existentes en un determinado Estado – ya sea los que meramente no fueron previstos de forma escrita en el respectivo texto constitucional, ya sea los que por ventura vengan a surgir, es decir, los futuros. Y en este momento, llegamos a un punto neurálgico para nuestra investigación, de forma que los derechos materialmente fundamentales, son los pertinentes a la realidad y a lo cotidiano de los seres humanos insertos en un determinado Estado de derecho. Considerando que la realidad social es extremadamente mudable, los derechos fundamentales deben de acompañar estas modificaciones, o evoluciones⁷⁵. Es decir, para cada nueva necesidad que se le plantee al ser humano que integra una determinada sociedad o Estado, podrían surgir nuevos derechos fundamentales⁷⁶.

⁷⁵ Al utilizar los términos *modificaciones* y *evoluciones*, consideramos que no estamos incurriendo en una redundancia. En el presente estudio, al utilizar el vocablo “*modificaciones*”, nos estemos refiriendo a cambios en un sentido amplio, incluso si no se trata de *un paso adelante* en la realidad del ser humano, es decir, incluyendo incluso las transformaciones negativas – retroceso. Y al utilizar el término “*evolución*”, nos referimos concretamente a las transformaciones evolutivas, siempre en un sentido de avance, aun cuando en ocasiones pueda suponer reflejos negativos al ser humano insertos en una colectividad.

⁷⁶ Utilizamos aquí el término necesidad en relación a las nuevas circunstancias económicas, políticas y sobre todo, tecnológicos o científicas que puedan producirse y que pongan de manifiesto la conveniencia de regular algunos derechos humanos nuevos, para dar respuesta a esas nuevas situaciones. No tratamos pues de las necesidades básicas en el ámbito de los derechos como fundamento de los derechos sociales, que es una teoría distinta a la que ahora no estamos haciendo referencia.

5. Dignidad de la persona humana como criterio axiológico del ordenamiento jurídico

Los derechos fundamentales - catalogados o no -, se encuentran directamente vinculados con los denominados *principios fundamentales*. Los respectivos constituyentes de los Estados español y brasileño, dieron a estos la “calidad de normas esenciales e informativas de todo orden constitucional, como en el caso de los derechos fundamentales, que también integran lo que se puede denominar como núcleo esencial de la Constitución material.”⁷⁷ Para reforzar tal aserción, es suficiente mencionar que, el derecho a la vida, libertad e igualdad, no pueden ser considerados como separados del principio de dignidad de la persona humana, precisamente por el hecho de que estos representan las exigencias más básicas para la concreción de este mismo principio de dignidad.⁷⁸ En efecto, los derechos fundamentales tienen un denominador común, basado en el principio de la dignidad humana.⁷⁹ Existen estudiosos que defienden la posición de que la *dignidad de la persona humana* se concreta en el reconocimiento y positivación de los derechos y de las garantías fundamentales.⁸⁰ Postura esta última, a la cual no nos adherimos y que sólo hemos querido poner de manifiesto, dado que demuestra la estrecha relación entre el principio de la dignidad de la persona humana y los

⁷⁷WOLFGANG SARLET, Ingo, *op. cit.*, p. 109.

⁷⁸“En efecto, y de acuerdo con su condición de ser racional, la persona merece y necesita vivir en un entorno que permita y favorezca el desenvolvimiento, desarrollo y perfección de su naturaleza humana, tanto a nivel individual como social. Esta es la razón por la que la *dignidad* se encuentra unida, de modo indisociable, a las ideas de *libertad* e igualdad. Y por eso ambas se originan en valores jurídicos fundamentales.”(ALEGRE MARTÍNEZ, Miguel Angel, *La dignidad de la persona como fundamento del ordenamiento constitucional español*, León, Universidad de León, 1996, p. 19).

⁷⁹“(…)La doctrina alemana extrae de la redacción de este precepto una *conexión entre la dignidad y los derechos fundamentales*, que se traduce en que todos los derechos fundamentales se halla comprendido un núcleo de dignidad personal.” MARTÍNEZ, Miguel Angel, *op. cit.*, p. 43).

⁸⁰Posición adoptada por VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos, *op. cit.*, p. 83; WOLFGANG SARLET, Ingo, *op. cit.*, p. 107.

derechos fundamentales conviene aclarar que no participamos de esta línea de entendimiento, en cuanto, a nuestro modo de entender, la concreción de la dignidad de la persona humana no podría limitarse sólo con el mero reconocimiento y positivación de los derechos fundamentales, sino a través de su efectiva realización.⁸¹ En otras palabras, no es suficiente la referencia al aspecto constitucional-formal, porque sino, nos quedamos en la mera “utopía”.

El principio de la dignidad de la persona humana, como han subrayado varios autores, fue adoptado por las constituciones de diversos países, solamente después de la segunda guerra mundial. Esta previsión expresa, en la mayor parte de las ocasiones, fue un grito de liberación de regímenes totalitarios en que los respectivos países vivían. Un ejemplo de esto lo encontramos en la Constitución española⁸² y en la brasileña⁸³, donde el principio de

⁸¹MARTÍNEZ, Miguel Angel, *op. cit.*, p. 19: “En efecto, y de acuerdo con su condición de ser racional, la persona merece y necesita vivir en un entorno que permita y favorezca el desenvolvimiento, desarrollo y perfección de su naturaleza humana, tanto a nivel individual como social. Esta es la razón por la que la *dignidad* se encuentra unida, de modo indisociable, a las ideas de *libertad e igualdad*. Y por eso ambas se erigen en *valores jurídicos* fundamentales. El reconocimiento jurídico de la dignidad supone, entonces, que el Derecho garantice el respeto a la dignidad en las relaciones interpersonales, y en las relaciones entre el poder y los individuos. La postivación jurídica de la dignidad, que como veremos se traducirá además en el reconocimiento de una serie de *derechos* de la persona, tiene como fin, por tanto, el posibilitar la realización y desenvolvimiento de la personalidad a nivel individual, lo cual sólo será posible si, tanto las demás persona como los poderes públicos, respetan la libertad y los derechos del individuo.”

⁸²La Constitución española trata de la dignidad de la persona humana en su artículo 10.1: “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden público y de la paz social.”

⁸³ Art. 1. La República Federal de Brasil, formada por la unión indisoluble de los Estados y Municipios y de los Distritos Federales, se constituye en Estado Democrático de Derecho y tiene como fundamentos:

- I- la soberanía;
- II- la ciudadanía;
- III- la dignidad de la persona humana;
- IV- los valores sociales del trabajo y de la libre iniciativa;

la dignidad de la persona humana recibió un especial trato, en un momento posterior a las fases dictatoriales. Tal situación se dio, exactamente, porque tales países, después de superar los regímenes autoritarios, pasaron a visualizar el Estado como existente en función de la persona humana, y ya no al contrario. En este sentido, pasan a percibir el ser humano, y respectivamente su dignidad, como finalidad del Estado, pero ya no como un medio de actividad estatal. Cabe aclarar que los mencionados textos constitucionales consagran la idea de dignidad de la persona humana por el simple hecho del ser humano en sí”, en sentido *latu* - dentro de una visión isonómica, no haciendo distinciones raciales, sexistas, económicas, entre otras. Tal posición fue desarrollada desde postulados filosóficos, teniendo como ejemplo, la teoría de Immanuel Kant, que creía que el concepto de dignidad partía de la autonomía ética del ser, y sostenía que, el ser humano ni por él mismo podría ser tratado como objeto. Conviene que resaltamos lo apuntado Ingo Wolfgang Sarlet, en relación a este tema, cuando refiere que: “(...)Hay, sin embargo, que tener presente la circunstancia de que esta libertad (autonomía) es considerada en abstracto, como siendo la capacidad potencial que cada ser humano tiene de autodeterminar su conducta, no dependiendo de su efectiva realización en el caso de la persona en concreto, de tal forma que también el absolutamente incapaz (por ejemplo, el portador de grave deficiencia mental) posee exactamente la misma dignidad que cualquiera otro ser humano física y mentalmente capaz(...)”.⁸⁴ Siendo así, la dignidad está vinculada directamente al ser humano - individuo, como una característica intrínseca de este. Al ser una característica esencial del ser humano, es evidente que no puede jamás ser separada

V- el pluralismo político.

Párrafo único. Todo el poder emana del pueblo, que lo ejerce por medio de representantes electos o directamente, en los términos de esta Constitución.

⁸⁴WOLFGANG SARLET, Ingo, *op. cit.*, p.115.

del mismo.⁸⁵ En este sentido resulta oportuno hacer mención al hecho de que, la dignidad de la persona humana, reconocida y positivada en los textos constitucionales utilizados como referencia, es inherente a un individuo (a todos los seres humanos insertos en la colectividad, pero individualmente hablando), es decir, no puede ser vista como vinculada a un ser ideal o abstracto. Resulta pues manifiesta la distinción entre la dignidad de la persona humana - establecida en los textos constitucionales parámetros y la dignidad humana - estatuida en tratados internacionales -.

Sin embargo, al considerar que la dignidad de la persona humana está adscrita a un individuo, no pretendemos negar su “comunitariedad”, y que todo ser humano inserto en un determinado entorno social es igual⁸⁶ en dignidad. Es importante destacar que, incluso teniendo una visión “social” de la dignidad de la persona humana y considerando los seres como iguales e insertos en una comunidad, no es posible hablar de privación o disminución de la dignidad de un individuo en beneficio de la sociedad. Conviene recordar que la dignidad es una característica intrínseca del ser humano, no pudiendo ser disociada de este, quedando plenamente alejada la posibilidad de su sacrificio en favor de la comunidad. Recordamos que existe un sentido distinto de la dignidad de la persona humana, vinculada a las condiciones culturales. Esta contextualización histórico-cultural sería la justificación para ciertas situaciones, vividas en determinados lugares - consideradas como plenamente normales, y que en muchos otros, son vistas como una ofensa a la dignidad de la persona humana.⁸⁷ El

⁸⁵GALÁN JUÁREZ, Mercedes, *Antropología y derechos humanos*, Madrid, Dilex, 1999, p. 102: “La dignidad de la persona es el rango de la persona como tal.”

⁸⁶GALÁN JUÁREZ, Mercedes, *op. cit., op. cit.*, p. 103: “Se puede considerar la dignidad humana como un principio por el cual los hombres deben ser tratados con igualdad, ya sean iguales o distintas sus decisiones, intenciones o manifestaciones de conocimiento.”

⁸⁷PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, *La dignidad de la persona desde la filosofía del derecho*, Madrid, Dykinson, 2002, p. 72: “(...) El multiculturalismo de los rezos y de los sexos es perfectamente compatible con la igual dignidad, y no choca con la ética pública, ni con el universalismo de sus valores, principios y derechos. El multiculturalismo de las diferencias culturales, en principio tampoco choca si respeta el límite de la igual

presente trabajo no pretende descubrir todas las facetas del tema “dignidad de la persona humana”, razón por la cual no profundizaremos, en este momento, en este debate. Conviene apuntar que, en el presente estudio, adoptaremos la premisa de que, incluso existiendo diferencias culturales, la dignidad de la persona humana debe poseer un contenido mínimo. Eso quiere decir que, para nosotros, debe existir un mínimo de respeto a la dignidad de la persona humana, que incluso trazos culturales, sociales o económicos no sean capaces de justificar su afrenta. Tal punto de vista será tratado con más profundidad en un momento oportuno; sin embargo, podemos adelantar que éste tiene como propósito primero hacer viable una internacionalización de los derechos fundamentales, así como una propagación saludable y éticamente correcta de las nuevas tecnologías.

Al tratar del principio de la dignidad de la persona humana, es preciso hacer alusión a su condición en lo que se refiere al ordenamiento jurídico en el que se inserta. Tanto la Constitución española como la brasileña, prefirieron no incluir la dignidad de la persona humana como un derecho o garantía fundamental como tal, concediéndole el *status* de principio fundamental. Este principio, que fue previsto en ambas constituciones tomadas aquí como parámetro, rebasa la esfera ética y moral (obviamente no se está negando este carácter), y consiste en un valor jurídico fundamental de la comunidad. Así, el principio de la dignidad de la persona humana constituye un valor-guía, no sólo en lo que se refiere a los derechos fundamentales sino a todo el ordenamiento jurídico constitucional.⁸⁸ Es oportuno apuntar que para mayores aclaraciones que se puedan añadir, con respeto al “principio de la dignidad humana” y de su entorno, no existe la posibilidad de llegar a una definición cristalina y unívoca del mismo, precisamente porque se trata de un concepto de contornos vagos e

dignidad. Pero puede traspasarlo con usos culturales excesivos, irracionales o extravagantes, como la ablación del clítoris, el derecho a castigar y golpear a las mujeres reconocido en algunas culturas, o la lapidación de las adúlteras, o la mutilación de la mano para los ladrones.(...)”

⁸⁸PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique, *op. cit.*, p. 180.

imprecisos. Sin embargo, incluso no pudiendo definirla con un solo concepto que resulte suficiente con respecto a la dignidad de la persona humana, es innegable su real existencia, dado que fácilmente identificamos en nuestra realidad social los momentos en los que esta dignidad resulta agredida o desestimada. A este respecto destacamos la observación de Ingo Wolfgang Sarlet, que ahora transcribimos: (...) *En este contexto, suele apuntarse correctamente a la circunstancia de que el principio de la dignidad humana constituye una categoría axiológica abierta, siendo inadecuado conceptuarlo de forma fixista, aún más cuando se verifica que una definición de esta naturaleza no se armoniza con el pluralismo y la diversidad de valores que se manifiestan en las sociedades democráticas contemporáneas.*(...).⁸⁹

Conviene subrayar que, aun cuando creyésemos que fuera posible la elaboración de un único y completo concepto con respecto al principio de la dignidad de la persona humana – lo que no fue considerado -, éste no será el punto más relevante para el trabajo que estamos desarrollando. En efecto, los breves comentarios acerca del principio en cuestión, tienen como propósito el de llegar a la cuestión referente a su relevancia axiológica y hermenéutica. En el presente estudio, partimos de que el principio de la dignidad humana deba ser considerado como el vértice axiológico del ordenamiento jurídico, y más concretamente, como un ápice axiológico de un sistema de derechos fundamentales – donde no existe una jerarquía rígida entre derechos y valores debiendo pues realizarse un análisis desde casos concretos. En este sentido, consideramos que tal principio posee una función principal de configurar y filtrar los derechos fundamentales en un caso concreto. Con ello pretendemos destacar que el principio de la dignidad de la persona humana podría funcionar como un “rompecabezas”, por el cual todos los derechos fundamentales están en juego, con respecto al análisis de una determinada situación en concreto deberían pasar. De esta forma,

⁸⁹WOLFGANG SARLET, Ingo, *op. cit.*, p. 113.

solamente los derechos fundamentales más adecuados, en el caso específico para concretar la dignidad de la persona humana, deberían pasar por esta especie de tamiz, que sería la justamente el principio de dignidad. Conviene aclarar que, seguimos considerando que los derechos fundamentales no poseen superioridad entre sí, sino que, en determinadas situaciones, algunos deben ser sopesados de forma distinta, sin un previo criterio fijo, para que siempre estemos lo más próximo posible, en condiciones de ofrecer al ser humano una existencia digna.

CAPÍTULO II

DERECHOS FUNDAMENTALES: LÍMITES Y GARANTÍAS

1. Límites de los derechos fundamentales: aclaraciones iniciales

Conviene subrayar que el presente estudio – aunque no se trate de un mero debate positivo-constitucional, - posee como punto de referencia las Constituciones española y brasileña, textos donde los derechos fundamentales han sido expresamente reconocidos y claramente estructurados⁹⁰. Cabe apuntar que, en este trabajo, tenemos como preocupación principal la efectividad de los derechos en cuestión, es decir, la problemática trasciende el mero debate en lo que se refiere a su estructura – sin que tal aspecto pueda ser olvidado o descuidado -. En este sentido, se hace necesaria una observación con respecto a los derechos fundamentales, en cuanto al contenido esencial de una Constitución, y la garantía de aquéllos como una obligación básica del Estado Democrático. Así, llegamos al punto de una gran relevancia para el presente epígrafe, como es que los derechos solamente existen como limitados. En una investigación como esta que pretende trabajar con los derechos fundamentales, así como con la bioética y la biotecnología, la referencia a los límites de los derechos resulta imprescindible dado que, estos determinan no sólo restricciones, sino, en realidad, garantías últimas – ya que acaban por configurar una protección al contenido de los derechos -.

Como un primer paso, al adentrarnos en el estudio de los límites a los derechos fundamentales, conviene destacar lo apuntado por Ana Aba Catoira, en el sentido de que “en

⁹⁰ Conviniendo con la afirmación de que los derechos fundamentales han sido debidamente reconocidos y estructurados en la Constitución española, destacamos las opiniones de NARANJO DE LA CRUZ, Rafael, *Los Límites de los Derechos Fundamentales en las Relaciones entre Particulares: la buena fe*, Madrid, Boletín Oficial del Estado y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, p. 27-31. En el mismo sentido destacamos las aclaraciones de PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, *Derechos y Derechos Fundamentales*, p. 179-187.

un Estado democrático de Derecho no existen derechos ilimitados, es decir derechos absolutos.”⁹¹ Esta misma autora, cuando trata del tema en cuestión, de forma clara y precisa, se manifiesta en el sentido de que la limitación a los derechos fundamentales resulta imprescindible para que se pueda considerar la existencia de estos últimos.⁹² En el mismo sentido, es decir, de que los derechos fundamentales no deben ser vistos como ilimitados o absolutos, se ha posicionado, de forma clara, el Tribunal Constitucional español. Cabe aludir que el propio órgano en cuestión, aclara que no sólo los derechos son limitados, sino, que las limitaciones en sí mismas también están adscritas a límites. Para poner de manifiesto tales aseveraciones, es interesante analizar la decisión que ahora transcribimos:

(...)Corresponde, por ello, al legislador ordinario, que es el representante en cada momento histórico de la soberanía popular, confeccionar una regulación de las condiciones de ejercicio del derecho, que serán más restrictivas o abiertas, de acuerdo con las directrices políticas que le impulsen, siempre que no pase más allá de los límites impuestos por las normas constitucionales concretas y del límite genérico del art. 53. De este modo, la afirmación del recurrente en cuanto al carácter restrictivo es un juicio de valor político muy respetable y acaso compartible. Desde el punto de vista jurídico-constitucional lo único que hay que cuestionar es si sobrepasa o no el contenido esencial del derecho. (...)

⁹¹ABA CATOIRA, Ana, *La limitación de los derechos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, p. 72-73.

⁹²ABA CATOIRA, Ana, *op. cit.*, p. 72-73.

(...)Sin embargo, el movimiento pendular entre la amplitud y la generosidad o la restricción vuelve a ser una decisión política que tiene que adoptar el legislador ordinario sin más límite que los que el derecho fundamental tenga, pues ningún derecho, ni aún los de naturaleza o carácter constitucional, se pueden considerar como ilimitados (...) ⁹³

El poder judicial brasileño, igualmente, se ha posicionado en el sentido de que los derechos establecidos en la Carta constitucional patria no pueden ser considerados como absolutos o ilimitados:

No hay, en el sistema constitucional brasileño, derechos o garantías que revistan carácter absoluto, incluso porque razones de relevante interés público o exigencias derivadas del principio de conveniencia de las libertades legitiman, aunque excepcionalmente, la adopción, por parte de los órganos estatales, de medidas restrictivas de las prerrogativas individuales o colectivas, desde el momento en que se respetan los términos establecidos por la propia Constitución. El estatuto constitucional de las libertades públicas, al delimitar el régimen jurídico a que éstas están sujetas - y considerando el substrato ético que las informa - permite que sobre ellas incidan limitaciones de orden jurídico, destinadas, por un lado, a proteger la integridad del interés social y, por otro, a asegurar la coexistencia armoniosa de las libertades, pues ningún derecho o

⁹³www.der.uva.es, el 30 de agosto de 2004, a las 19 horas. Sentencia TC 11/1981, de 8 de abril.

garantía puede ser ejercido en detrimento del orden público o desestimando los derechos y las garantías de terceros.⁹⁴

Queda claro que los límites deben ser vistos como una garantía de disfrute de los derechos, por parte de todos, frente al Estado, teniendo en cuenta que la libertad individual es indefinida, encontrando su delimitación, sólo y tan sólo, en las limitaciones establecidas en la ley. Resulta oportuno apuntar que en un Estado individualista las libertades de un individuo no sufrirían ninguna especie de intervención, de foma que el establecimiento de límites, en el Estado constitucional, caracteriza, exactamente, la desvinculación de una posición individual de los derechos. Eso quiere decir que, el ejercicio de un derecho deja de ser visto desde una perspectiva meramente individualista - simplista -, pasando a ser observado como inserto, y relevante para la colectividad. Destacamos la observación de que los límites a los derechos no pueden ser entendidos como una mera protección contra las actividades del Estado en que se encuentran insertos, sino también, como un control del ejercicio de los derechos por parte de los particulares. Precisamente, los límites están para dirigir la forma en cómo los individuos titulares de derechos lo ejercitan, evitando un uso abusivo o desmedido de los mismos, de que derive un continuo perjuicio a las demás personas de la colectividad.⁹⁵ Nos encontramos ahora ante la íntima relación entre los límites a los derechos fundamentales y la posibilidad de distinguir derechos de cuarta dimensión, que poseen intereses colectivos y difusos.

⁹⁴Mandato de Segurança 23.452 - RJ, Rel. Min. Celso de Mello, transcrito por G. M. LIMA, en: *El principio de la proporcionalidad y el derecho fundamental a la acción: un estudio constitucionalmente adecuado acerca de las limitaciones al derecho de acción*, p. 121.

⁹⁵BALLESTEROS, J., en: *Derechos humanos: concepto, fundamentos y sujetos*, p. 51-60; ARA PINILLA, Ignacio, *op. cit.*, p. 143-158; CRUZ VILLALÓN, Pedro Cruz, "Concepto de Derecho Fundamental: Identidad, Estatus, Carácter", en: SAUCA, Jose Maria (ed.), *Problemas actuales de los derechos fundamentales*, Madrid, Imprenta Nacional del Boletín Oficial del Estado, 1994, p. 159-163.

En esta línea, los derechos fundamentales, como normas jurídicas integrantes de un ordenamiento jurídico, deben tener su ejercicio regulado mediante la intervención pública. Alejándonos de la superada idea de que los derechos fundamentales serían de cuño absoluto, resulta evidente la necesidad de configurar límites o normas limitadoras debidamente fundamentadas y justificadas. Dejamos claro desde el principio aunque sin agotar el tema, que la fundamentación y justificación no hacen referencia solamente a la coexistencia entre los derechos de una pluralidad de titulares, sino también, a su función social y a los intereses públicos que deben ser realizados⁹⁶ Salta a la vista que la limitación de los derechos fundamentales debe ser operada cuando de hecho sea necesario, no pudiendo ser realizada de modo desmedido o suplementario. Se debe realizar por medio de la ley, “siempre que lo justifique la protección y realización de los derechos, bienes, valores o intereses igualmente protegidos a nivel constitucional.”⁹⁷

Cabe destacar que los derechos fundamentales al ser ejercitados en una colectividad, imperiosamente, están adscritos no solamente a normas formales pertenecientes al ordenamiento jurídico, sino también a principios y derechos de orden material. Eso quiere decir que los derechos fundamentales no pueden ser considerados como absolutos, en la medida en que su ejercicio puede sufrir limitaciones de carácter extrínseco⁹⁸. Cabe referir que los propios textos constitucionales, en determinadas situaciones, pueden establecer la necesidad de una limitación extrínseca que deba implicar una relación sobre alguno, o algunos

⁹⁶NARANJO DE LA CRUZ, Rafael, *op. cit.*, p. 31-85.

⁹⁷A. A. Catoira, *en: La limitación de los derechos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español*, p. 77.

⁹⁸NARANJO DE LA CRUZ, Rafael, *op. cit.*, p. 85-97.

derechos⁹⁹. Sin embargo, sin que esto derive en una actividad arbitraria, hay que tener en cuenta que, en efecto, aun cuando parezca contradictorio, los límites tienen como propósito el de garantizar los derechos. Defendiendo un punto de vista análogo, están los escritos de Ana Aba Catoira, afirmando que: *De este modo, las normas limitadoras de los derechos fundamentales no desempeñan una función restrictiva o exclusivamente reduccionista, esto es, una intervención en el derecho en sentido negativo, sino que, antes bien, la función de los límites también es la de tratar de preservalos o protegerlos, ya que el ejercicio ilícito y las extralimitaciones se castigan, en la medida en que sea necesario tutelar determinados bienes jurídicos y nunca por la invasión de unos límites naturales que realmente son inexistentes.(...)*¹⁰⁰ Tomando como referencia el pasaje anteriormente transcrito, podemos afirmar que los derechos fundamentales guardan una fuerte relación con las normas que los

⁹⁹Con el objetivo de demostrar esta situación, es interesante la observación del artículo 20 de la Constitución española, que contempla:

“Artículo 20.

1. Se reconocen y protegen los derechos:

- a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, en escrito o cualquier otro medio de producción.
- b) A la producción y creación literaria, artística, científica y técnica.
- c) A la libertad de cátedra.
- d) A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades.

2. El ejercicio de estos derechos no puede restringirse mediante ningún tipo de censura previa.

3. La ley regulará la organización y el control parlamentario de los medios de comunicación social dependientes del Estado o de cualquier ente público y garantizará el acceso a dichos medios de los grupos sociales y políticos significativos, respetando el pluralismo de la sociedad y de las diversas lenguas en España.

4. Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollan y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia.

5. Sólo podrá acordarse el secuestro de publicaciones, grabaciones y otros medios de información en virtud de resolución judicial.”

¹⁰⁰ABA CATOIRA, Ana, *op. cit.*, p. 82

limitan, en la medida en que configuran una interacción, es decir, ambos se presentan como suplementarios. Los límites no deben entenderse como una mera disminución de los derechos sobre los cuales recaen, sino, como una modulación de los mismos, con el propósito de garantizar su eficacia.

2. Los textos constitucionales como primeros limitadores del ejercicio de los derechos fundamentales

Como hemos mencionado anteriormente, los derechos fundamentales no pueden ser considerados como absolutos o ilimitados, pudiéndose basar tal afirmación mediante una interpretación sistemática de las Constituciones utilizadas como parámetro. Esta afirmación tiene como fundamento primero, el simple hecho de que, los propios textos constitucionales parámetro, son los que posibilitan la existencia de dichos límites. Además, conviene aclarar que las propias Cartas constitucionales de los Estados español y brasileño, son limitadoras de los derechos fundamentales, como trataremos de exponer a lo largo de este epígrafe. En realidad, toda limitación a los derechos fundamentales proviene de las Constituciones, sea por la prescripción explícita o implícita. Así, los múltiples derechos, por estar insertos en un ordenamiento jurídico, acaban por resultar relativos, en el sentido de que, deben convivir entre sí, además de permitir la convivencia entre los derechos de todos sus titulares, sin que cualquiera de ellos, como principio, tenga preferencia por los demás. Cuando se hace referencia al “principio”, se pretende decir que ninguno de los derechos posee un carácter absoluto, no existiendo una posición cerrada al respecto, debiendo ser analizada la situación concreta para establecer qué derecho deberá aplicarse de forma más o menos amplia.

El simple hecho de que la Constitución no establezca una jerarquía entre los diversos derechos fundamentales coincide con la idea de que éstos no pueden ser considerados como absolutos o ilimitados, en la medida en que, resulta necesario un análisis hermenéutico, ante la existencia de una posible colisión entre estos, que por sí solo, ya demuestra que existe una limitación¹⁰¹.

Partiendo del presupuesto de que la Constitución debe ser interpretada unitariamente, consideramos que tanto las previsiones de los derechos y libertades, como otros bienes constitucionalmente reconocidos y protegidos, deben mantenerse armónicos, es decir “entrelazados jurídicamente”. Se demuestra así por la necesidad, por parte del legislador ordinario, de hacerse responsable de la proporcionalidad entre los bienes protegidos constitucionalmente, que obviamente coexisten en la colectividad que se rige por el texto constitucional, anhelando una armonía entre estos. En otras palabras, aunque haya una pluralidad de derechos fundamentales, así como una diversidad de titulares de estos derechos, surgirá la necesidad de solución de conflictos – sin olvidar que no existe jerarquía preestablecida de unos derechos fundamentales sobre otros.¹⁰²

En este epígrafe, conviene dejar claro nuestra posición en el sentido de que, incluso los textos constitucionales - tomados como parámetro para la elaboración del presente estudio -, autorizan las limitaciones al ejercicio de determinados derechos fundamentales por medio de leyes, sin incurrir en el pecado de que otorguen poderes ilimitados y absolutos al legislador ordinario. Con ello, pretendemos hacer referencia al hecho de que, los respectivos constituyentes establecieron sistemas de control de constitucionalidad de las limitaciones impuestas a los derechos fundamentales por parte del legislador ordinario. En este contexto, se

¹⁰¹MARTÍNEZ DE VALLEJO FUSTER, Blanca, *op. cit.*, p. 51-60

¹⁰²NARANJO DE LA CRUZ, Rafael, *op. cit.*, p. 30-31.

crearon mecanismos de protección frente a abusos por parte del poder público. En este sentido, conviene destacar que tanto el texto constitucional español como el brasileño, prevén la posibilidad de que existan límites provenientes de textos y tratados internacionales. Lo que expresa la posibilidad de que los tratados internacionales de los que estos países forman parte, es decir, que son acogidos por los respectivos ordenamientos jurídicos, supongan limitaciones a los derechos fundamentales. Aquí, es preciso aclarar que, las influencias provenientes del derecho internacional, a pesar de ser reconocidas, no serán objeto del presente estudio, en la medida en que, en efecto, se dirigen a un análisis de casos concretos.

Ante la afirmación de que existen límites a los derechos fundamentales, siendo que estos originariamente provienen de la propia Constitución, resulta obvio que acabemos por sacar a la luz nuevas problemáticas, consistentes en la forma en cómo se llevarán acabo estas “limitaciones”. Así, a lo largo del presente trabajo, trataremos, aunque sea de manera sucinta, de las distintas formas de limitación a los derechos fundamentales, así como de la forma de relacionarse entre sí. Todo ello posee una directa relación con la Bioética y la Biotecnología, una vez que de estas apreciamos la modificación de los derechos preexistentes, así como percibimos la posibilidad de aparición de un número aún desconocido de derechos. El contorno de estos nuevos derechos fundamentales aún resultan nebulosos tanto porque resultan de muy reciente aparición o, incluso, porque aún deben surgir.

3. Formas de limitación de los derechos fundamentales

3.1. Límites establecidos en el texto constitucional

Inicialmente, para que se pueda hablar más concretamente con respecto a los límites de los derechos fundamentales, establecidos en el cuerpo del texto de una Constitución, conviene comprender en que consisten estos últimos. Por consiguiente, es interesante recordar que, los derechos previstos en el texto constitucional, en efecto, hacen referencia a un grupo de facultades o poderes, conferidos a los seres humanos de un determinado Estado, es decir, que están regidos por un ordenamiento jurídico específico. Una vez más, destacamos que, los denominados derechos no pueden ser considerados como absolutos o ilimitados. Al tener los derechos una gama de facultades o poderes conferidos a un individuo inserto en un ordenamiento jurídico, llegamos a la obvia conclusión de que, la determinación de estas facultades culmina en la delimitación de estos derechos. Es decir, la delimitación, en efecto, es la determinación de lo que será protegido por un determinado derecho, factor éste de gran relevancia, con el fin de que encontramos que se producen o no limitaciones, teniendo en cuenta que éstas pueden derivar directamente de la propia naturaleza de tal derecho. Cuando la Carta constitucional delimita el derecho, estableciendo expresamente sus límites, intenta la solución de eventuales conflictos que fueron previstos por el constituyente. Sin embargo, no todos los conflictos existentes entre los derechos derivan de la correcta determinación de su contenido constitucionalmente establecido y protegido.

Resulta conveniente ahora hacer algunas reflexiones con respecto a los límites establecidos en el propio texto constitucional, es decir, acerca de las citadas limitaciones *internas* o *intrínsecas*. El constituyente, en algunas ocasiones, por reconocer derechos ya como limitados, es decir, cuando la delimitación de los mismos ya ha designando ciertos “acotamientos”, acaba siendo el primer limitador de los derechos fundamentales. Resaltamos que, en este momento, simplemente pretendemos aclarar el carácter limitador del propio texto constitucional, a la vez que indicamos individualmente cuándo se producen estas situaciones.

Estas limitaciones *internas*, en realidad, pueden ser vistas como parte de la delimitación de un determinado derecho, estando establecidas directamente en el texto constitucional. Eso quiere decir que, estos límites están situados en el propio contenido del derecho, en la medida en que establecen los contornos de este¹⁰³. Conviene destacar a este respecto que Robert Alexy, al tratar de este tema, utiliza la nomenclatura *cláusulas restrictivas*, afirmando que: (...) *La regla expresada por la cláusula restringe la realización de un principio iusfundamental. Su peculiaridad consiste en que ha sido el propio legislador constitucional quien ha formulado la restricción definitiva. En esta medida, la disposición constitucional tiene carácter de regla* (...).¹⁰⁴ Sin embargo, cabe aclarar que incluso el derecho constitucionalmente previsto, y directamente limitado, no puede ser entendido como aplicación absoluta¹⁰⁵, pues en situaciones concretas, aún podrán existir otras limitaciones no fijas, es decir, no permanentes. Aproximándonos a un tema al que aludiremos más adelante, existirá, además de los límites constitucionalmente establecidos, la posibilidad de que se reproduzcan otras limitaciones, en determinadas situaciones concretas, para que se garanticen otros derechos fundamentales o bienes constitucionalmente protegidos. En efecto, a pesar de establecer límites a los derechos

¹⁰³STEINMENTZ, Wilson Antonio, *Colisão de direitos fundamentais e principio da proporcionalidade*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2001, p. 29-31.

¹⁰⁴ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 278.

¹⁰⁵No podemos dejar de apuntar que existe una posición de la doctrina que se manifiesta en un sentido distinto. Es decir, que los derechos constitucionalmente limitados, serían de aplicación absoluta. Puesto que la problemática gira entorno a la correcta delimitación del contenido de los derechos, no cabe al legislador ordinario, después de haber efectuado esta delimitación, realizar cualquier norma de limitación. Aclarando la existencia de esta posición doctrinal, destacamos la obra de ABA CATOIRA, Ana, *op. cit.*, p. 140-142.

en el cuerpo de la Constitución, en la mayoría de las ocasiones éstos se reafirman desde una *interpretación sistemática*¹⁰⁶ de la Carta Política.

Es preciso apuntar que en los textos constitucionales parámetro - que están abiertos al surgimiento de nuevos derechos fundamentales – percibimos la inexistencia de límites predeterminados en lo que se refiere a los derechos inherentes a cuestiones bioéticas y biotecnológicas. Esta circunstancia, obviamente, deriva del hecho de que tales derechos son muy recientes, habiendo en su mayoría surgido no antes de los últimos diez o quince años, así como del hecho de que éstos carecen de una mayor delimitación. Además de recientes, los derechos inherentes a la Bioética y a la Biotecnología que ya pudieron ser planteados con respecto a la confección de las Cartas constitucionales parámetro, carecían aún de un debate suficientemente informado, hecho que probablemente afectó sensiblemente al trabajo de los respectivos constituyentes, que optaron por no dedicarles una atención pormenorizada, así como tampoco de sus eventuales limitaciones. Así, en los textos constitucionales utilizados como base de la elaboración del presente trabajo, no existen límites, al menos directos y expresos, a los derechos surgidos de la Bioética y de la Biotecnología. Las limitaciones a estos derechos, derivados de los textos constitucionales, son operadas de forma indirecta, es decir,

¹⁰⁶Es preciso apuntar que, el propio texto constitucional español, en su artículo 10.2, acaba por aclarar con respecto a esta necesidad de interpretar la Constitución, en la medida en que establece como criterios la Declaración Universal de los Derechos Humanos y otros textos internacionales acogidos por el ordenamiento jurídico nacional. Juan Andrés MUÑOZ ARNAU (*op. cit.*, p. 87), completa la idea de la existencia de un contenido esencial irreducible establecido en el artículo 53.1 de la Constitución española, así como de límites genéricos y específicos, que seguidamente transcribimos: «A eso habría que añadir una serie de límites implícitos que es fácil deducir de una interpretación sistemática de la Constitución, dado el lugar relativo de cada derecho en el sistema total del que forman parte.» En el mismo sentido se encuentra la Constitución brasileña, conforme contempla en su artículo 5º, § 2º. Es interesante apuntar que estos criterios serán utilizados después de haber agotado las posibilidades hermenéuticas constantes de las propias cartas políticas.

por medio de una interpretación o un análisis sistémico. En lo demás, como tendremos oportunidad de ver en un epígrafe específico, estos derechos acaban siendo elaborados de forma expresa por la moral y por la ética.¹⁰⁷

Todos los derechos subjetivos tienen límites a su ejercicio. Los derechos fundamentales también. No se puede admitir la tesis sostenida por algunos autores de que los derechos fundamentales son ilimitados, al ser indefinidos. Solamente manteniéndose en el nivel de los valores o no profundizando hasta identificarlos técnicamente con la categoría de los derechos subjetivos, se puede cometer tan grave error. Desde el momento en que un derecho se define por el Derecho positivo, y se delimita en una norma, se encuentra con dos tipos de límites: unos intrínsecos, que derivan del propio sentido o función que tiene en sí mismo el referido derecho, y otros extrínsecos, que derivan de la sociedad y de los demás sujetos de derecho que en ella coexisten. Naturalmente, estos límites externos al ejercicio de los derechos fundamentales sólo son susceptibles de entenderse en un contexto democrático, ya que sino no estaríamos hablando de límites sino de limitaciones, y entraríamos en el supuesto de una sociedad autoritaria.

Así pues, además de los límites establecidos directamente en el texto constitucional, que también son denominados *límites internos* o *intrínsecos*, existen los llamados *externos expresos* o *extrínsecos* (como pueden ser el derecho ajeno, la moral vigente, el orden público y el bien común), sobre los cuales realizaremos algunos comentarios. Los límites *internos* o *intrínsecos* provienen del propio derecho en sí y acerca de los que ahora

¹⁰⁷ En este punto seguimos la exposición de BELLOSO MARTÍN, N., *op. cit.*.

trataremos, proceden de fuera de los derechos fundamentales. Esta posibilidad de limitación externa puede estar establecida en la Constitución, cuando se regula el derecho; en otra parte de su texto, o de forma genérica, abarcando la totalidad de los derechos o algunos de éstos. No es preciso hablar de la necesidad de una labor por parte del legislador ordinario, teniendo en cuenta que, como ya hemos mencionado, estos límites son reconocidos en el propio texto constitucional, pero de forma externa al reconocimiento en sí de un determinado derecho fundamental. Para caracterizar la existencia, y la imposibilidad de negación, de estos límites denominados *externos*, conviene hacer referencia a algunos artículos constitucionales, tanto del texto español como del brasileño. En el caso de la Carta española, podemos tomar como ejemplo el artículo 10.1, que establece límites genéricos, que deben ser aplicados sobre la totalidad de los derechos, en el sentido de necesidad de respeto a los derechos de los demás. En la Constitución brasileña, podemos hacer referencia en su artículo 5º, que posee el mismo fin. Resulta innegable que existen límites externos y que, al contrario de la delimitación - característica de los límites internos -, en realidad, tienen una función de pura reducción de los derechos constitucionalmente reconocidos. La distinción más relevante de estos límites externos con los límites internos, reside en el plano de su eficacia, dado que, éstos no poseen una medida previamente establecida, pudiendo ser más o menos intensa su aplicación, dependiendo de la situación concreta de los derechos, y de los bienes constitucionalmente protegidos que resulten afectados.

3.2. Límites provenientes de las normas infraconstitucionales

Los límites de los derechos fundamentales, como hemos indicado anteriormente, no son, simplemente, los contenidos en el propio texto constitucional, pudiendo existir otras topologías, derivadas de normas infraconstitucionales. Es decir, el constituyente, previendo que, ni todos los posibles y necesarios límites de los derechos estarían comprendidos en el texto constitucional, confirió una autorización al legislador ordinario con el fin de elaborar normas en este sentido. La Constitución española, en su artículo 53.1, confirió al legislador ordinario la posibilidad de regular el ejercicio de los derechos fundamentales. Este artículo, al establecer la posibilidad de intervención en el ámbito de los derechos, con el objeto de regular su ejercicio, obviamente, autoriza la limitación de los mismos¹⁰⁸. Se autoriza así al legislador para establecer límites a los derechos fundamentales. Partiendo de que la Constitución, con el fin de mantenerse adecuada a la realidad social en que se encuentra, es *abierta*, se corre el riesgo de que acabe en muchas ocasiones por ser poco precisa.¹⁰⁹ Ahí hay que recurrir al legislador que, ante esta situación, debe intervenir, estableciendo una adecuada configuración de los derechos. Por tanto, el legislador mediante previa autorización constitucional podrá establecer límites a los derechos fundamentales, o concretar los límites establecidos directamente en la Carta magna. Asimismo, el legislador español podrá no sólo presentar carácter declarativo, cuando legisla sobre un límite previamente establecido en el texto constitucional, así como podrá también poseer carácter constitutivo, cuando acabe por establecer un nuevo límite. En el derecho español no existe una

¹⁰⁸Existe una posición diversa según puesto de manifiesto por ABA CATOIRA, Ana, *op. cit.*, p. 179.

¹⁰⁹ROTHENBURG, Walter Claudius, “*Direitos fundamentais e suas características*”. Revista dos Tribunais: *Cadernos de direito constitucional e ciência política*, Ano 7. nº 29, outubro-dezembro 1999, p. 59, trata con respecto a la apertura de la Carta Constitucional brasileña, así como de la apertura e inagotabilidad del catálogo de los derechos fundamentales.

previsión general de reserva de competencia al legislador en lo que se refiere a los límites de los derechos fundamentales - solamente existen algunas restricciones específicas -. Consiste, el mencionado artículo 53.1, de la Constitución española, en una autorización genérica al legislador ordinario, en la medida en que posibilita la regulación que se dirige a la efectividad de los derechos, consecuentemente, haciendo posible la limitación¹¹⁰.

En la misma medida en que el citado artículo de la Constitución española autoriza el establecimiento de límites, por parte del poder legislativo, se configura la posibilidad de un control sobre la actividad legislativa, en la medida en que se establece la necesidad de respeto al contenido esencial¹¹¹. En otras palabras, este artículo constitucional posibilita la limitación de los derechos fundamentales por medio de una actividad legislativa, sin embargo, estableciendo una garantía con respecto al contenido esencial de los derechos.

En la Constitución brasileña, tan poco existe una *reserva de ley general*, existiendo algunas previsiones específicas a lo largo de su texto. A diferencia de lo que sucede en el texto constitucional español, el brasileño no posee un artículo que configure una autorización general al legislador ordinario para establecer límites a los derechos fundamentales. Situación ésta que engendró cierto debate con respecto a la posibilidad del legislador ordinario de hacerlo. Sin embargo, tal discusión ha sido superada por la jurisprudencia, teniendo como fundamento los preceptos establecidos en la teoría de los límites inmanentes

¹¹⁰ NARANJO DE LA CRUZ, Rafael, *op. cit.*, p. 27-35 y 72-97; CRUZ VILLALÓN, Pedro, *op. cit.*, p. 159-163. PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregório, *Derechos Fundamentales*, p. 92-95.

¹¹¹ NARANJO DE LA CRUZ, Rafael, *op. cit.*, p. 27-35, 72-85 y 129-160.

3.3. Límites provenientes de los Tribunales Superiores

En el presente estudio, conviene tomar también en consideración, aunque hecho de manera más exhaustiva, la participación de los Tribunales Superiores, en lo que se refiere a los límites a los derechos fundamentales, dejando claro que no pretendemos agotar el tema, o indicar todas las posibles decisiones proferidas por estos órganos. En España, cabe destacar el denominado Tribunal Constitucional, responsable por el enjuiciamiento de casos donde existen debates sobre alguna materia constitucional. Por tanto, corresponde a este órgano juzgar, como última y superior instancia, los casos en los que se discute con respecto a la aplicación de los derechos fundamentales. En Brasil, las situaciones que afectan a la materia de los derechos fundamentales quedan reservadas al Supremo Tribunal Federal.

Conviene destacar que los derechos fundamentales pueden ser limitados en función de los derechos concurrentes entre distintos titulares. Debe quedar claro que no existe una jerarquía de los derechos fundamentales, lo que quiere decir que todos se encuentran en un mismo nivel, teniendo en cuenta que, salvo alguna excepción, están previstos en un nivel de igualdad en el texto constitucional. En esta línea, no es posible hablar de superioridad absoluta de un derecho sobre otro, sin embargo, no puede negarse la existencia de una posición preferente conferida a algunos de ellos. Una visión diversa podría conducir a un entendimiento equivocado con respecto a los límites a los derechos fundamentales, pudiendo deducir, por ejemplo, que se habrían regulado, meramente, para proteger los contornos del derecho jerárquicamente superior a los demás. Rechazamos esta concepción ya que reconocemos el carácter unificador y armonizador de los derechos, pretendido por el constituyente.

En este sentido, el Tribunal Constitucional español, en diversas ocasiones, se ha preocupado por analizar la eficacia o agresión de determinados derechos fundamentales, acabando el mismo por configurar una de las formas de limitación de éstos, a la vez que realiza un análisis hermenéutico en lo que se refiere a la existencia de conflictos entre derechos. El tribunal acaba por ser un “limitador de los derechos fundamentales en casos concretos”. Tal afirmación se basa en las decisiones proferidas por el propio Tribunal Constitucional español y que en diversas oportunidades se ha manifestado en el sentido de reconocer la superioridad de un determinado derecho sobre otro en un caso concreto, no pudiendo ser reconocida así de modo general. Lo que quiere decir que, dependiendo de las circunstancias específicas de cada caso concreto, podrían existir diferentes preferencias entre los distintos derechos puestos en cuestión. Es importante aclarar que la manifestación de preferencia de un derecho, en un caso concreto, por parte del Tribunal Constitucional, no conlleva una jerarquización definitiva de los derechos fundamentales¹¹². Se trata de que, ante conflictos entre derechos fundamentales, el Tribunal Constitucional debe ponderar. En efecto,

¹¹² En la línea de la imposibilidad de una jerarquización entre los distintos derechos fundamentales están los estudios de MUÑOZ ARNAU, Juan Andrés, *op. cit.*, p. 113, como se percibe en el pasaje que seguidamente transcribimos: «Ningún otro artículo de la Constitución pone tan al descubierto la realidad de la existencia de un *sistema* de derechos fundamentales. En esto se produce casi un exceso. Resulta innecesario decir que «estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título». Imagino que hay más de un derecho en el mencionado Título que de ninguna manera podría entrar en relación con los que enumera el artículo 20. Pero, ¿podría ser, acaso, de otra forma? Si los «otros» son igualmente derechos fundamentales, no cabe, a pesar de lo que se diga, ninguna suerte de jerarquización que permita el sacrificio del contenido esencial de ningún derecho. Las leyes que desarrollen el Título no tienen por qué ser –mejor, no pueden ser –cauce de limitación, en ese sentido estricto y negativo; porque por su constitucionalidad vela el juez de la ley. El carácter sistémico de los derechos fundamentales, que no es más que la proyección normativa del sentido unitario del ser humano, se impone sin remedio frente a las pretendidas jerarquías. El carácter *más fundamental* de determinados derechos para una sociedad democrática no puede suponer el sacrificio de otros, porque su debida protección es *también* una exigencia de la sociedad democrática.

no existe efecto *erga omnes* de decisiones de esta magnitud, siendo este efecto referente a sentencias proferidas con respecto a la inconstitucionalidad de preceptos legales.

Como consecuencia de la tan difundida utilización de la Constitución y de los derechos fundamentales contenidos en la misma, la interpretación del propio Texto constitucional así como de los derechos fundamentales ha adquirido un renovado interés para los estudiosos del derecho¹¹³.

Hay que hacer notar, como acertadamente apunta A.E. Pérez Luño, la escasa atención que ha merecido en la teoría jurídica el tema de la interpretación constitucional si lo comparamos, por ejemplo, con el interés que ha promovido la actividad interpretativa de otros sectores del ordenamiento jurídico, particularmente en el ámbito del Derecho privado, a pesar de la mayor importancia que reviste la interpretación constitucional. La razón puede encontrarse en dos factores: el primero, no son pocos los que ignoran el carácter jurídico de dicha actividad y destacan únicamente su significación política; el segundo, quienes por equipararla a la interpretación normativa del derecho privado terminan por disolver su peculiaridad¹¹⁴.

¹¹³ La interpretación de los derechos fundamentales puede hacerse desde dos perspectivas: en sentido negativo, de forma que el significado que se atribuya a una determinada disposición no puede transgredir el de un derecho fundamental; y en sentido positivo, de manera que el significado de una disposición debe ser aquel que más favorezca a los derechos.

Dirimir los conflictos entre derechos fundamentales resulta una tarea complicada, principalmente por dos razones: la primera, por su conexión con los valores, lo que conlleva que se trate de normas con un elevado grado de indeterminación que favorece la discrecionalidad interpretativa; la segunda, por el lugar que ocupan en la jerarquía normativa de sistema jurídico, que dificulta encontrar un marco normativo preciso que sirva de referencia al intérprete.

Vid. BELLOSO MARTÍN, N., “Temi di Teoria Giuridica: l’interpretazione della Costituzione e dei diritti fondamentali”, en *Annali del Seminario Giuridico*, Università di Stanai, Vol. VII (2005-2006), Giuffrè Editore, 2007, pp.17-85.

¹¹⁴ Cfr. PÉREZ LUÑO, A.E., *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 8ª ed., Madrid: Tecnos, 2003, p.250.

En cuanto norma jurídica la Constitución no puede sustraerse a las disposiciones generales que regulan la interpretación del ordenamiento jurídico. Sin embargo, tales disposiciones no Selene tener rango constitucional sino que aparecen incluidas en la parte general o título preliminar de leyes generales, como es el caso de España, donde se insertan en el Código Civil. Ello suscita un problema de jerarquía normativa, ya que parece contrario a este principio el admitir la existencia de normas de rango inferior a la Constitución que puedan influir en su interpretación y aplicación.

Los criterios de interpretación jurídica vienen establecidos en el Código Civil español y son concretamente cinco: (art.3.1 Cciv. Español): 1) *Criterio gramatical*: la interpretación debe hacerse atendiendo al sentido propio de las palabras. Relacionada con el criterio intencional, ya que presupone la voluntad del autor de la norma; 2) *Criterio contextual o sistemático*: las normas cobran sentido en relación con el texto legal que las contiene o con el ordenamiento. Otros criterios giran a su alrededor: estructural, coherencia, conformidad con la Constitución, interpretación favorable para la efectividad de los derechos fundamentales; 3) *Criterio histórico*: las normas deben interpretarse a tenor de los antecedentes históricos y legislativos; 4) *Criterio sociológico*: la interpretación se debe hacer atendiendo a las circunstancias sociales y económicas del momento. Importante para la adaptación del derecho a los cambios sociales; 5) *Criterio intencional y teleológico*: la interpretación debe atender al espíritu y finalidad de las normas.

Este problema de jerarquía de criterios de interpretación en España se resuelve sosteniendo el carácter constitucional también del Título Preliminar del Código Civil, considerándolo como una ley ambiental que establece los criterios para la interpretación y aplicación de todas las normas del ordenamiento jurídico, incluidas las constitucionales. P. Lucas Verdú, matizando esta argumentación de M. Herrero de Miñón, puntualiza que existe una conexión material entre los preceptos del Título Preliminar del Código Civil y la Constitución vigente, y que resulta más correcto hablar de que tales normas son materialmente constitucionales¹¹⁵. Es decir, son las normas interpretativas recogidas en el Título Preliminar del Código Civil las que, a su vez, deben ser interpretadas de conformidad con los principios

¹¹⁵ PÉREZ LUÑO, A.E., *op.cit.*, p.269.

de la Constitución. En definitiva, la interpretación y aplicación de la Constitución no pueden verse limitadas por reglas previas a su promulgación, de inferior rango normativo y que obedecen a coordinadas ideológicas distintas, e incluso antagónicas, a sus principios. Para resolver esta polémica hay que aplicar el postulado de la jerarquía normativa.

Junto a estos criterios generales de interpretación de las normas jurídicas en el ordenamiento español, existen criterios de interpretación que poseen relevancia específica en subsistemas. Concretamente, en el ámbito de la Constitución española, hay dos criterios: 1) *Criterio general*: artículo 10.2: en el ámbito de la interpretación exige tener como referente la Declaración Universal de 1948 y otros textos internacionales ratificados por España; y 2) *Criterio particular*: artículo 53.1 CE: “Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades”. Es decir, el “contenido esencial” de los derechos fundamentales constituye una pieza clave a la hora de interpretar estos derechos y libertades.

Hay otros criterios interpretativos que aparecen en el ámbito de la interpretación constitucional y que, de alguna manera, inciden también en la de los derechos. Es el caso del *principio de proporcionalidad* que exige que la decisión interpretativa de un enunciado exprese un significado necesario para alcanzar un fin constitucionalmente legítimo habiéndose ponderado las ventajas y sacrificios que esa decisión produce en el Ordenamiento.

En relación a los conflictos entre principios jurídicos¹¹⁶ hay que partir del cambio cualitativo que se viene produciendo desde finales de la segunda guerra mundial hasta la actualidad en este tema. El proceso ha corrido paralelo a las transformaciones en la concepción del Estado y su fuente jurídica de máxima autoridad o jerarquía, que ha pasado de ser la Ley como producto del poder legislativo, a la Constitución como texto supremo que contiene los criterios básicos de ordenación política y los derechos fundamentales que se encuentran en la cúspide del sistema jurídico. El carácter normativo, y no sólo declarativo o político, reconocido a los textos constitucionales en la actualidad, así como la vinculatoriedad y

¹¹⁶ Sobre esta cuestión vamos a seguir el trabajo de M. Ruiz Suárez, *Sistemas jurídicos y conflictos normativos*. Madrid, Universidad Carlos III, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de Las Casas”, 2002, pp.103-126.

consecuente eficacia de las decisiones de los intérpretes constitucionales, ha influido sobremanera en la forma de entender los principios jurídicos. La Constitución no sólo ha venido a ocupar el lugar más elevado en la escala de fuentes, sino que ha diseñado un modelo de producción normativa complejo, heterogéneo y conflictivo, que para hacerse compatible con el pluralismo político debe abrirse a diferentes e incluso contradictorios desarrollos y ejecuciones por los poderes del Estado y las diversas fuerzas sociales.

En los Códigos, la fórmula abstracta y difusa "principios generales del Derecho" era una cláusula residual que permitía "cerrar" el sistema en torno a una entidad distinta de la Ley y la Costumbre, con la finalidad de mantener un Derecho sin fisuras ni vacíos, y por tanto, como un último recurso al que acudir para mantener la ficción ideológica del legalismo. En este contexto, los principios han funcionado como normas implícitas, esto es, como si hubiese un presunto derecho latente en el seno del ordenamiento jurídico, incluso superiora él. Todo lo más, estas normas podían ser extraídas de otras normas explícitas a través de un procedimiento analógico. Puede afirmarse, sin lugar a dudas, que esta concepción tradicional ha cambiado a partir del desarrollo del constitucionalismo contemporáneo. Las constituciones de los estados democráticos contienen en gran medida principios jurídicos explícitos, motivo por el cual se les atribuye un "carácter principialista". Ello supone que la función de los principios en la actualidad -al menos de los constitucionales- resulta bien diferente de la que les era atribuida por el positivismo jurídico formalista, que los reducía a suplir, corregir o integrar las reglas jurídicas, y así contribuir al sostenimiento de la unidad, la plenitud y la coherencia del ordenamiento.

De ahí que el carácter fundamentador, también explicativo, interpretativo y supletorio que poseen los principios jurídicos haya cobrado una nueva dimensión hoy en día. La proliferación de un buen número de principios dentro de los textos constitucionales y el reconocimiento de su valor normativo ha venido a transformar el carácter y la función de los mismos. El cambio de perspectiva proviene de la consideración de los principios como normas expresamente formuladas, sobre todo por lo que respecta a los derechos fundamentales que contienen los textos constitucionales, puesto que gozan de la fuerza que posee su fuente de reconocimiento, y constituyen al mismo tiempo un límite sustantivo a la producción de normas jurídicas inferiores. En cuanto los derechos fundamentales aparecen

como principios del Estado social y democrático de Derecho, no cabe duda que el intento de armonizarlos, pues en ellos converge la tradición liberal, social y democrática, supone que sus límites no pueden ser determinados ni previa ni exhaustivamente, sino según las circunstancias concretas¹¹⁷.

El tema de los principios jurídicos presenta cierta complejidad de partida, puesto que la doctrina acuña una amplia gama de conceptos, significados y clases de principios, que podría ser ampliamente debatida. Son unos estándares que presentan dos características básicas: su estructura abierta y su discutible juridicidad. La noción de principio jurídico puede ser usada en diversos sentidos, entre los que se encuentran los siguientes: a) norma muy general, que regula un caso cuyas propiedades relevantes son muy generales; b) norma redactada en términos particularmente vagos; c) norma que expresa los valores superiores de un ordenamiento jurídico, de un sector del mismo o de una institución, etc.; d) norma programática o directriz, esto es, que estipula la obligación de perseguir determinados fines; e) norma dirigida a los órganos de aplicación del Derecho, que señala con carácter general cómo se debe seleccionar la norma aplicable, interpretarla, etc. y f) enunciado o máxima (*regula iuris*) de un considerable grado de generalidad, que permite la sistematización del ordenamiento o de un sector del mismo¹¹⁸.

¹¹⁷ Las consideraciones que hemos presentado acerca de los principios tienen, a su vez, una proyección y repercusión importante sobre una teoría de los valores jurídicos. Es más, algunos de los llamados "principios en sentido estricto" se caracterizan precisamente por contener valores "superiores" del ordenamiento jurídico. Estos últimos son las «opciones ético-sociales básicas que deben presidir el orden político, jurídico, económico y cultural», con una triple dimensión: fundamentadora, orientadora y crítica del ordenamiento jurídico. El artículo primero del texto constitucional español establece que "España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político". El estudio de los valores superiores excedería ahora los límites que nos hemos propuesto para este trabajo, por lo que no entramos en el análisis de la relación y distinción entre principios, normas, reglas y valores superiores (*Vid. Cfr. PECES-BARBA, G., Los valores superiores*, Tecnos, Madrid, 1984).

¹¹⁸ Cfr. RUIZ MANERO, J., "Principios jurídicos", en VV.AA., *El Derecho y la justicia* (E. Garzón, F.J. Laporta, eds.), Trotta, Madrid. *Vid. También, PRIETO, L., Sobre principios y normas. Problemas del*

Algunos de los estudios más recientes sobre principios jurídicos tienden a centrarse en el tema de la distinción estructural y funcional entre principios y reglas. Al respecto, pueden encontrarse tres tesis básicas sobre esta diferenciación: una primera que niega tal separación, debido a la pluralidad jurídica realmente existente; una segunda postura que sólo atribuye a dicha distinción una diferencia de grado, donde la generalidad y fundamentalidad serían los criterios decisivos; y en tercer lugar, otra posición que permite hablar de una diferencia cualitativa y no sólo gradual entre reglas y principios, es decir, que existe un criterio que permite distinguir "con toda precisión" entre reglas y principios"¹¹⁹. Al respecto, habría que advertir que no todos los principios pueden ser reducidos a una estructura o función unitaria; que no poseen unos caracteres comunes; y que muchos de ellos no pueden reducirse a operadores deónticos. De ahí la dificultad de su estudio conjunto. Además, como tendremos ocasión de comprobar, mediante la interpretación es posible transformar reglas en principios y principios en reglas, cuando las normas son aplicadas al caso concreto.

Para clarificar esta cuestión hay que destacar la propuesta de revisión crítica del positivismo jurídico (especialmente sobre la teoría de H.L.A. Hart) realizada por R. Dworkin, tanto respecto a la separación cualitativa y lógica entre principios y reglas, en el sentido de que las reglas son aplicables por completo o no lo son, mientras que los principios deben ser ponderados según su importancia relativa¹²⁰, así como en relación a la distinción entre principios y directrices, a la que se refiere en los siguientes términos: «Llamo "directriz" a la clase de norma que establece una meta que ha de alcanzarse, generalmente en orden al perfeccionamiento de algún aspecto económico, político o social de la colectividad (si bien

razonamiento jurídico, cit., pp. 24-25.

¹¹⁹ Cfr. ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. de E. Garzón, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 85-86.

¹²⁰ Dworkin sostiene que las reglas son aplicables a la manera de disyuntivas: "o todo, o nada" (*all-or-nothing*), mientras que los principios son razones para decidir, con una dimensión de peso o importancia. En este sentido, las reglas son aplicables o no son aplicables; los principios, en cambio, no ofrecen una respuesta categórica, sino que amplían o limitan las soluciones que se deducen de un conjunto normativo. Cfr. DWORKIN, R., *Los derechos en serio*. Trad. de M. Guastavino, Ariel, Barcelona, 1984, pp. 24-27.

algunos objetivos son negativos, pues estipulan que hay que proteger de alteraciones adversas ciertos aspectos actuales). Denomino "principio" a una norma que es menester observar, no porque haga posible o asegure una situación económica, política o social que se juzgue conveniente, sino por ser un imperativo de justicia, de honestidad o de alguna otra dimensión de la moral»¹²¹.

Sobre esta cuestión hay también que tomar en consideración la contribución de R. Alexy. Tanto las reglas como los principios son normas jurídicas, es decir, enunciados prescriptivos que se refieren a lo que "debe ser", y que como sugiere R. Alexy, pueden ser formulados mediante los operadores deónticos del mandato, de la prohibición, o de la permisión. Pero además, este mismo autor entiende los principios jurídicos como "mandatos de optimización"¹²².

Hay autores que han sostenido la distinción entre reglas y principios en función de la distinta forma de resolución de conflictos cuando entran en contradicción dos reglas o dos principios. Así, el propio R. Dworkin ha señalado que una contradicción entre principios ha de

¹²¹ Vid. DWORKIN, R.. "¿Es el Derecho un sistema de normas?", en VV.AA., *La Filosofía del Derecho* (R. Dworkin, comp.). Trad. de J. Sáinz de los Terreros, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1980, pp. 85-86.

¹²² «El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas. Los principios son, por consiguiente, mandatos de optimización que se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diversos grados y porque la medida ordenada de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas. El campo de las posibilidades jurídicas está determinado a través de principios y reglas que juegan en sentido contrario (..) En cambio, las reglas son normas que exigen un cumplimiento pleno y, en esa medida, pueden siempre ser sólo o cumplidas o incumplidas. Si una regla es válida, entonces es obligatorio hacer precisamente lo que ordena, ni más ni menos. Las reglas contienen por ello determinaciones en el campo de lo posible fáctica y jurídicamente. Lo importante por ello no es si la manera de actuar a la que se refiere la regla puede o no ser realizada en distintos grados. Hay por tanto distintos grados de cumplimiento. Si se exige la mayor medida posible de cumplimiento en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas, se trata de un principio. Si sólo se exige una determinada medida de cumplimiento, se trata de una regla»(Vid. ALEXY. R., "Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica",. Trad. de M. Atienza, *Doxa* núm. 5, Alicante, 1989, pp. 143-144.)

resolverse dando preferencia a uno de ellos, siendo ambos válidos, mientras que una antinomia entre reglas se soluciona aplicando sólo una de ambas, dado que la otra resulta inválida. Por su parte, R. Alexy distingue entre conflictos de reglas y colisiones de principios, según el modo de solucionar la situación de incompatibilidad normativa en uno u otro caso. En este sentido, un conflicto de reglas se resuelve o bien introduciendo en una de las reglas una cláusula de excepción que elimina el conflicto, o declarando inválida una de ellas. Sin embargo, las colisiones entre principios deben resolverse con la cesión de uno ante el otro; pero esto no significa que haya que introducir una cláusula de excepción, ni que el principio no aplicado deba ser declarado inválido, sino que bajo ciertas circunstancias, uno de los principios se aplica con preferencia al otro. De esta manera, el conflicto se resuelve mediante una "ley de colisión", que consiste en la ponderación entre los principios en contradicción, teniendo en cuenta las circunstancias del caso para establecer una "relación de preferencia condicionada". Se trata, por lo tanto, de la ponderación entre intereses opuestos en un caso determinado y bajo ciertas condiciones de aplicación, en las cuales un principio precede al otro; pero ante otras condiciones diferentes, la preferencia puede darse de forma inversa, en función de peso que tenga cada uno de los principios.

Esto tiene como consecuencia que las reglas y los principios sean razones para decidir de tipo diferente: los principios son siempre razones *prima facie*; en cambio las reglas, a menos que se haya establecido una excepción, son razones definitivas; esto es, en las reglas se excluye que al producirse un hecho condicionante, no tenga lugar la consecuencia jurídica prevista¹²³; por el contrario, los principios son siempre "condicionales derrotables", que admiten excepciones implícitas derivables de otros

¹²³ «Los principios ordenan que algo debe ser realizado en la mayor medida posible, teniendo en cuenta las posibilidades jurídicas y fácticas. Por lo tanto, no contienen mandatos definitivos sino sólo *prima facie*. Del hecho de que un principio valga para un caso no se infiere que lo que el principio exige para este caso valga como resultado definitivo. Los principios presentan razones que pueden ser desplazadas por otras razones opuestas. El principio no determina cómo ha de resolverse la relación entre una razón y su opuesta. Por ello, los principios carecen de contenido de determinación con respecto a los principios contrapuestos y las posibilidades fácticas (...) Totalmente distinto es el caso de las reglas. Como las reglas exigen que se haga exactamente lo que en ellas se ordena, contienen una determinación en el ámbito de las posibilidades jurídicas y fácticas...» (Vid. ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., pág. 99).

principios, excepciones que no pueden ser exhaustivas, y así no se excluye que incluso en presencia del hecho condicionante, la consecuencia jurídica prevista no tenga lugar, si tal consecuencia resulta ser "superada" por otro principio con el que ha entrado en colisión¹²⁴.

En opinión de Alexy, lo que hace que una norma sea una regla o un principio depende del diferente modo de solucionar una contradicción normativa: si una norma cede siempre ante otra, se trata de un conflicto entre reglas, mientras que si tal cesión se produce según las circunstancias o condiciones del caso, se produce una colisión entre principios. Pero la cuestión resulta algo más compleja, puesto que algunas normas de carácter principal pueden funcionar como reglas, y algunas reglas pueden actuar como principios, según las circunstancias. Así, por ejemplo, sucede que un derecho fundamental opera como regla cuando no entra en contradicción con otro derecho fundamental, pero en el supuesto en que sí lo haga, actúa como principio frente al otro derecho fundamental. Además, este mismo autor sostiene que a partir de toda ponderación iusfundamental correcta, puede formularse una norma de derecho fundamental adscripta con el carácter de regla, bajo la cual puede ser subsumido un caso, es decir, que la determinación de una relación de preferencia termina, de acuerdo con la ley de colisión que rige entre principios contradictorios, en el establecimiento de una regla. A su vez, un principio se transformaría en regla cuando su hipotética colisión hubiera de solucionarse con la pérdida de validez de uno de los principios en contradicción, o si paradójicamente fuese reconocido como absoluto, es decir, que siempre se aplicara frente a otro principio¹²⁵.

Que la aplicación de principios en conflicto se resuelva mediante la ponderación, es decir, mediante la asignación de pesos distintos a los principios para averiguar cuál tiene más fuerza, no se realiza mecánicamente. Por ejemplo, el principio que establece la libertad de información pueda entrar en conflicto con el principio que protege el derecho al honor, pero no es evidente que podamos establecer una relación de ordenación entre

¹²⁴ Cfr. GUASTINI, R., *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del Derecho*. Trad. de J. Ferrer, Barcelona, Gedisa, 1999., pp. 150-151.

¹²⁵ Cfr. ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., pp. 98 y 103

estos principios de forma análoga a la relación de ordenación relativa al peso entre unos objetos materiales. Sin embargo, tampoco se trata de que carezcamos en absoluto de criterios para establecer la jerarquía, dadas determinadas circunstancias. Publicar una noticia falsa, sin ninguna comprobación de su veracidad, relativa a la vida privada de una persona y lesiva par su honor (vg. Que un sacerdote participa en una red de pornografía infantil a través de internet) es un supuesto en el que la libertad de información cede ante el derecho al honor. Publicar la noticia verdadera de que, por ejemplo, un ministro del gobierno ha cobrado diez millones de euros de cierta empresa a cambio de la concesión de conversión de unos terrenos rústicos en urbanizables es un supuesto en el que la libertad de información desplaza al derecho al honor¹²⁶.

¹²⁶ No podemos ocuparnos de forma más detallada de los conflictos entre derechos fundamentales. Pero sí queremos dejar constancia de que algunos parámetros interpretativos son imprescindibles para resolver los posibles conflictos que puedan presentarse en relación al ejercicio de los derechos fundamentales. El reconocimiento de la inviolabilidad de la dignidad humana, la vinculación de los poderes públicos a los derechos fundamentales y su inmediata aplicabilidad, así como la garantía del contenido esencial, indica la necesidad de superar la teoría liberal de los derechos fundamentales, que únicamente veía en éstos un instrumento defensivo ante los posibles excesos del poder estatal. La propia dimensión institucional de los derechos fundamentales se encuentra asumida por el Tribunal Constitucional, al referirse a ellos como “el fundamento mismo del orden político-jurídico del Estado en su conjunto” (SSTC 25/1981, FJ5; 53/1985, FJ 3º; y otras. También hay que tener presente el artículo 9.2 CE que contiene, entre otras cosas, un mandato al legislador para realizar una “política de derechos fundamentales”).

Para mayor información, *vid.* DOMINGO, T. (de), *¿Conflictos entre derechos fundamentales? Un análisis desde las relaciones entre los derechos a la libre expresión e información y los derechos al honor y la intimidad*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2001.

T. Domingo presenta unas directrices para la interpretación de los “conflictos” aparentes entre derechos fundamentales: En primer lugar, hay que proceder a delimitar el contenido de cada uno de los derechos en cuestión, es decir, atendiendo al sentido de los preceptos constitucionales –interpretación literal y sistemática- y, especialmente, pensando el derecho desde la finalidad a la que sirve, es decir, comprendiendo las exigencias que se derivan del bien jurídico protegido según una interpretación teleológica del mismo. Por ejemplo, delimitar el contenido de los derechos a la libre información y al honor, para comprobar si una conducta constituye un ejercicio legítimo del derecho a la libre información y que no lesiona al honor, la clave está en determinar si la información es veraz. En segundo lugar, una vez delimitado el contenido de los derechos debe pararse a examinar si éstos se han ejercido legítimamente. En este caso, el derecho a la libre información se ejerce legítimamente no se produce lesión alguna al derecho a la intimidad. En tercer lugar, hay que subrayar que si el análisis demuestra que uno de los derechos se ejerció legítimamente, no por ello el juez debe dar por concluida la

Las posibles situaciones que, a juicio de L. Prieto, podrían tener lugar en esta relación dinámica y fluctuante entre reglas y principios, serían las siguientes: 1^o) normas que habitualmente llamamos principios, pero que pueden funcionar como reglas; 2^o) normas que los juristas suelen llamar reglas, pero que pueden funcionar como principios. A estos dos supuestos cabría añadir otras dos situaciones más bien paradójicas: 3^o) un principio se convertiría en regla si fuese reconocido como absoluto; y 4^o) un principio dejaría de funcionar como tal si se prevé con carácter general y estricto su orden de aplicación en caso de conflicto con otra norma ¹²⁷. Resulta difícil, no sólo paradójico, que en nuestro ordenamiento jurídico, puedan darse estas dos últimas situaciones.

La diferencia entre principios y reglas cobra una mayor importancia en el marco interpretativo y aplicativo, que sugiere una forma de razonar superadora del mecanismo estricto de la subsunción, ya que cualquier norma fundamental podría operar como principio cuando su colisión con otra norma se resolviera de una determinada manera, lo que no oculta ni esconde los riesgos de una cierta discrecionalidad judicial. No cabe duda que, en este sentido, los principios son tendencialmente contradictorios y cuando se plantea una colisión entre principios, existe un amplio margen de interpretación por parte del juez'. Un buen ejemplo se encuentra en la frecuente colisión entre el derecho al honor y la libertad de expresión, sobre la que existe una abundante jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, quien establece como regla general la inexistencia de una relación de preferencia entre el ámbito de la libertad

solución del “conflicto”, sino que debe mostrar que el otro derecho, o bien no resultó lesionado, o bien no se ejerció ilegítimamente. Por ejemplo, un ejercicio legítimo del derecho a la libre información implica la inexistencia de lesión alguna del derecho al honor o a la intimidad. Del mismo modo, si se aprecia una lesión del derecho al honor en un caso de conflicto con el derecho a la libre información, es claro que éste derecho no se puede haber ejercido legítimamente. La tercera directriz viene a destacar la necesidad de que el juez encargado de dirimir el “conflicto”, y particularmente el Tribunal Constitucional, adopte las medidas necesarias para lograr la vigencia efectiva de ambos derechos (*op.cit.*, pp.359-361).

Vid. también, SERNA, P., “Derechos fundamentales: el mito de los conflictos. Reflexiones teóricas a partir de un supuesto jurisprudencial sobre intimidad e información”. En: *Humana Iura*, Pamplona, Eunsa, nº4, 1994, p.231 ss.

¹²⁷ Cfr. PRIETO, L., *Ler, principios, derechos*, Madrid, Dykinson, 1998, p. 59.

de expresión y el tipo penal protector del honor ajeno; al contrario, la conducta puede ser al mismo tiempo ambas cosas. Tales derechos no tienen un carácter absoluto. El Tribunal impone, en estos supuestos, la necesaria ponderación de ambos principios con el único límite que la decisión final no sea claramente irrazonada¹²⁸.

No existe inconveniente en aceptar que un principio entre en contradicción con una regla, desde el momento en que pueden existir principios que son excepciones a reglas, y así hacer funcionar a estas últimas como mandatos de optimización¹²⁹. Además, y en un sentido inverso, cabe señalar que hay enunciados principiales que no operan como mandatos de optimización.

No parece que pueda negársele cierto carácter discrecional a los principios, en razón de que una misma disposición normativa en determinados casos pueda ser interpretada como regla o como principio¹³⁰. En cualquier caso, en los principios siempre existe algún

¹²⁸ Ver (STC 171/1990).» Vid. SSTC 170/1994 (F.J. 1º), 76/1995 (F.J. 5º), 176/1995 (F.J. 4º), entre otras.

Vid. PRIETO, L., "Diez argumentos sobre los principios", en *Jueces Para la Democracia*, núm. 26, julio de 1996, pp. 46-47, recogido en *Ley, principios, derechos*, cit., pp. 47 y ss.

¹²⁹ L. Prieto pone un ejemplo suficientemente significativo: «si aceptamos que la norma "Se prohíbe conducir a más de 100 kilómetros por hora" encuentra una excepción en el principio de estado de necesidad, resultará que en algunos casos sobrepasar esta velocidad no deberá ser sancionado, pero sin que ello suponga tampoco que cualquier velocidad haya de ser limitada, con lo cual aquí la norma operará como un principio: la velocidad óptima será la mayor que permita la seguridad del tráfico compatible con la menor que requiera la situación de necesidad.» Para este autor, por lo tanto, la idea del mandato de optimización es una técnica argumentativa que puede ser aplicada a cualquier norma, ya sea regla o principio, cuando entra en contradicción con otra norma (Cfr. PRIETO, L., *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, cit., p. 48).

¹³⁰ En relación al ejemplo anterior del art. 14 de la Constitución española, el principio de igualdad está recogido de forma similar en la Constitución italiana, ya que dice: "Todos los ciudadanos (...) son iguales ante la ley, sin distinción de sexo, raza, lengua, religión, opiniones políticas, condiciones personales y sociales". Para R. Guastini, este artículo admite dos interpretaciones: como regla y como principio. Como regla, se plasmaría de la forma siguiente: «si una ley distingue entre ciudadanos según el sexo, la raza, etc. (supuesto de hecho), entonces es constitucionalmente ilegítima (consecuencia jurídica); tal regla no admitía excepciones, y tendría un supuesto de hecho cerrado. Como principio, en cambio, la disposición anuncia de forma genérica el principio de

elemento estructural que permanece abierto hasta que es "cerrado" por el intérprete al aplicar la norma al caso concreto. Los principios en sentido estricto presentan un grado de determinación semejante al de las reglas cuando son aplicados. Por este motivo, desde el punto de vista de la actividad interpretativa, los procedimientos argumentativos para eliminar la vaguedad o "zona de penumbra" -en terminología hartiana- de una regla cerrada no son sustancialmente diferentes de los que se requieren para "cerrar" un principio abierto. Por contra, con respecto a las directrices o normas programáticas, en las que sí caben modalidades graduables de cumplimiento, puesto que configuran de forma abierta tanto su supuesto de hecho como la conducta calificada deónticamente, una posible colisión con otros enunciados normativos sólo se produciría al nivel de una contradicción axiológica o valorativa, por la propia indeterminación de la consecuencia jurídica, en la que incluso habría que considerar la concurrencia de otros fines y medios disponibles para la realización de los objetivos marcados en la directriz, lo que remitiría también a un problema de técnica legislativa o de delimitación de fines prioritarios por parte del legislador, y no sólo a la decisión judicial que pretendiera solucionar el conflicto. Hay que tener en cuenta al respecto que los principios en sentido estricto son normas abiertas que expresan derechos, y en caso de pretensiones en conflicto dependen en última instancia de una decisión judicial. En cambio, las directrices contienen intereses que no informan directamente de la acción o comportamiento debido, no imponen una obligación genuina, sino que forman parte de un programa político amplio, que requiere de un desarrollo legislativo y reglamentario, sin renunciar por ello al control judicial posterior

131

La distinción entre reglas y principios se exterioriza cuando la norma en cuestión se aplica al caso concreto, y se entiende que de la aplicación de uno de los principios no se deduzca la invalidez del otro, que puede ser prevalente bajo otras circunstancias que han de

igualdad de esta guisa: idos casos iguales deben ser tratados de un modo igual, y los casos diferentes deben ser tratados de un modo diferente»; el principio admitiría excepciones, y tendría el supuesto de hecho abierto. La opción entre ambas interpretaciones forma parte del poder discrecional del órgano decisor (Cfr. GUASTINI, R., "Principios de derecho y discrecionalidad judicial", cit., pág. 40).

¹³¹ Cfr. PRIETO, L., *Ley, principios, derechos*, cit., pág. 53; BAYON, J.C., *La normatividad del Derecho. Deber jurídico y razones para la acción*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 360 (citado por el anterior).

ser integradas en el antecedente. Es entonces cuando se comprueba que una regla se aplica directamente; el principio, en cambio, requiere un paso previo a regla. La regla responde a un mecanismo silogístico directo; el principio incorpora una necesaria ponderación para construir a partir de la misma una regla que pueda ser aplicada, con todas las operaciones intermedias que se requieran. Esto demuestra, a su vez, que en fase interpretativa y aplicativa no resulta incompatible en última instancia la ponderación entre principios con la regla de la subsunción, puesto que en tal caso ponderación y subsunción tienen una estrecha relación. Por este motivo, en el ámbito aplicativo, la distinción entre reglas y principios se diluye, esto es, relativiza las teorías que mantienen una distinción tanto cualitativa como cuantitativa sobre la separación entre principios y reglas, ya que realmente se produce una situación en la que puede hablarse de "principios que son como reglas" y de "reglas que son como principios"¹³².

La necesidad de interpretar el actual sistema constitucional de los derechos fundamentales hace aparecer en escena un grado más de complejidad de la ya ardua tarea de la interpretación constitucional. Los derechos fundamentales, expresados muchas veces en forma de valores, principios, normas o reglas, exigen una delicada labor de interpretación. Los formalistas han llegado en ocasiones a cuestionar e incluso, a negar, la normatividad jurídica positiva de los derechos fundamentales a los que han considerado como meros postulados programáticos dirigidos al legislador¹³³.

¹³² Así, por ejemplo, Aarnio se refiere a que esta gradación entre principios y reglas supone que ambos tipos de enunciados jurídicos «se parecen, sin ser completamente idénticos» (Cfr. AARNIO, A., "Las reglas en serio", en VV.AA., *La normatividad del Derecho* (A. Aarnio, E. Garzón, J. Uusitalo, eds.), Gedisa, Barcelona, 1997, p. 18).

¹³³ Recordemos la insuficiencia de la teoría positivista en orden a la interpretación constitucional. Como sabemos, el positivismo jurídico concibe la interpretación a partir de un criterio formal de validez, denominado por H. Kelsen dinámico, que se basa no en el contenido de las normas, sino en que estas hayan sido producidas según los procedimientos previstos en normas superiores y, en última instancia, según la norma fundamental. Este criterio se contraponen al concepto de validez iusnaturalista, considerado estático por Kelsen, que basa la validez de sus normas en su conformidad con el contenido de las normas de superior jerarquía y, en última instancia, en el contenido de la ley natural. Resulta manifiesta la incapacidad de la teoría positivista para servir de

La ponderación constituye efectivamente un método para la resolución de cierto tipo de antinomias o contradicciones normativas. A todas aquellas que puedan resolverse mediante alguno de los criterios tradicionales jerárquico, cronológico o de especialidad no se les aplicará la ponderación¹³⁴. Es evidente que los dos primeros criterios no son aplicables a los conflictos constitucionales, pues se producen en el seno de un mismo documento normativo. No es el caso del tercero: por ejemplo, en la sucesión a la Corona de España se preferirá “el varón a la mujer” (art.57.1 CE) y ésta es una norma especial frente al mandato de igualdad ante la ley del artículo 14, que además prohíbe expresamente discriminación alguna por razón de sexo. Sin embargo, el criterio de especialidad resulta insuficiente para resolver las antinomias de principios. Moreso ha indicado que ello sucede cuando estamos en presencia de derechos (y deberes correlativos) incondicionales y derrotables, es decir, de deberes

fundamento al postulado de la interpretación conforme a la Constitución, que expresa exigencias no sólo formales o procedimentales, sino también materiales o de contenido.

Es la teoría positivista la que se halla en la base de los métodos formalistas de interpretación de la Constitución, lo que provoca un enfoque estático del sistema normativo constitucional ligado además a la defensa del statu quo económico-social. Mientras que los métodos de interpretación material y evolutiva de la Constitución, obedecen a una inspiración iusnaturalista, contribuyendo a una consideración abierta y dinámica de la norma constitucional, orientando su hermenéutica a unos objetivos emancipadores de valores y principios en un Estado democrático y plural (Vid. MORTATI, C., *La Costituzione in senso materiale*, Milano: Giuffrè, 1940).

¹³⁴ El sistema de normas que tenemos, a pesar de su jerarquía, no es perfecto. No resulta posible prever todas las posibles situaciones que puedan presentarse en las complejas relaciones sociales, y el legislador no puede prever esa complejidad de la vida social, por lo que aparecen entonces los conflictos de normas, conocidos como antinomias.

Es el propio sistema el que procura dotarse de criterios para resolver estos conflictos. Para el caso de conflictos de reglas o de normas-disposición, esos criterios de resolución son el cronológico, prevaleciendo la norma posterior a la anterior; el de especialidad, que hace referencia a la especialización de una norma que trata de una determinada materia frente a otra norma de aplicación general, teniendo supremacía aquella sobre ésta; y el criterio de jerarquía, dando primacía a una norma de fuerza mayor en la pirámide jerárquica y suplantando a la norma inferior.

categoricos o cuya observancia no está sometida a ninguna condición, pero que son *prima facie* o pueden ser derrotados en algunos casos¹³⁵.

Es decir, hay supuestos que se caracterizan por la existencia de un conflicto constitucional que no es posible resolver mediante el criterio de la especialidad. Entre el artículo 9.2 y el 14 del texto constitucional español no hay una relación de jerarquía o cronológica, ni tampoco de especialidad. Hay que hacer posible la igualdad de todos ante la ley, sin posibilidad de discriminación (art.14) junto con el deber de los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad sean efectiva así como de remover los obstáculos que puedan impedirlo (art.9.2). El juez, ante el caso concreto, puede encontrar razones de sentido contradictorio; y no puede resolver el conflicto declarando la invalidez de alguna de esas razones, que son razones constitucionales, ni tampoco afirmando que alguna de ellas ha de ceder siempre en presencia de su opuesta pues esto implicaría establecer una jerarquía que no está en la Constitución. Como ha sostenido el propio Tribunal Constitucional, “no se trata de establecer jerarquías de derechos ni primacías a priori, sino de conjugar, desde la situación jurídica creada, ambos derechos o libertades, ponderando, pesando cada uno de ellos, en su eficacia recíproca” (STC 320/1994).

La ponderación entre principios es una "operación intelectual" que lleva a cabo el juez, y que presenta tres características: a) una peculiar interpretación de los principios en juego: sólo cabe en los supuestos de inconsistencia parcial-parcial, según la clasificación de A. Ross, ya que si la antinomia fuese del tipo total-total sería irresoluble, y si fuera del tipo total-parcial bastaría con aplicar el criterio de especialidad; b) el establecimiento de una "jerarquía axiológica" entre los principios en contradicción, esto es, una relación valorativa establecida por el intérprete mediante un juicio de valor; y c) la evaluación del posible impacto del principio que quiere hacerse prevalecer, en su aplicación al caso concreto. En

¹³⁵ Cfr. MORESO; J.J., “Conflictos entre principios constitucionales”. En: *Neoconstitucionalismo(s), cit.*, pp.99-122. Vid. También, COMANDUCCI, P. “Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. En: *Neoconstitucionalismo(s), cit.*, pp.75-98).

función de estas tres notas, parece que entre dos principios en conflicto se produce una relación jerárquica cambiante según las circunstancias: en un caso se atribuye mayor peso a un principio, y en otro caso distinto, mayor peso a otro principio. La ponderación es una operación que conlleva, por tanto, el establecimiento de una "jerarquía axiológica móvil" que depende, en última instancia y para cada supuesto en concreto, del juicio de valor del intérprete¹³⁶.

Por ello, la ponderación conduce a una exigencia de proporcionalidad que implica establecer un orden de preferencia relativo al caso concreto. Lo característico de la ponderación –como subraya Prieto Sanchís– “es que con ella no se logra una respuesta válida para todo supuesto, no se obtiene, por ejemplo, una conclusión que ordene otorgar preferencia siempre al deber de mantener las promesas sobre el deber de ayudar al prójimo, o a la seguridad pública sobre la libertad individual, sino que se logra una preferencia relativa al caso concreto que no excluye una solución diferente en otro caso”¹³⁷.

Antes de ponderar es necesario de alguna forma subsumir, mostrar que el caso individual que examinamos forma parte del universo de casos en el que resultan relevantes dos principios en pugna; sin embargo, después de ponderar entendemos que parece de nuevo la exigencia de subsunción. La ponderación se dirige a formular una regla o una norma en la que, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, se elimina o posterga uno de los principios para ceder el paso a otro que, superada la antinomia, opera como una regla y, por consiguiente, como la premisa normativa de una subsunción. De ahí también que la ponderación sea una tarea esencialmente judicial.

¹³⁶ Cfr. GUASTINI, R., *Distinguendo. Studi di teoria e metateoria del diritto*, cit., pp. 142 y ss; o versión en castellano, cit., pp. 167-171; así como "Derecho dúctil, Derecho incierto", en *Anuario de Filosofía del Derecho*, Tomo XIII, 1996, pp. 121-122; del mismo autor: "Principios de derecho y discrecionalidad judicial", cit., pp. 42-45.

¹³⁷ PRIETO SANCHÍS, L., "Neoconstitucionalismo y ponderación judicial", cit., p.143.

La resolución de tales conflictos debe de estar sujeta al requisito de "proporcionalidad", que Alexy entiende de tres maneras distintas pero complementarias: como necesidad, adecuación y proporcionalidad en sentido estricto. La adecuación supone que el medio debe ser apto para alcanzar un fin propuesto, así como que ese medio no impida ni dificulte la realización de otro fin que contemple un principio diferente. Por necesidad cabe entender que el medio empleado no se puede considerar apto si existe otro medio alternativo igualmente idóneo para la consecución del fin, y menos gravoso para el fin exigido por otro principio. Y en último lugar, la proporcionalidad en sentido estricto significa que en la aplicación de un principio hay que tener en cuenta las exigencias de los principios contrapuestos en función de las circunstancias del caso¹³⁸.

Ana Aba Catoira, cuando se ocupa del conflicto entre distintos derechos fundamentales y su solución, sostiene que: *“Por tanto, la primera afirmación será que la reflexión entre los bienes e intereses constitucionales que colisionan nunca se realizará en abstracto, indicando una preferencia general y absoluta de un derecho sobre otro, sino que dependerá del análisis del caso concreto en el que se buscará la concordancia practica.(...)”*¹³⁹ Así, no existe una jerarquía entre los diversos derechos fundamentales reconocidos en el texto constitucional español, debiendo el Tribunal Constitucional, cuando se encuentre ante una situación de enfrentamiento entre estos, hacer uso de una interpretación sistemática constitucional y filosófica, para encontrar la respectiva solución. Al Tribunal Constitucional le corresponde buscar la proporcionalidad entre la medida limitadora y el respeto al derecho fundamental limitado, evitando cualquier interpretación abusiva.

¹³⁸ Cfr. ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., pp. 100 y ss.; ESTEVEZ ARAUJO, J.A., *La Constitución conzo proceso y la desobediencia civil*. Madrid, Troota, 1994, p. 116. Respecto a la jurisprudencia constitucional española, puede verse la STC 66/1995, entre otras.

¹³⁹ABA CATOIRA, Ana, *op. cit.*, p. 171.

En el sistema jurídico brasileño, si lo comparamos con lo que sucede en el español, tampoco existe una jerarquía absoluta entre los distintos derechos fundamentales, debiendo analizarse en el caso concreto qué derecho debe ser aplicado con mayor o menor intensidad, buscando una verdadera armonía entre los derechos. En la misma línea de lo que sucede en el Estado español, acaece en Brasil con eventuales conflictos entre los diversos derechos fundamentales que deben ser analizados caso por caso, sin que exista un criterio fijo en cuanto a la superioridad de cualquier derecho sobre los demás, al menos de forma absoluta, por el poder judicial. En el mismo sentido, las decisiones referentes a la superioridad, preferencia, o mayor grado de aplicación de un determinado derecho fundamental en un caso específico, no poseen efecto *erga omnes*, por lo que no trascienden sus efectos. De esta forma, queda manifiesto que el sistema jurídico brasileño se asemeja al español, donde los Tribunales superiores establecen, en casos concretos, límites de los derechos fundamentales.

Sin profundizar de forma excesiva en este epígrafe, alcanzamos el objetivo, como el de demostrar que tanto en España, como en Brasil, - incluso para un caso concreto y sin efectos universales -, los Tribunales Superiores acaban convirtiéndose en una fuente de límites de los derechos fundamentales. Tal situación posee una importante relación con el presente estudio, puesto que demuestra no solamente que son esenciales los límites de los derechos fundamentales, sino también la posibilidad de que provengan de distintas fuentes, así como la posibilidad de un análisis hermenéutico-axiológico en casos concretos por parte del poder judicial. Entendemos que, en más de una ocasión, resulta manifiesta la apertura de las Cartas Políticas parámetro, dado que en ambas se da la posibilidad de que en una determinada situación específica, se realice una reflexión sobre el conflicto de los derechos fundamentales,

además de viabilizar un análisis que no quede adscrito, al mero aspecto formal de los derechos fundamentales.

CAPÍTULO III

BIOÉTICA Y BIOTECNOLOGÍA

1. Bioética: delimitación básica, aspectos conceptuales y terminológicos

El término Bioética en cuestión fue creado y puesto en circulación, en el año de 1971, en el título del libro del médico oncólogo americano Van R. Potter, *Bioethics, bridge to the future*, obra en la que hacía mención a una nueva disciplina orientada a una mejor calidad de vida del ser humano.¹⁴⁰ Para este autor, era necesario el establecimiento de un puente entre las ciencias biológicas y los valores morales, *en el sentido de construir una nueva ética basada en el propósito de la supervivencia humana y en un ambiente saludable.*¹⁴¹ Es decir, el citado autor confería a la Bioética una connotación de “ciencia de la supervivencia”, con un cuño eminentemente ecológico.¹⁴² En un momento posterior, fue empleado un sentido distinto

¹⁴⁰TORQUATO DE OLIVEIRA NAVES, Bruno, “Introdução ao biodireito: da zetética à dogmática”, *en: Biodireito*, FREIRE DE SÁ, Maria de Fátima, (Coord), Belo Horizonte, Del Rey, 2002, p. 130-131; BARBOZA, Heloisa Helena, *Princípios da bioética e do biodireito*, Rio de Janeiro, Revista Bioética 2000 – v.8 – nº 2, 2000, p. 209-212.

¹⁴¹CARONE SLAIBI CONTI, Matilde, *Biodireito: a norma da vida*, Rio de Janeiro, Forense, 2004, p. 5; A. A. Catoira, *en: La limitación de los derechos en la jurisprudencia del tribunal constitucional español*, p. 171.

¹⁴²SERRÃO, Daniel, *Acção Médica*, Lisboa, Associação dos Médicos Católicos Portugueses, nº 1, 2001, p. 5-15: “La ética y los valores en la salud: el desarrollo humano y la prestación de cuidado.”; la Bioética, según la visión inicial de Potter, sería una nueva disciplina del conocimiento humano, en el cual el *BIOS* haría referencia a los datos de biología, y otros datos científicos que definen la vida como naturaleza, mientras el *ethos* se referiría a los saberes específicos sobre las peculiaridades de las diferentes formas de vida construidas con y sobre la naturaleza – vida en sentido *ambiental*, englobando la vida de los vegetales, animales y seres humanos. MIGNON DE ALMEIDA, Aline, *Bioética e Biodireito*, Rio de Janeiro, Lúmen Júris, 2000, p. 1: “Bioética no es un término reciente; fue empleado, por primera vez, en 1971, por el médico oncólogo Van Rensseler Potter. Este autor, entendió la Bioética como el estudio del equilibrio entre la Tecnociencia biomédica y la preservación del hombre, eso es, el estudio del respeto a la persona humana en una perspectiva ecológica”.

por André Hellegers, quien la concibió como la “ética de las ciencias de la vida”¹⁴³. La *Encyclopedia of bioethics* en su segunda edición, en el año 1995, definió la Bioética como el “estudio sistemático de las dimensiones morales de las ciencias de la vida y del cuidado de la salud, utilizando una variedad de metodologías éticas en un contexto multidisciplinar”.¹⁴⁴

La Bioética, desde sus primordios, se enfrentó con dilemas éticos derivados del desarrollo de la medicina, pasando por cuestiones como la investigación en seres humanos, el uso humano de la tecnología y la muerte, entre otras. A lo largo del tiempo, las cuestiones fueron aumentando y se transformaron en problemas relacionados con las diversas áreas del saber, en función de la inclusión de un gran número de debates sociales en los estudios de Bioética. Las cuestiones sociales que aludimos han sido incluidas en la temática de la Bioética y hacen referencia a la salud pública, salud de la mujer, cuestión poblacional y ecología, entre otras.¹⁴⁵ La Bioética *además de ser un puente para el futuro de la humanidad, necesita ser*

¹⁴³BLÁZQUEZ, Niceto, *en: Bioética: la nueva ciência de la vida*, Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 2000, p. 5-6; DINIZ, Maria Helena, *O estado atual do biodireito*, 3. ed., aum. e atual. conforme o novo Código Civil (Lei n. 10.406/2002) e a Lei n. 11.105/2005, São Paulo, Saraiva, 2006, p. 11.

¹⁴⁴DINIZ, Maria Helena, *op. cit.*, p. 11, *apud* Encyclopedia of bioethics, New York, Macmillan Ed. Reich, 1995, v. 1. p. XXI.

¹⁴⁵OLIVEIRA LEITE, Eduardo de, “O direito, a ciência, e as leis bioéticas”, *en: Biodireito: ciência da vida, os novos desafios*, org. Maria Celeste Cordeiro Leite Santos Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 99-100: “Cuando hablamos de inseminación artificial, fecundación *in vitro*, madres de alquiler, ingeniería genética y lucha contra las malformaciones congénitas, cuando nos referimos a la retirada y a los cambio de órganos, clonación, experiencias sobre personas, control del dolor, prolongamiento de la vida, eutanasia y medidas paliativas, cuando nos referimos a estas realidades, nos estamos refiriendo a la bioética”; CARONE SLAIBI CONTI, Matilde, *op. cit.*, p. 5-6: “La Bioética, en su inicio, se encontró con los dilemas éticos creados por el desarrollo de la Medicina. Investigación sobre seres humanos, el uso de la tecnología, preguntas sobre la muerte y el morir son algunas áreas sensibles en los años 90. Las cuestiones originarias de la Bioética se expandieron para los problemas relacionados con los valores en las diversa profesiones de la salud mental. Gran número de temas sociales fueron introducidos en el contexto de la temática de la Bioética, tales como la salud pública, la

*repensada en ese nuevo milenio como un puente multicultural entre los diferentes pueblos, en el cual podamos recuperar nuestra tradición humanista, como también el sentido y el respeto por la vida y su trascendencia, disfrutando la forma digna y solidaria.*¹⁴⁶

En una visión simplista, podemos afirmar que la Bioética significaría “ética de la vida”, a pesar de preferir, en un primer momento, afirmar que la Bioética puede ser vista como una parte de la Ética¹⁴⁷ – rama de la filosofía -, que se refiere a cuestiones pertinentes a la vida y, por tanto, a la salud de los organismos vivos. Conviene subrayar que siendo la Bioética como objeto central el estudio de la *vida*, el término de ésta, corroborado por la *muerte*, también debe ser detenidamente observado y estudiado.¹⁴⁸ A diferencia de la opinión de un gran número de estudiosos en esta área, que se posicionan en el sentido de que la Bioética se dirige al estudio de la vida de los seres humanos, nos posicionamos en el sentido de que esta ciencia sea más amplia, alcanzando la totalidad de los organismos vivos – concretamente por su estrecho vínculo con la vida del ser humano, mientras forman parte de su hábitat.

Al percibir que las cuestiones bioéticas rebasan el mero debate biológico, dado que íntima y necesariamente están relacionadas con la ética, situación

distribución de los recursos en salud, la salud de la mujer, la cuestión poblacional y la ecología, por recordar algunos...

¹⁴⁶CARONE SLAIBI CONTI, Matilde, *op. cit.*, p. 6.

¹⁴⁷CARONE SLAIBI CONTI, Matilde, *op. cit.*, p. 3: “Ética es el estudio del comportamiento del hombre en la sociedad. Es el combustible que abastece la supervivencia humana en el planeta, con el sentido de dignidad y de responsabilidad de unos para los otros.”

¹⁴⁸ AMARAL, Francisco, O poder das ciências biomédicas: os direitos humanos como limite. *A moralidade dos atos científicos*. Rio de Janeiro: Ministério da Saúde/Fiocruz – fundação Oswaldo Cruz, 1999, p. 36.

reconocida tanto por científicos como por filósofos, somos conscientes de que no se puede realizar un estudio disciplinar separado. En efecto, entendemos que la Bioética en sí, configura una ciencia propia, caracterizada por la multidisciplinariedad, es decir, por la posibilidad de diálogo entre las distintas áreas del conocimiento.¹⁴⁹ Precisamente cuando esta posibilidad de diálogo entre las distintas áreas de conocimiento, permite su interacción, hace viable una intersubjetividad, capaz de ocasionar una aproximación contemporánea y conlleva nuevos problemas en el área de la Bioética. Otra característica de la Bioética como ciencia, es su aspecto global, ya que todos los debates en esta área son de suma relevancia para la totalidad de los seres humanos y de otros organismos vivos, de forma amplia y general. Además, posee un carácter sistemático, en el sentido de que la Bioética no se dirige a la mera solución de casos separados, sino que trata de resolver una vasta gama de dilemas morales, con el fin último de garantizar el bien común y la paz mundial.¹⁵⁰

Los problemas debatidos en el ámbito de la Bioética, por influir directa o indirectamente sobre el planeta en el que vivimos, afectan a la totalidad de los seres humanos – aquí hacemos referencia a los seres humanos en función de su eticidad, y no en función de su exposición física – lo que justifica la aserción de que toda la humanidad debe formar parte

¹⁴⁹OLIVEIRA LEITE, Eduardo de, *op. cit.*, p. 104: “No cabe duda que fue el desarrollo explosivo de las ciencias tecnológicas en el campo biomédico lo que forzó la renovación de la reflexión ética y de las problemáticas de allí derivadas. Médicos y juristas, filósofos y asistentes sociales fueron compelidos a sentarse juntos para que discutieran una posible toma de decisión. Pero nunca, sin embargo, una decisión individual, o restringida a un sector de investigación científica, sino, al contrario, una decisión suficientemente amplia capaz, en su interdisciplinaridad, de presentar una solución a toda condición humana.”

¹⁵⁰CARONE SLAIBI CONTI, Matilde, *op. cit.*, p. 8: Una importante tarea de la Bioética es armonizar el uso de las ciencias biomédicas y sus tecnologías con los derechos humanos, eso es, las biociencias y sus tecnologías deben servir al bienestar de la humanidad y a la paz mundial.”

en la toma de decisiones en este campo, mediante un debate suficientemente informado¹⁵¹. Cabe subrayar que no nos posicionamos en el sentido de que los demás seres vivos deben quedar al margen de un debate ético, como si no tuvieran valor frente al ser humano, sino que deben ser considerados como relevantes, pero imposibilitados de participar en función de su condición de no racionalidad. Entendemos que toda vida es relevante, desde el más sencillo microorganismo vivo, hasta el más complejo de los seres, pero, consideramos que el debate bioético resulta pertinente a los seres humanos capaces de realizar una actividad cognitiva. Cabe aclarar que con la posición precedente no pretendemos de ninguna forma disminuir el valor de ningún ser vivo minusválido, mucho menos el ser humano deficiente, sino que queremos hacer referencia al hecho de que la viabilidad de reflexión con respecto a temas como los aquí propuestos, acaba siendo una exigencia para un debate racional debidamente informado. Sin embargo, de ninguna forma consideramos la posibilidad de que la existencia, y relevancia de tales seres, puedan ser reducidas o desvalorizadas en función de su no participación en tales niveles de debates racionales, hasta incluso porque sus intereses forman parte de tales discusiones.¹⁵²

¹⁵¹ CASADO, Maria, “La Bioética”, *Materiales de Bioética y Derecho*, Edición a cargo de Maria Casado, Barcelona, Cedecs, 1996, p. 33: “Si tenemos en cuenta que vivimos en sociedades plurales que se rigen según un modelo democrático de convivencia, hay que convenir en que los problemas que afectan a la sociedad en su conjunto deben ser decididos por todos los ciudadanos tras un debate suficientemente informado y no sólo por sectores minoritarios, en condiciones de opacidad. Esta exigencia es especialmente perentoria cuando las decisiones a tomar afectan a toda la sociedad, incluyendo las generaciones presentes y las futuras. Los problemas derivados de los descubrimientos científicos y de los adelantos biotecnológicos son precisamente de este carácter y reclaman respuesta tanto de los individuos como de la comunidad.”

¹⁵² FEITO GRANDE, Lydia, “¿Por qué bioética?”, en: *Estudios de bioética*, Madrid, Dykinson, 1999, p. 10: “Aunque las cuestiones bioéticas suelen restringirse habitualmente al ámbito de la ética médica, conviene resaltar que también los temas ecológicos pertenecen a su quehacer, y que también en ese área se plantea una pregunta de corte antropológico, pues en las discusiones entre ecología profunda y medio ambientalismo podemos encontrar la controversia acerca de si hemos de reproducir el esquema antropocéntrico de defensa de la naturaleza por el

En lo que se refiere a la anteriormente citada sistemática de la Bioética, cabe destacar que tal ciencia, en efecto, no resulta útil solamente para el debate de casos separados, como si no tuviera proyección sobre una realidad más amplia. La Bioética no se presta a la mera solución de conflictos en casos concretos, sino que tiene como finalidad la creación de procesos sistémicos de solución de conflictos, buscando siempre un debate adecuado, con la finalidad última de proteger la *vida*.¹⁵³ Aquí percibimos, de forma clara, la necesidad de que esta ciencia deba ser considerada como plural, y posee una relación intrínseca con las más diversas áreas del saber, sin que quede restringida al contexto de la biología. Solamente así, es posible hacer un análisis más profundo de los temas propuestos en el ámbito de la Bioética, así como la búsqueda de una forma sistemática de solución de problemas – sin incurrir en un reduccionismo, o en criterios fijos, perjudiciales, prejuiciosos e inmutables. En esta línea, entendemos que la Bioética deba ser considerada como una ciencia con un enfoque plural, capaz de relacionar y aproximar el conocimiento biológico con la formación de actitudes y políticas encaminadas a alcanzar el bien social.

Ya que las cuestiones bioéticas son de relevancia para todo el planeta tierra, se plantea la cuestión de si ¿resulta posible que esta ciencia pueda ser analizada exclusivamente dentro de un espacio territorial predeterminado? Es decir, ¿podemos hacer un debate bioético

bien del hombre, o si, más bien, es hora de comenzar a defender unos derechos intrínsecos a la propia naturaleza, ajenos al ser humano.”

¹⁵³SERRANO RUIZ-CALDERON, Jose Miguel, *Bioetica, poder y derecho*, Servicio Publicaciones Facultad de Derecho Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1993, p. 9: “En su origen la bioética de los principios trata de encontrar una solución a los dilemas bioéticos desde una perspectiva asumible por el conjunto de la población. Para ello formula, variando en las diversas concepciones, una serie de principios que sirvan de guía en la resolución de los problemas tanto estrictamente médicos como también científicos.”

perfectamente adecuado tomando en consideración sólo una localidad y olvidando la relación de esta con las demás existentes en el mundo? Para elucidar la polémica que estamos apuntando en este apartado, conviene observar el siguiente ejemplo: Cuando un determinado país investiga la posibilidad de modificar genéticamente una especie de mosquito, intentando buscar la disminución de la propagación de un determinado tipo de enfermedad transmitida por el mismo, ¿resulta posible prescindir de considerar las repercusiones que podrán ser ocasionadas a terceros países? ¿Podemos no considerar el punto de vista de los seres humanos insertos en diversas sociedades? Creemos que no, pues como hemos indicado anteriormente, entendemos que tales planteamientos y debates deben ser globales, es decir, una vez que los efectos de las tomas de decisiones que se adopten pueden afectar a la totalidad de los seres humanos. En este sentido, cabe plantear algunos interrogantes, con la finalidad de aclarar nuestra toma de posición: ¿el mosquito genéticamente modificado podría provocar nuevas enfermedades? ¿No podría afectar negativamente a la cadena alimenticia, causando la desaparición o el surgimiento de otras especies? ¿Cualquiera de estas posibilidades afectaría solamente al país que hizo uso de esta tecnología, o podría ocasionar efectos sobre el planeta como un todo?

Llegamos así a un punto de gran importancia al tratar el tema de Bioética, como es el de la multiculturalidad¹⁵⁴, dado que, al defender que las decisiones en este contexto deben ser operadas por todos los seres humanos – obviamente por medios democráticos organizados, tema que no es objeto del presente estudio – nos encontramos ante la necesidad de considerar las diferentes sociedades, sus culturas, así como una *pluralidad de*

¹⁵⁴ SARRIBLE, Gabriela, “Bioética y valores sociales”, en: *Materiales de bioética y derecho*, edición a cargo de Maria Casado, Barcelona, Cedecs, 1996, p. 66-70; BUXÓ I REY, M. Jesús, *op. cit.*, p. 51-56.

*opciones morales*¹⁵⁵. No creemos en la posibilidad de una mera imposición de valores morales occidentales sobre la humanidad, con el fin de hacer viable un debate bioético adecuado, contemporáneo y global, pero entendiendo la necesidad con respecto a la citada pluralidad moral, las posiciones adoptadas por las distintas comunidades morales, mediante el establecimiento de una estructura común, que permita la resolución de conflictos de forma que tutele al ser humano, así como también al planeta. Así, no consideramos que la imposición de valores morales de un determinado Estado sea la solución más adecuada para la cuestión ahora planteada, sino que al contrario, entendemos que tal actitud únicamente provocaría fisuras en las discusiones bioéticas, imposibilitando un debate global, lo que podría culminar incluso en una eventual crisis mundial.

En esta línea, nos posicionamos en el sentido de que resulta necesario un debate abierto, respetando¹⁵⁶ la citada pluralidad de opciones morales, con el fin de hacer viable un debate global, capaz de adoptar decisiones que busquen el bien común, no sólo en un determinado territorio, sino en la totalidad del planeta. Tal posición no debe basarse solamente en la necesidad de respeto a las distintas culturas, sino en la necesidad de colaboración entre los pueblos, para que las actitudes y las políticas de cada Estado estén en consonancia con las

¹⁵⁵ CASADO, Maria, *op. cit.*, p. 37. “El aspecto central de la Bioética está precisamente en el reconocimiento de la pluralidad de opciones morales que caracteriza a las sociedades actuales, y en propugnar la necesidad de establecer un mínimo marco de acuerdo por medio del cual individuos pertenecientes a “comunidades morales” diversas puedan considerarse ligados por una estructura común, que permita la resolución de los conflictos con el suficiente grado de acuerdo”. (VALLS, Ramon, “Ética para la bioética”, en: *Bioética, derecho y sociedad*, Presentación y coordinación Maria Casado González, Valladolid, Simancas Ediciones, 1998, p. 23-24).

¹⁵⁶ Aquí hacemos uso del término “respetar” en el sentido de reconocimiento, consideración, dado que consideramos que no sea correcto, o cuanto menos la mejor solución, la mera mezcla de culturas diferentes en función de la cultura occidental.

necesidades mundiales.¹⁵⁷ Ello porque, como hemos dicho anteriormente, las decisiones de un determinado Estado pueden ocasionar efectos sobre la totalidad de la humanidad. Por tanto, en esta investigación, defendemos que las decisiones en términos de Bioética deben ser universalizadas, de forma que cada Estado deberá hacer algunas concesiones con el fin de establecer un mínimo Ético mundial. Al menos en un primer análisis, los derechos fundamentales deben ser considerados como un punto básico de convivencia, así como de coherencia interna en un debate bioético global, en aras de alcanzar una vida y una sociedad ideal. A esta cuestión aludiremos más adelante.

Al tratar el tema de *Bioética*, y preparándonos para adentrarnos más concretamente en el apartado de las nuevas tecnologías biológicas, es decir, las *Bioteχνologías*, y sus relaciones con los mencionados derechos fundamentales, conviene realizar algunas aclaraciones, con el fin de que dejemos claras las líneas y las posiciones seguidas para el desarrollo del presente estudio. En un primer momento, pretendemos analizar la Bioética como un diálogo multidisciplinar, sin tomar posiciones estrictamente *iusnaturalistas* o *iuspositivistas*. Nos manifestamos en este sentido, para aclarar que de ningún modo deseamos quedar estrictamente arraigados a visiones meramente positivistas, ni tampoco en puntos de vista estrictamente religiosos; sin embargo, eso no quiere decir que nos alejemos por completo de cualquiera una de estas, cuanto menos que desconozcamos, o no consideremos, su relevancia para debates como el ahora propuesto. No creemos en la

¹⁵⁷ SARRIBLE, Gabriela, *op. cit.*, p. 69: “Nos encontramos ante el viejo dilema de mirar la cultura externa como débil o inferior y el de respetarla, aún cuando su jerarquía de valores hiera, de alguna manera, nuestra sensibilidad o se oponga a la nuestra. El primer punto de vista ha sido criticado desde hace décadas como una de los defectos más arraigados y se denomina etnocentrismo. La segunda perspectiva es la que adopta el multiculturalismo.”

posibilidad de un debate adecuado en términos de Bioética y Biotecnología, así como su relación con los derechos fundamentales, que se realice desde un punto de vista estrictamente del derecho positivo, ni tampoco desde una perspectiva puramente religiosa, sino que debe operarse mediante un debate interactivo; es decir, haciendo uso de la filosofía y de la ciencia junto con otras áreas de conocimiento.

En relación a que no nos limitamos a adoptar una postura *positivista*, estamos aclarando que las reglas de derecho están para organizar la sociedad, así como para garantizar una convivencia pacífica y ordenada entre los ciudadanos integrantes de un determinado territorio, correspondiendo a la finalidad del Derecho y no de la moral.¹⁵⁸ En esta línea, a nuestro parecer, sería incorrecta, o por lo menos minimalista, un análisis de los temas aquí propuestos desde un punto de vista exclusivamente legalista, alejando el debate moral. Reconocemos la existencia de normas morales, pero no con la mera intención de regular la organización de una sociedad y los comportamientos individuales, sino con el *objetivo de tornar bueno el sujeto que las observa*¹⁵⁹. Eso quiere decir que las normas jurídicas, a diferencia de lo que sucede con las denominadas normas morales, no tiene la pretensión de influir sobre la conciencia de los individuos sino al menos de garantizar una actuación moral

¹⁵⁸ Es preciso tener en cuenta que el Derecho “se conoce como un orden de coacción, eso es, como un orden normativo que trata de obtener una determinada conducta humana ligando a la conducta opuesta a un acto de coerción socialmente organizado, mientras que la Moral es un orden social que establece cualquier sanción de este tipo, visto que sus sanciones sólo consisten en la aprobación de la conducta conforme a las normas y en la desaprobación de la conducta contraria a las normas, en ella no se considera, por tanto, el empleo de la fuerza física”. (Cf. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo, Martins Fontes, 1998, p. 71).

¹⁵⁹ KELSEN, Hans, *op. cit.*, p. 14.

“auténtica”.¹⁶⁰ El derecho positivo se limita a la tutela de la convivencia social, desprendiéndose de cualquier aspecto moral del individuo. Es importante aclarar que al tratar de *moral*, estamos haciendo referencia a juicios de valores impuestos al individuo inserto en una colectividad; es decir, ya está prefijado lo que se considera “bueno” y “malo”, independientemente de la autonomía crítica de la persona. En esta línea, consideramos de gran relevancia para el estudio de la bioética y derivados, el aspecto *ético*, claramente diferente de la *moral*, puesto que en este, no estaríamos ante la mera obediencia de valores impuestos al individuo, sino al poder crítico del mismo – como persona singular, considerada como autónoma -. Eso nos lleva a la conclusión de que, resulta esencial una interacción entre derecho, moral y ética, para que sea posible la realización de una serie de debates en términos de Bioética. Por tanto, llegamos a la conclusión de que resulta fundamental para que hablemos de Bioética el entender la relación entre Derecho, Moral y Ética, dado que estas disciplinas defienden por medios distintos intereses comunes.

En lo que se refiere a la religión, incluso cuando ésta no sea utilizada por nosotros como medio de justificación, o fundamentación de los debates aquí propuestos, entendemos que, con respecto al debate sobre temas de Bioética, tiene un relevante papel que no puede olvidarse. En este sentido, a pesar de que no creemos en la utilización singular de la religión, o de la teología, para un adecuado estudio a cerca de la Bioética, de la Biotecnología, y de los derechos fundamentales, no compartimos la opinión de aquellos estudiosos que la rechazan totalmente. Es decir, no nos incluimos en el grupo de los que defienden la citada *secularización* – que corresponde a una abstracción de consideraciones religiosas o teológicas

¹⁶⁰ KELSEN, Hans, *op. cit.*, p. 26.

- ¹⁶¹. *Para muchos expertos la bioética es un asunto de investigación y tecnología al servicio del progreso científico y de la mejora de la calidad de la vida al margen de postulados o dogmas de fe relacionados con Dios.*¹⁶² Sin embargo, en el presente estudio, al pretender una discusión interdisciplinar, de forma amplia y adecuada en un espacio no limitado, no creemos que resulte viable, ni cuanto menos el mejor camino a seguir, el que se niegue el destacado papel de la Iglesia¹⁶³. Como ya hemos comentado en un capítulo anterior, consideramos que las especificidades de cada individuo, así como de la colectividad, deben ser tomados en cuenta cuando se debate acerca de los derechos fundamentales. Lo mismo se puede aplicar a los estudios bioéticos, pues consideramos que, de lo contrario, quedarían disociados de la realidad, avocados al fracaso, ya sea desde el punto de vista *formal* o *material*.¹⁶⁴.

En efecto, consideramos y adoptamos en este estudio, la posición de que la Bioética es una materia relacionada directamente con la *ética* – y que debe ser visualizada desde una perspectiva racional – así como ligada a la *moral* – puesto que, los criterios divinos y religiosos no pueden ser olvidados. La Bioética debe ser considerada como una ciencia

¹⁶¹ BLÁZQUEZ, Niceto, *Bioética: la nueva ciencia de la vida*, Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 2000, p. 36-37.

¹⁶²BLÁZQUEZ, Niceto, *op. cit.*, p. 36.

¹⁶³ El término “Iglesia” aquí es utilizado por nosotros en un sentido *lato sensu*, así que engloba toda y cualquier institución, así como toda y cualquier creencia. Cabe destacar que cada religión tomó una postura en lo que se refiere a los temas bioéticos, tal y como asevera TREVIJANO ETCHEVERRIA, Manuel, *?Qué es la bioética?*, Salamanca, Ediciones Sígueme, 1998, p. 65-68. Además, el autor, en la misma obra apunta que alejar por completo la religión del debate bioético, en efecto, configuraría una minimalización de tal ciencia, p. 87.

¹⁶⁴ Con el objetivo de que evitemos cualquier mal entendido, es necesario aclarar que al utilizar el término *formal* estamos haciendo referencia al estudio como trabajo científico, mientras el término *material* estaría haciendo referencia al ámbito externo del presente estudio; es decir, los reflejos que deseamos que influyan sobre la sociedad global.

dirigida a lo común, preocupándose por todos los seres vivos que habitan nuestro planeta, abarcando incluso, como hemos referido anteriormente, la totalidad de las especies que componen a nuestro *eco-sistema*. Los debates en términos de Bioética deben ser operados desde perspectivas interdisciplinarias, multiculturales, globalizadas y sistemáticas, como hemos ya indicado en los párrafos anteriores. Todo con la finalidad de hacer viable un debate coherente y actualizado de las cuestiones bioéticas, tratando de alcanzar soluciones lo más adecuadas para el bienestar del hombre.

1.1. Principios fundamentales de Bioética y su relación con los derechos fundamentales

En el año 1978, la “Comisión norteamericana para la protección de los sujetos humanos en la investigación biomédica y comportamental”, presentó al final de sus trabajos el *Informe Belmont*, donde hubo, por primera vez, una mención clara a los principios fundamentales de la Bioética, como los de la *autonomía de la persona humana*, de la *beneficencia* y el de la *justicia*. En este apartado, se tenía el principio de la *autonomía de la persona* como vinculado a su dignidad, el de la *beneficencia* eminentemente como una minimización del mal, y el de la *justicia* como una búsqueda por equidad. El primero de los tres principios enunciados, se puede decir, está como que limitado por el segundo, y el tercero, en efecto, se aproxima a la Bioética y a la moral social general. Después del *Informe Belmont*, el libro *Principles of Biomedical Ethics*, publicado en el año 1979 por Tom L. Beauchamp y James F. Childress, optó por abordar cuatro principios éticos como referencia, añadiendo a la

descripción anterior, el principio de la *no maleficencia*. Surgiendo así el denominado *principlismo bioético*.¹⁶⁵

Cabe destacar que la visión dada a estos principios desde el inicio, deriva de las reacciones procedentes de momentos y hechos históricos, tales como las experimentaciones nazistas – donde seres humanos fueron tratados como meros bienes o como cobayas de laboratorio -; los avances científicos - que en efecto acaban por implicar una serie de opciones a los denominados pacientes -; todo ello en una creciente experimentación, en un mundo cada vez más informado. Su surgimiento y consolidación están directamente relacionados *con los derechos humanos y también con los conflictos morales derivados de los rápidos y constantes avances tecnológicos y científicos*.¹⁶⁶ Esta creciente preocupación mundial por la reflexión ética, invariablemente, está íntimamente relacionada con la eticidad de las investigaciones bioéticas, con especial atención al ser humano, en base a su indiscutible vulnerabilidad y carencia de protección.

En función de lo expuesto anteriormente, los principios fundamentales en términos de bioética, en efecto, guardan una clara relación con los derechos humanos, en la medida en que se dirigen a la defensa del ser humano y en función de las investigaciones bioéticas. En esta línea, al entender los derechos humanos como relacionados con los derechos

¹⁶⁵ PESSINI, L. & BARCHIFONTAINE, C. P., 1998. Bioética: Do principlismo à busca de uma perspectiva latino-americana. In: *Iniciação à Bioética* (S. I. F. Costa, V. Garrafa & G. Oselka, org.), pp. 81-98, Brasília: Conselho Federal de Medicina.

¹⁶⁶ GARRAFA, Volnei, e MACHADO DO PRADO, Mauro, *Mudanças na Declaração de Helsinki: fundamentalismo econômico, imperialismo ético e controle social*, Cadernos de Saúde Pública v. 17 – nº 6, Rio de Janeiro, Novembro/dezembro 2001.

fundamentales, salvando las distinciones entre los institutos, debidamente aclaradas anteriormente, es inevitable llegar a la conclusión de que la Bioética no solamente está vinculada a estos derechos fundamentales, en cuanto sus propios principios se encuentran íntimamente relacionados con los principios de los derechos fundamentales.¹⁶⁷ Estamos haciendo referencia al *principio de autonomía de la persona*, al *principio de inviolabilidad de la persona* y al *principio de dignidad de la persona humana*.¹⁶⁸ Estos principios son los que hacen viable el adecuado entendimiento de los principios que rigen la Bioética.¹⁶⁹

El principio de la *beneficencia*¹⁷⁰ tiene como base el reconocimiento del valor moral del otro. Tal principio consiste en que la maximización del bien del otro, en efecto, supone la disminución del mal. Este principio debe ser entendido con un doble sentido, abarcando, en realidad, la no maleficencia y la beneficencia, englobando de esta forma no solamente la necesidad de abstención en la realización del mal, sino también la necesidad de realización del bien. Como apunta Nuria Beloso Martín¹⁷¹, se trata del principio denominado de *no maleficencia*¹⁷², que consistiría básicamente en no hacer daño al paciente, y que algunos defienden que es más relevante que el principio de la *beneficencia*. A pesar de no pretender profundizar en la cuestión referente a la existencia de estos dos principios como

¹⁶⁷ En esta parte seguimos la exposición de BELLOSO MARTÍN, N., *op. cit.*.

¹⁶⁸ BELLOSO MARTÍN, N., *op. cit.*, p. 9.

¹⁶⁹ BELLOSO MARTÍN, N., *op. cit.*, p. 9.

¹⁷⁰ BUISÁN, Lydia, *op. cit.*, p. 117: *Constituye el criterio, impuesto por la tradición médica, que compromete a proporcionar beneficios a otros y supone la obligación ética principal de proporcionar beneficios suprimiendo perjuicios. Es un principio individualista, al igual que el principio de autonomía.*

¹⁷¹ BELLOSO MARTÍN, N., *op. cit.*, p. 14-15.

¹⁷² BUISÁN, Lydia, *op. cit.*, p. 117: *Es aquel que obliga a no perjudicar a los otros. “Primum non nocere”, un principio válido y prioritario para todos que debe cumplirse prioritariamente por razones de justicia, en todos los ámbitos de la sociedad y no solo en el biosanitario.*

autónomos, o la incorporación de todas sus funciones en el principio de la *beneficencia*, incluso porque tal hecho por sí podría requerir de una tesis doctoral propia, nos posicionamos en el sentido de la validez material de la separación de los institutos, puesto que permite una mayor *difusión* del tema, haciendo viable su comprensión por cualquier ciudadano, sin exigencia de conocimientos más profundos en el área jurídica, filosófica, entre otras.

El principio de la *autonomía*¹⁷³ permite establecer la estrecha relación con la dignidad de la persona humana y afirma que la libertad de cada ser humano debe ser respetada. El principio de la autonomía está ciertamente arraigado al “consentimiento informado”. Es decir, que el principio de la autonomía consiste en el reconocimiento de la capacidad del individuo de tomar decisiones que influyen directamente sobre su vida y su calidad de vida, en función de su ideología personal y sus creencias. Es decir, que uno de los principios fundamentales de la Bioética consiste en la posibilidad del paciente de tomar decisiones referentes a los procedimientos bioéticos que le afecten o le puedan llegar a afectar. Con la finalidad de aclarar el significado del principio en cuestión, Nuria Beloso Martín cita como ejemplo una situación donde una persona necesita una transfusión de sangre en una situación de grave peligro de vida, pero por ser un Testigo de Jehová, manifiesta la imposibilidad de realización de tal tipo de tratamiento, en razón de sus creencias.¹⁷⁴

¹⁷³ BUISÁN, Lydia, “Bioética y principios básicos de ética médica”, en: *Materiales de bioética y derecho*, Barcelona, Cedecs, 1996, p. 114: El principio de autonomía, denominado en el informe Belmont Principio de respeto a las personas, establece la imperatividad de dicha consideración y constituye un presupuesto de carácter individualista. Se considera autónoma la persona con capacidad para obrar, facultad de enjuiciar razonablemente el alcance y significado de sus consecuencias. La autonomía implica responsabilidad y representa un derecho que también tiene el individuo enfermo.

¹⁷⁴ BELLOSO MARTÍN, N., *op. cit.*, p. 15.

El principio de la *justicia*¹⁷⁵ implica la determinación estricta del texto legal puede no servir para la efectiva realización de lo *justo*. Este principio tiene como condición la de disponer la corrección de incongruencias o disparidades ocasionadas por la aplicación pura y simple de la norma, que en muchas ocasiones puede ocasionar tratamientos desiguales basados en diferencias de sexo, color, religión, u otra forma discriminatoria. Este principio consistiría en *dar a cada uno su derecho, que significaría que “casos iguales requieren tratamientos iguales”, sin que quepa posibilidad de realizar discriminaciones, en el ámbito de la asistencia sanitaria, basados en criterios económicos, sociales, raciales o religiosos.*¹⁷⁶

Al realizar un análisis frente a la formulación y aplicación de los principios en cuestión, percibimos el surgimiento de una serie de problemas de cuño racional. En efecto, la aplicación de los principios conduce a situaciones conflictivas, dado que percibimos la posibilidad de, para una misma situación, se pueda tomar cada de ellos, separadamente, como superior a los demás. La aplicación de estos principios no puede ser operada de forma conjunta e indiferenciada, precisamente porque tal actitud daría lugar a un estancamiento del proceso decisorio. Esta situación demuestra que tales principios no poseen las condiciones de atender a las demandas del orden normativo, jurídico y moral de una sociedad pluralista y democrática y que, por consiguiente, sería necesaria la coexistencia de principios complementarios – como son los de derechos fundamentales - , y no excluyentes.

¹⁷⁵ BUISÁN, Lydia, *op. cit.*, p. 118: *El deber de justicia, deber “prima facie” para W.D.Ross, está basado en la posibilidad de que la distribución de los bienes sociales no se realice según los méritos de las personas implicadas. Diversos criterios sociales entran en la reflexión ética conectados con este principio: por ejemplo la asignación y distribución de recursos escasos, o los derechos de terceros. (...)*

¹⁷⁶ BELLOSO MARTÍN, N., *op. cit.*, p. 15

En esta línea, a pesar de no desestimar la existencia de los citados principios de Bioética, así como sin pretender tampoco no considerar su relevancia histórica en la evolución del debate bioético, entendemos que su utilización actualmente merece ser complementada, evitándose un debate meramente individualista, inadecuado a los *macro-problemas éticos persistentes en ellos*.¹⁷⁷ Tal visión individualista, derivada de una elevación jerárquica excesiva del principio de la autonomía, solamente tendría la consecuencia de incrementar el egoísmo en los seres humanos, haciendo inviable el tratar innumerables cuestiones que van surgiendo en función de los avances, en especial de los aplicados en el campo de la biología, a la vez que estimula una visión acrítica. En esta línea, consideramos que la Bioética, hoy más que nunca, deba interactuar con los derechos fundamentales, observando atentamente los aspectos sociopolíticos, en especial las discrepancias sociales y económicas vividas entre los distintos Estados, así como en el ámbito interno de cada de ellos. Así, a pesar de ser relevantes, los denominados principios fundamentales de Bioética jamás podrían ser visualizados de forma separada con respecto al debate bioético, so pena de perder su rumbo ante la búsqueda de soluciones adecuadas a los problemas presentes y futuros. Es decir, la Bioética, en nuestra opinión, debe dejar de ser vista como una ciencia neutra, requiriendo una aproximación pluralista, arraigando en la complejidad del mundo que nos rodea. Entendemos la Bioética como una cuestión de orden público, no pudiendo ya ser vista desde perspectivas individuales, o de mera autonomía privada, sino muy próxima a los derechos fundamentales.

2. Biotecnología: delimitación básica, consideraciones conceptuales y terminológicas

¹⁷⁷ GARRAFA, Volnei, e MACHADO DO PRADO, Mauro, *Mudanças na Declaração de Helsinki: fundamentalismo econômico, imperialismo ético e controle social*, Cadernos de Saúde Pública v. 17 – nº 6, Rio de Janeiro, Novembro/dezembro 2001.

La ficción se ha convertido en realidad y parece que al hombre ya nada le resulte imposible. *Los únicos límites apuntados a la ciencia son los que ella misma encierra, consecuencia de conocimientos aún no plenamente desarrollados y capacidades aún no totalmente reducidas. Pero estos límites intrínsecos a la ciencia al final son siempre provisorios y superables.*¹⁷⁸ Como plantea O. Bernardo, la medicina se modificó en las últimas décadas más de lo que en los últimos siglos, ocasionando una extraordinaria explosión científica y concretamente tecnológica, acabando por transformar sensiblemente la vida de los seres humanos, incluso su capacidad de adaptación a esta revolución encabezada por la informática, por la robótica, por la telepática y por la biotecnología.¹⁷⁹ Considerando que las situaciones vividas por los seres humanos en los últimos tiempos fueron generando - y lo continúan haciendo constantemente -, grandes desafíos a la reflexión ética.

El hombre, con los hallazgos realizados en las últimas décadas, acabó encontrándose con situaciones como la posibilidad de clonación de seres humanos; la posibilidad de desvío del proceso de clonación en su fase pre-implantatária para la producción de células y tejidos con potencialidad terapéutica, entre otros muchos.¹⁸⁰ Tales acontecimientos demuestran la velocidad y de transformación de los conocimientos científicos alcanzados por el hombre, aclarando la existencia de un sinfín de posibilidades para los diversos hallazgos que son operadas gradualmente. Como percibimos día a día por las informaciones dadas por la prensa mundial, los avances tecnológicos son continuos y cada vez

¹⁷⁸ Nogueira, João Rui Duarte Farias, *en: O homem, a ciência e a bioética*, p. 19.

¹⁷⁹ BERNARDO, O., "Perspectivas de bioética", *In Acção Médica*, Porto, Associação dos Médicos Católicos Portugueses, nº3, 1992, p. 33-40.

¹⁸⁰ MENDES DE ALMEIDA SHERER NAVARRO, Adréya, *O Obscuro objeto do Poder: ética e direito na sociedade biotecnológica*, Rio de Janeiro, Lumen Jures, 2007, p. 2-4.

más arriesgados.¹⁸¹ Llegamos a un punto donde la ciencia es utilizada cada vez con mayor intensidad sobre la vida de los seres humanos, ocasionando sensibles transformaciones culturales, sociales e ideológicas, entre tantas otras. Las mayores novedades en el campo de la ciencia actualmente se encuentran en la esfera de la Biotecnología, razón por la cual ésta merece ser tratada con mayor profundidad, que es lo que pretendemos con la presente investigación.

Al adentrarnos en esta etapa de nuestro estudio, es interesante observar la definición adoptada por John Doyle y Gabrielle Persley, en un trabajo que llevó el nombre de *Enabling the Safe Use of Biotechnology*, donde biotecnología es cualquier técnica *that uses living organisms, or part of such organisms, to make or modify products, to improve plants or animals, or to develop microorganisms for specific use.*¹⁸² Para el profesor Douglas Gabriel Domingues, de la Universidad Federal de Pará, la *biotecnología es la aplicación de los principios científicos y de la ingeniería al procesamiento de materiales, a través de genes biológicos, para abastecer bienes y servicios*, habiendo sido esta definición publicada en su obra *Privilegios de Invención, Ingeniería Genética y Biotecnología.*¹⁸³ Maria Garcia, al tratar el tema, considera la Biotecnología como *la aplicación de los principios científicos y de la ingeniería al procesamiento de materiales por medio de agentes biológicos, para promover*

¹⁸¹MENDES DE ALMEIDA SHERER NAVARRO, Adréya, *op. cit.*, p. 4; MIGNON DE ALMEIDA, Aline, *op. cit.*, p. xvi; VIEIRA LIMA NETO, Francisco, “A maternidade de substituição e o contrato de gestação por outrem”, en: *Biodireito: ciência da vida, os novos desafios*, org. Maria Celeste, Editora Revista dos Tribunais, 2001, p 120-149.

¹⁸²*Apud.* VIEIRA LIMA NETO, Francisco, *Responsabilidade civil das empresas de engenharia genética*, Leme - São Paulo, Editora de Direito, 1997, p. 29-30.

¹⁸³MIGNON DE ALMEIDA, Aline, *op. cit.*, p. 14.

*bienes y servicios*¹⁸⁴ Por su parte, Maria Helena Diniz, apunta que la Biotecnología *es la ciencia de la ingeniería genética que se dirige al uso de sistemas y organismos biológicos para aplicaciones medicinales, científicas, industriales, agrícolas y ambientales.*¹⁸⁵

Conviene hacer notar que, al observar las definiciones y conceptualizaciones pretendidas por algunos autores, percibimos que no existe una exactitud o una perfecta identidad entre sus posturas. Al realizar una breve reflexión sobre esta situación, percibimos que las dificultades rebasan el mero campo de la semántica, alcanzando dificultades derivadas de las repercusiones procedentes del establecimiento de un concepto fijo y determinado del término Biotecnología.¹⁸⁶ En efecto, el término Biotecnología ha recibido diferentes definiciones en función de los distintos intereses implicados en la cuestión, concretamente en

¹⁸⁴ GARCIA, Maria, *Limites da ciência: a dignidade da pessoa humana: a ética da responsabilidade*, Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 44.

¹⁸⁵ DINIZ, Maria Helena, *op. cit.*, p. 364.

¹⁸⁶ SOUZA SILVA, J. de, *A Biotecnologia e a economia política de sua definição*, Brasília, Cad. Dif. Tecno. Brasília, 7 (1/3), 2003, p. 100: “La literatura existente indica que con la emergencia y el desarrollo de la Biotecnología moderna nace la posibilidad de una “bio-revolución”, que afectará en diferentes grados todas las actividades humanas ya desde el inicio del próximo siglo, y la palabra biotecnología simboliza todo el poder científico tecnológico capaz de influir en la naturaleza y en la dirección de esa revolución. En todo el mundo la Biotecnología ha sido elevada al tope de las prioridades nacionales de la mayoría de los gobiernos; por tanto, la dificultad de un acuerdo no es accidental”. En otro pasaje en la misma página el autor ya citado menciona que: “(...) Incluso los especialistas no han llegado a una definición consensual de biotecnología. ¿Y si “expertos” dentro y fuera de la comunidad científica no han sido capaces de llegar a un acuerdo sobre la mejor definición para la biotecnología, ¿cómo podría la sociedad aprender sus significados sólo consultando el número creciente de definiciones en la literatura existente? Y aunque muchos intenten dar un cuño de neutralidad a sus definiciones, desde la perspectiva de este autor no existen definiciones neutras. La imposibilidad de una definición consensual de la biotecnología está asociada a la complejidad de la conciliación de los intereses divergentes e incluso conflictivos en una única definición. Y si la simple tarea de definir la biotecnología viene produciendo confusión y discordancia, posibilitando unas interpretaciones también conflictivas, entonces las tareas de establecer sus posibilidades e implicaciones han sido y serán mucho más difíciles y controvertidas.”

función de la existencia de grandes grupos industriales directamente ligados a los estudios y a las investigaciones en el ámbito de informaciones técnicas biológicas. La conceptualización del término en cuestión aún no ha sido realizada de forma concreta, al menos con un carácter universal, probablemente también en función de los intereses económicos que se relacionaron con la misma. A pesar de que no concordemos con esta inestabilidad, o nebulosidad con respecto al concepto de Biotecnología, consideramos que resulta inadecuada la realización de un concepto fijo, dado que, así como las nuevas tecnologías van surgiendo o modificándose, este debe mantenerse abierto, en el propósito de seguir adecuándose a la realidad.

Incluso creyendo en la imposibilidad de elaborar un concepto rígido y cerrado del término Biotecnología, consideramos que resulta necesario establecer sus contornos, y que una completa indefinición acabaría perjudicando la comprensión del debate ahora propuesto, provocando una dispersión del mismo. Intentaremos presentar una delimitación conceptual personal de Biotecnología, de la forma más comprensiva posible, así como permeable a las nuevas tecnologías que surgen en cada momento. El empleo, en amplias dimensiones, de los avances científicos y tecnológicos deriva de investigaciones en el ámbito de la biología. El propio término Biotecnología, en su primaria acepción, hace referencia a la utilización de organismos vivos – incluso en la condición de células y moléculas – para la producción racionalizada de productos, bienes y servicios. Cuando hablamos de productos, bienes y servicios, estamos haciendo referencia a las más actuales utilidades de la ciencia para el estudio y el desarrollo de medicinas, tratamientos de enfermedades genéticas, nuevos procesos alimenticios más eficientes, mejor rendimiento y calidad en la producción agropecuaria, soluciones energéticas, tratamientos de detritos tóxicos, con innumerables posibilidades.

Aun cuando hayamos optado por realizar un ensayo de conceptualización abierto y no rígido del tema Biotecnología, consideramos conveniente aclarar nuestra toma de posición, en el sentido de que ésta es parte integrante de la Bioética. En realidad, a diferencia de la posición adoptada por algunos autores, consideramos que todo el debate en torno a cuestiones relacionadas con la Biotecnología están insertadas en un debate bioético. Los autores que asumen una posición diversa, es decir, que la Biotecnología no formaría parte de la Bioética, defienden una delimitación más cerca de esta última, es decir, como haciendo referencia, exclusivamente, a vidas biológicamente definidas inferiores considerando que existe una incompatibilidad.¹⁸⁷ Cuando nos referimos a una incompatibilidad, lo hacemos porque creemos imposible defender una concepción restrictiva en el sentido de que la Biotecnología debía ser entendida como utilización de técnicas científicas sólo en plantas y animales, debiendo considerarse su aplicación sobre los seres vivos en sentido *lato sensu*, es decir, abarcando seres humanos, animales, vegetales y microorganismos vivos. No existe una justificación suficiente, cuanto menos una necesidad racional, para tal tipo de limitación del alcance de la ciencia denominada Bioética. En efecto, conforme a lo manifestado anteriormente, consideramos que esta ciencia al tratar de la *vida*, incluso aunque pretendiésemos restringir el debate a la *vida humana*, no podría olvidarse de los demás organismos biológicos vivos existentes en el planeta tierra, ya que su existencia, salud, o exterminio, puede afectar directa o indirectamente a la subsistencia de la especie humana que está insertada en un eco-sistema. La Biotecnología, al tratarse de una aplicación de técnicas científicas sobre organismos vivos – debe entenderse como un concepto amplio y

¹⁸⁷ Sobre el sentido de que la Biotecnología abarca sólo vidas biológicamente consideradas como inferiores, puede consultarse el estudio de BLÁZQUEZ, Niceto. *Bioética: La ciencia de la Vida*. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 2000, p. 143.

comprendido, que abarca técnicas científicas utilizadas sobre microorganismos vivos, hasta temas como el de la clonación humana, debiendo considerarse siempre como inserta en la ciencia denominada Bioética.

La Biotecnología, al estar inserta en el ámbito de la Bioética, como hemos indicado anteriormente, debe ser considerada como una disciplina multidisciplinar y en relación con las diversas áreas del conocimiento. En efecto, la Biotecnología integra cuestiones procedentes del ámbito de la Biología, Ingeniería, Matemática, Física, Química, entre otras, sin olvidar que por estar directamente relacionada con la Bioética, acaba por implicar otras tantas, como la filosofía, la biología, y otras. Así, nos encontramos con la invariable conclusión de que por su íntima relación con la Bioética, la Biotecnología presenta múltiples similitudes con aquélla. Sin embargo, a pesar del estrecho vínculo que pueda apuntarse entre estas disciplinas, sabemos que hay numerosas ocasiones en que, a pesar de las tentativas de tinte humanístico relativas a la Bioética, se sigue apreciando una primacía de la cientificidad en cuanto a las cuestiones biotecnológicas.

Aparece así la citada cosificación del hombre, percibida cotidianamente al observar en los medios de comunicación los avances de la tecnología, tanto en términos de modificación genética de seres humanos, como de clonación. Cuando hablamos de cosificación, estamos haciendo referencia a situaciones como a las que se presentan en relación al desarrollo de las tecnologías entendiéndose, por ejemplo, una “distribución de piezas” tal como las pretendidas por los estudios de clonación humana, así como por el desarrollo de técnicas de manipulación de las denominadas células-tronco. Surge así un interrogante, que posee una estrecha relación con el objeto del presente estudio: ¿Cómo deben ser vistas las

nuevas tecnologías en el ámbito de la biología frente a la vida de los seres humanos? Conviene subrayar que, la reflexión pertinente a este interrogante, a nuestro parecer, resulta de gran relevancia para la precisión del estudio ahora propuesto, por la que le dedicamos un apartado propio

3. Breves comentarios e investigaciones con respecto a algunas técnicas bioéticas

Cuando hacemos alusión a las técnicas bioéticas, así como al surgimiento de nuevos interrogantes que surgen derivados de las mismas, nos estamos refiriendo a la *neogenesia*¹⁸⁸, a la maternidad subrogada y a la clonación, entre otras. Estas nuevas *herramientas* desarrolladas por el conocimiento científico del hombre, en efecto, guardan una directa relación con el comienzo y el fin de la vida del ser vivo, con su identidad, con su dignidad, razón por la cual guardan una estrecha relación con los derechos fundamentales. Conviene destacar que hacemos alusión a estas *técnicas*, ya los innumerables interrogantes que pueden surgir de cada de ellas, pero de forma somera pues sino desbordaría nuestra investigación. No tenemos pues la intención de profundizar en estos temas, porque cada de ellos demandaría uno o más trabajos para su correcto tratamiento.

¹⁸⁸ OLIVEIRA LEITE, Oliveira de, “Eugenia e bioética: os limites da ciência face à dignidade humana”, en: *Seleções Jurídicas*, 04/2004, p. 28: *La noción de eugenesia es tan antigua en cuanto a la fundación de la sociedad. Cuando los griegos echaban en el barranco a los niños defectuosos estaban practicando una forma de eugenesia sin conocimiento de la noción científica de eugenesia. Aristóteles ya proponía la práctica de la exposición de los niños deformes, como de su nacimiento o aborto. En la antigua Babilonia, la reina Semiramis hacía castrar a los jóvenes defectuosos.*

El término *neogenesia*¹⁸⁹, se refiere a la posibilidad de que la nueva genética pueda estar infectada por los males de la antigua *eugenesia*¹⁹⁰. En efecto, estamos tratando de la posibilidad de que, mediante nuevas técnicas genéticas u otras técnicas biológicas innovadoras, podamos intentar mejorar la especie humana. A lo largo de la historia se han producido episodios de impedimento del nacimiento de seres con deficiencias físicas o mentales, el impedimento de reproducción de seres “imperfectos” – existen incluso relatos históricos referentes al control de natalidad de éstos -, la selección genética, selección racial, entre tantas otras modalidades.¹⁹¹ El hombre ha alcanzado un gran conocimiento genético que le hace ser capaz, incluso, de operar modificaciones en los seres humanos venideros; es decir, puede realizar cambios en las características de los seres futuros. Situaciones que antes nos eran mostradas sólo en las películas de ciencia ficción, cada vez resultan más viables, y, por tanto, temibles. Tales “poderes científicos”, pueden estar en efecto en condiciones de modificar la vida así como la conocemos, en la medida en que ofrecen nuevas posibilidades a

¹⁸⁹ BELLOSO MARTÍN, N., *op. cit.*, p. 34.

¹⁹⁰ CARONE SLABI CONTI, Matilde, *op. cit.*, p. 57: *El término eugenesia fue creado por Francis Galton (1822-1911), científico británico, que formuló su definición diciendo que era el estudio de los agentes bajo el control social que podrían mejorar o empobrecer las calidades raciales de las futuras generaciones, sea física o mentalmente.*

¹⁹¹ BELLOSO MARTÍN, N., *op. cit.*, p. 34. OLIVEIRA LEITE, Oliveira de, *op. cit.*, p. 30: *Aunque, evidentemente, no se pueda reducir la eugenesia a las prácticas condenables del exterminio, como sucedió en la Alemania nazista, la verdad es que el momento histórico y la conjugación de factores ideológicos, políticos y económicos favoreció la exaltación insana de las conquistas científicas utilizadas para la eliminación de la especie humana. Al contrario de lo que se podría imaginar – en una actitud típicamente reduccionista o, por lo menos, tendenciosa – el exterminio de los judíos, en nombre de una eugenesia racial, no fue realizado solamente por los dirigentes del III Reich, sino con apoyo, omisión y acción de los médicos. Los antropólogos y psiquiatras determinaban quiénes eran los “indeseables”, pero eran cirujanos, ginecólogos y urólogos quiénes practicaban los exterminios. Si el nazismo alcanzó el nivel de genocidio que hoy conocemos es porque contaba con el apoyo integral de los médicos y de los juristas que, de una u otra forma, se adhirieron al programa nazista.*

los seres humanos, hasta incluso cuando éstos buscan la solución de los problemas planetarios, como la escasez de agua, oxígeno y alimentos.

Surgen diversos interrogantes: ¿no podría la ciencia hacer viable la vida en la tierra sin la necesidad de ingestión de los aludidos elementos? ¿No podría la ciencia hacer viable la transformación del ser humano en un ser marino? ¿En un ser capaz de sobrevivir en planetas actualmente inhabitables? No podríamos acabar viviendo en un mundo donde todos los seres humanos fueran iguales, al menos en características físicas, ¿Y sería posible esta igualdad en cuanto a la capacidad intelectual y en otras tantas modalidades? Un mundo donde el ser humano eventualmente, por no decir probablemente, ¿Podría perder la identidad tal y como hoy se conoce? De estas innumerables cuestiones que nos planteamos, cuando nos ocupamos de la *neogenesia*, nos intriga el papel que juegan los derechos de los seres humanos, situación que nos conduce a nuevos interrogantes: ¿la *eugenesia* debe ser vista como un mal uso de la medicina o del conocimiento humano? ¿Sería un hecho generador de futuras discriminaciones? ¿Sería impuesta? ¿Surgirían nuevos derechos? ¿No implicaría en mera cosificación, artificialidad, del ser humano? ¿Los derechos existentes serían respetados, o llegarían a ser olvidados o menoscabados en función de los avances? Quién sabe y si todos los seres humanos pudieran llegar a ser iguales – si podría surgir una nueva visión del derecho con una nueva identidad ¿Podría consistir en la posibilidad de que el ser asumiera alguna identificación u otra forma de individualización? Así, no nos queda otra solución que la de dejar este tema para una continua reflexión, deseando que las decisiones que se adopten al respecto sean las más adecuadas, o al menos, tornen después de debates suficientemente informados, a lo que esperamos que – modestamente – pueda contribuir nuestra investigación.

Conviene destacar también los interrogantes que derivan, por ejemplo, de las técnicas de reproducción asistida, dado que éstas poseen la condición de hacer viable la maternidad a las mujeres estériles, a las que han llegado a la menopausia, a las mujeres lesbianas, a las vírgenes, al hombre infértil, entre tantas otras posibilidades que podríamos imaginar. Cabe también destacar que los interrogantes con respecto a las técnicas de reproducción asistida pueden abrirse también por la posibilidad de intervención en las características genéticas de la prole, así como el sexo de esta. Surgen interrogantes pertinentes a los derechos de los padres y de los donantes de material genético, culminando en cuestiones como: ¿quiénes serían los verdaderos padres? ¿Habría derecho del donante de material genético a reivindicar la paternidad o maternidad? ¿Existiría derecho del ser generado por estos métodos de reivindicar la paternidad por parte del donante de material biológico? ¿Podrían estas técnicas, en conjunto con otras ¿culminar en la solución de problemas de salud hereditarios? ¿Tal situación no conllevaría en efecto una eugenesia? La realización del deseo de tener un hijo mediante los medios ofrecidos por la ciencia, ¿debe ser entendida cómo positiva o negativa? ¿No estaríamos ante la posibilidad de comercialización de material genético o incluso de seres humanos, dado que debemos considerar las figuras de la *reproducción humana asistida*?¹⁹²

¹⁹²GAFÓ, J. (Editor), *Nuevas técnicas de reproducción humana. Biomedicina, Ética y Derecho*. Madrid, Publicaciones de la Universidad Pontificia de Comillas, 1986, p.91: “*se origina por la gestación de un ser humano en el útero de una mujer, en nombre y por comisión o encargo de otra a quien se le entregará el recién nacido como la madre propia*”. ROMEO CASABONA, Carlos María, *El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana*, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1994, p. 208: *España, al igual que los demás países que poseen medios técnicos cualificados y científicos muy preparados, se ha incorporado recientemente, pero con fuerza, a las tecnologías de la llamada reproducción artificial o asistida. Son diversas las técnicas disponibles en la actualidad, como es la inseminación artificial cuando el semen pertenece al marido, o similar, si la pareja no está casada (IA, también conocidas como inseminación homóloga), o si proviene de un tercero donante (IAD, inseminación artificial por donante, llamada también inseminación heteróloga). En relación con estos procedimientos de reproducción artificial hay que mencionar la fecundación “in vitro” mediante transferencia de embriones (FIV, FIVTE), según esta técnica el embrión es obtenido en el laboratorio y luego transferido o implantado en la mujer, pudiendo pertenecer ambos gametos o uno de ellos a*

No consideramos que resulte necesario adentrarnos en los detalles científicos de las diferentes modalidades de procedimientos de reproducción asistida, para el desarrollo del presente estudio. Nos limitamos a considerar la relevancia que estos representan en las cuestiones éticas, así como los riesgos derivados de la escasez de una legislación suficientemente capaz de garantizar los derechos de todas las partes implicadas – sea de la madre, del padre, del donante de material genético, del niño nacido mediante estas técnicas científicas, y de terceros. Así, percibimos que estas modalidades de técnicas bioéticas, en efecto, poseen una directa relación con los derechos fundamentales, a la vez que generan sugerentes interrogantes con respecto a los derechos de las diversas personas implicadas en un mismo procedimiento. Llegamos así a conclusión de que estas técnicas biotecnológicas, en efecto, pueden servir tanto como una garantía de los derechos fundamentales, como pueden ser meros limitadores de estos. Resulta necesario un debate suficientemente informado con respecto a este tema, con la pretensión de garantizar la dignidad de todas las personas implicadas.

La clonación, a su vez, consiste en otra técnica bioética resultado de largas investigaciones. Esta técnica comprende la multiplicación asexual de individuos, de forma que todos los seres que deriven de este procedimiento poseerán el mismo patrimonio genético. Como ejemplo de esta modalidad científica tenemos la famosa “oveja Dolly”, animal

la pareja o ser de terceros; y la maternidad por sustitución (madres “portadoras”, “subrogadas” o de “alquiler”), a las que se implanta el embrión de otra pareja para que lleve a término la gestación, para la cual no está capacitada la madre genética, la que aportó el óvulo, aunque también es posible que la sustituta aporte ella misma el óvulo mientras que el semen pertenezca al varón de la pareja solicitante. Tanto éstas como FIV requieran técnicas más complejas y particulares.

resultado de la sustitución del núcleo original de un óvulo por el núcleo de una célula mamaria de oveja. Tal procedimiento generó un ser con identidad genética con la donante del material originario – destacándose que se produjo sin ningún cruce sexuado. Tal acontecimiento configuró el hito de una nueva era biotecnológica. En efecto, tales resultados científicos dieron lugar a intensos debates con respecto a las posibilidades derivadas de esta técnica, así como el recelo de sus aplicaciones directas sobre los seres humanos.

A pesar de que el debate en torno a la clonación sea muy difundido, percibimos la existencia de una serie de cuestiones sin respuesta. De la posibilidad de clonación de animales, así como del creciente conocimiento del hombre en torno a la genética, hemos llegado a la posibilidad de creación de seres genéticamente modificados, con el mero propósito de suministrar órganos para trasplantes en seres humanos, o hasta incluso, la manufactura de clones, con la intención de que sirvan de transplante de órganos a los seres originarios. Destacamos el artículo publicado en el diario *The Independent* – y recogido en el diario *Folha de São Paulo*, en fecha del 05 de septiembre del año de 2000 – donde se afirmaba que *varios de los más importantes investigadores médicos del Reino Unido creen que el nacimiento de un bebé humano clonado es inevitable, a pesar de la actual aversión por parte de la sociedad a esta idea. Más de la mitad de un grupo de 32 científicos entrevistados por el The Independent dijo que la clonación reproductiva se intentará dentro de 20 años, si las dificultades técnicas y de seguridad son superadas.*¹⁹³

¹⁹³CELESTE, Maria, *Biodireito: ciência da vida, os novos desafios*, Revista dos Tribunais, 2001, p. 105.

El hombre anhela hacer uso de las técnicas bioéticas para los fines más diversos. Los interrogantes que surgen de la *clonación* son también numerosos: ¿A quiénes beneficiarán los avances en este campo de las ciencias biológicas? ¿Quién define cuáles son los avances que deben ser considerados como positivos o negativos? ¿No estaríamos ante un eventual comercio de seres humanos? ¿Estamos preparados para los “beneficios” derivados de la clonación, tales como la restauración de órganos y tejidos, la maximización del potencial genético de las razas, entre otros muchos? ¿Estamos preparados para asumir los “aspectos negativos” de esta técnica, como la muerte de seres durante la gestación o después del nacimiento, las más diversas y posibles anomalías, el envejecimiento precoz o disforme, el síndrome de la criatura grande –LOS (large offspring syndrome)-, eventuales lesiones hepáticas, tumores, baja inmunidad, entre tantas otras hipótesis que podemos imaginar? ¿La aplicación de estas técnicas sería una garantía o una ofensa a los derechos fundamentales? ¿Los seres derivados de estas técnicas tendrían derechos fundamentales y estos serían respetados? ¿Cuáles serían estos derechos? ¿Corresponderían a los del ser originario, o serían diferenciados, ampliados o reducidos? ¿No estaríamos ante la banalización del ser humano, una negación de la condición humana en sí, convirtiéndolo en artificial? Acabamos percibiendo una serie de interrogantes aún sin respuestas, pero nos queda claro una cosa, estamos ante un *Biopoder* inconmensurable, derivado de las más diversas posibilidades de métodos tecnológicos, con evidente capacidad de generar un recorte de las libertades, un aumento de la opresión racial y étnica, entre otras. Además, estamos ante todo frente a un *Biopoder* implícito en el conocimiento relativo a la manipulación de la vida a través de la clonación, el hibridismo, y lo transgénico.

Convendría que estudios e investigaciones en el campo de las técnicas bioéticas o biotecnológicas fueran debatidos en el seno de la sociedad. Los derechos fundamentales

deben servir para todas estas técnicas con el propósito de garantizar la dignidad de la persona humana. Sin embargo, entendemos la dificultad de dar las respuestas a estos interrogantes derivados del análisis de las nuevas tecnologías y sus efectos. Esta imposibilidad está relacionada con el hecho de que el hombre cada día realiza nuevos descubrimientos; al hecho de que las técnicas ya conocidas muchas veces poseen efectos inimaginables; al hecho de que no podemos afirmar por quién serán utilizadas estas técnicas, o si utilizarán adecuadamente.

4. Límites y garantías para la Bioética y la Biotecnología

Al adentrarnos en el debate referente a los límites y garantías relativos a la Bioética, y concretamente a la Biotecnología, conviene destacar que ambas han hecho posible unos cambios antes no imaginable. *Estamos en el amanecer de nuevas atribuciones y responsabilidades con la especie, momento único desde el inicio de la evolución del hombre que fue, hasta entonces, biológicamente, protagonista de papeles escogidos por fuerzas externas a la conciencia. El cambio de papeles de actor para autor de nuevos ensayos en la odisea humana trae consigo la ansiedad natural de los principiantes.*¹⁹⁴ Estos acontecimientos ponen de manifiesto una serie de planteamientos jurídicos, filosóficos, ideológicos, desde nuevos horizontes que vienen siendo creados, con la finalidad de suavizar sus eventuales efectos perjudiciales, así como suavizar los miedos experimentados por el camino desconocido que el hombre ha comenzado a recorrer. El miedo del hombre no se restringe a lo meramente desconocido sino también a su destrucción – ya observada en algunos momentos históricos, como en el caso de las dos grandes guerras -.

A pesar de esta necesidad de protección de la especie humana, dado el desarrollo de nuevas e incesantes biotecnologías, entendemos que no existe una adecuada aproximación legislativa sobre el tema, que obedezca sobre todo a la novedad de estas

¹⁹⁴ MENDES DE ALMEIDA SHERER NAVARRO, Adréya, *op. cit.*, p. 2.

nuevas tecnologías. De lo que ahora se trata es planificar medios suficientemente adecuados de control ético, moral, o normativo acerca de estos temas. En esta línea, sin pretender descuidar las legislaciones existentes referentes a las cuestiones bioéticas y biotecnológicas, entendemos que, en su mayoría, consisten en una mera configuración de voluntades políticas. Cuando usamos el término voluntades políticas, pretendemos decir que, al contrario de los Estados que realizan debates abiertos a sus ciudadanos – necesariamente debidamente informados -, acaban por realizar unas normas excesivamente restrictivas, o enormemente permisivas, en términos de bioética y Biotecnología.

Así, en términos generales, las legislaciones pertinentes, en nuestra opinión, no se han regulado a partir de un debate ético suficientemente informado por parte de los ciudadanos de los respectivos Estados, sino, para demostrar sólo una política reguladora del tema, adoptada por cada territorio. Sin embargo, no debemos desestimar la importancia de tales legislaciones, dado que, han acabado implicando un cierto grado de dirección para las nuevas tecnologías, así como para su utilización. La escasez de normas relativas a estos temas, en efecto, acaba por configurar una permisividad con relación a toda y cualquier investigación científica, libertad ésta que acaba afectando al ser humano, no solamente en los eventuales efectos futuros, sino en su propio *ser*, puesto que tal acontecimiento implica necesariamente la cosificación del hombre.

CAPÍTULO IV

DERECHOS FUNDAMENTALES Y SU RELACIÓN CON LA BIOÉTICA Y LA BIOTECNOLOGÍA

1. Bioética, Biotecnología, Derechos Fundamentales y Bioderecho

Al haber realizado una aproximación terminológica y conceptual de los términos Bioética y Biotecnología, así como de los denominados Derechos Fundamentales, a pesar de haber planteado algunas pistas iniciales, llega el momento de que prestemos mayor atención a la relación existente entre los mismos. Procederemos a realizar un análisis de los puntos de conexión e interrelación, más relevantes entre los institutos en cuestión, con el fin de poder observar la viabilidad de un estudio integrado de los mismos, así como de la importancia y utilidad de tal hecho. Conviene que partamos de algunas reflexiones de cuño filosófico, social, económico entre otros, sin poder descuidar el aspecto jurídico consiguiente. De esta forma, nos encontramos con la necesidad de tratar la situación jurídica de estos institutos, no solamente considerando lo que ya existe en términos de Derecho, sino preparándonos para el futuro.

Al adentrarnos en esta nueva etapa de nuestro estudio, debemos destacar que el día a día del hombre, así como de las sociedades en las que nos desarrollamos, se encuentra en constantes mutaciones, concretamente derivadas de las nuevas tecnologías. Tales transformaciones acaban por ocasionar modificaciones en lo cotidiano del ser humano, en los más diversos aspectos, incluso en lo que se refiere a sus derechos más elementales, en los denominados derechos fundamentales. En este sentido, tal y como hemos mencionado anteriormente, el *rol* de los derechos fundamentales, al menos en los

textos constitucionales parámetro, se encuentran abiertos. Es decir, que los derechos fundamentales son una categoría inacabada, dado que frente a los acontecimientos vividos por los seres humanos, en función de las nuevas necesidades, así como los nuevos derechos, están sometidos a continuos cambios. Lo mismo sucede con la disciplina de la Bioética, pues, como hemos considerado anteriormente, ésta debe mantenerse abierta, capaz de adaptarse a las nuevas realidades, así como a las nuevas problemáticas derivadas de las constantes e incesantes innovaciones, concretamente en el campo de la Biotecnología.¹⁹⁵ Así, nos encontramos con una semejanza, que puede ser considerada como una interrelación entre los institutos en cuestión, así como la conveniencia de su adaptación a la realidad.

Tanto los derechos fundamentales como las disciplinas de la Bioética y de la Biotecnología deben ser considerados como transindividuales.¹⁹⁶ Ésta es otra característica que vincula directamente los tres conceptos elaborados en el presente estudio, como es la preocupación por la colectividad, dirigida al fin último de garantizar una vida digna al ser humano. Como ya hemos visto en un capítulo anterior, la *cuarta dimensión* de los derechos fundamentales, correspondiente a los derechos transindividuales y deriva de los impactos tecnológicos experimentados por la humanidad en las últimas décadas; es decir, en función de las cuestiones ligadas a la Bioética y a la Biotecnología. La Bioética y así las técnicas biológicas poseen una relación directa con los derechos de los seres humanos, e implican efectos directos o indirectos, mediatos o inmediatos, sobre la totalidad del planeta. Tal

¹⁹⁵ Sobre la necesidad de que la bioética se adapte a los avances científicos, manteniéndose abierta y adecuada la realidad, recomendamos la lectura de la obra de TREVIJANO ETCHEVERRIA, Manuel, *op. cit.*, p. 55-57.

¹⁹⁶ BLÁZQUEZ, Niceto, *op. cit.*, p. 65-66.

situación es un hecho generador de nuevas necesidades y nuevos derechos para el hombre, tales como los derechos fundamentales a la vida, la integridad física y a la paz, entre otros.

De esta íntima relación entre los tres institutos antes aludidos, llegamos a la conclusión de que, su convivencia pacífica y saludable depende de la efectiva concreción del principio de la dignidad humana, que conforme a la posición adoptada en el presente estudio – a pesar de no defender la existencia de una jerarquía determinada entre los diversos valores, principios, o derechos fundamentales –, se configura como un filtro de los valores que se deben considerar en una situación concreta, con el fin de buscar la mejor solución para el hombre. Nuestra opción por plantear una correlación entre la disciplina de la Bioética y de la Biotecnología, con los derechos fundamentales, exige que no encerremos nuestro discurso en términos de mera validez formal, sino que busquemos una validez material, es decir, con efectos reales sobre la vida de los seres humanos. Hay que destacar que, tanto los derechos fundamentales como el Bioderecho, se limitan, en un primer momento, a un determinado Estado¹⁹⁷. Tras los debates y una crítica interna, se podrá buscar una universalización de aquellas con la aspiración de crear un mundo mejor.

Llegamos así a un punto de gran importancia. A pesar de que nuestro trabajo no pretenda un debate meramente legalista de los temas aquí propuestos, consideramos relevante presentar algunos comentarios sobre esta nueva era del Derecho, derivada de las

¹⁹⁷ Son importantes, en este apartado, las aclaraciones con respecto a la distinción entre los términos de Bioética y Bioderecho, sin incurrir en el error de creer en la inexistencia de una relación entre ambos, como subraya TORQUATO DE OLIVEIRA NAVES, Bruno, *op. cit.*, p. 134: “Así, se percibe que el Bioderecho, como rama del derecho, y la Bioética, como rama de la ética y de la filosofía, no son términos sinónimos que se pueden usar indistintamente.”

innumerables cuestiones bioéticas que vienen surgiendo a lo largo de los últimos años, concretamente derivadas de los avances en términos de Biotecnología. El Derecho tal y como lo hemos conocido hasta ahora no resulta ya suficientemente adecuado a la realidad, se debe buscar el significado y el alcance de los nuevos descubrimientos. Reconocemos la necesidad de crear las reglas que posibiliten un mejor uso de estas novedades. Surge la necesidad de que se conozca más a fondo el Bioderecho, una ciencia que trata regular las conductas de los individuos en la sociedad; un conjunto de normas impuestas coercitivamente por el Estado con el objetivo de regir la conducta entre los individuos y, a su vez, los individuos con el Estado. El Derecho que regula la Medicina, las Biologías, las nuevas tecnologías biológicas, entre otras cosas.¹⁹⁸

En este momento, más que nunca, debemos ver al Derecho, más concretamente, al Bioderecho, como abierto a lo nuevo que nos es traído por la historia. Estos derechos nacen de forma gradual, avanzando con las nuevas tecnologías, concretamente en el ámbito de la biología.¹⁹⁹ Conviene resaltar que *dentro de una sociedad evolutiva y globalizada, es innegable la importancia de estos derechos en la medida en que ciencia y tecnología deben mucho al derecho, amparado en las costumbres, en la jurisprudencia y en los principios generales de orden moral y filosófico, hay que acompañar esas transformaciones sin olvidar jamás que su papel fundamental es el de proteger al ser humano, preservando su identidad, integridad y dignidad.*²⁰⁰ No pretendemos reducir el *Bioderecho* a una mera novedad dogmática, sino que tratamos de

¹⁹⁸ MIGNON DE ALMEIDA, *op. cit.*, p. 3-4.

¹⁹⁹ BOBBIO, Norberto, *op. cit.*, p. 5.

²⁰⁰ CURVO LEITE, Rita de Cássia, “Os direitos da personalidade”, en: *Biodireito: ciência da vida, os novos desafios*, org. Maria Celeste Cordeiro Leite Santos, Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 151.

verlo como una reformulación del Derecho, desde un aspecto zetético.²⁰¹ Con esto, vemos la posibilidad de elevar el debate jurídico a esferas antes no alcanzadas, haciendo viable un debate adecuado de temas sugerentes como los traídos por las nuevas tecnologías, de forma que se rebase el mero discurso formal. Se trata de llegar a poder examinar las críticas de cuño ideológico, promocionando la propagación de este debate con gran amplitud para que tenga suficiente eco y con la finalidad última de dar materialidad a todo este debate.

Cuando tratamos de Bioderecho, no pretendemos hablar de la elaboración de normas estanques, en moldes meramente legalistas, sino de la introducción de un debate actual, no arraigado en el mero formalismo, sino firme en la búsqueda de resultados materiales. Es decir, que no buscamos un derecho dirigido a criterios de mera validez formal – existencia de legislación escrita sobre un determinado tema -, sino adscrito a criterios de validez material – en su dimensión operacional -, o dicho de otro modo, con validez “ética”. Es decir, pretendemos elaborar un debate abierto, ligado a la realidad, tomando en consideración los más diversos aspectos, desde propósitos sociales, filosóficos, económicos, culturales, entre muchos otros.²⁰² El Bioderecho, acompañando la disciplina

²⁰¹TORQUATO DE OLIVEIRA NAVES, *op. cit.*, p. 135 : “No existe, en el dogmatismo, la pregunta de lo que es el derecho en sí, sino bajo qué circunstancias, en qué proporción y de qué manera hay conocimiento jurídico. Eso no quiere decir que el dogmático se comporte acriticamente, sino que su argumento es siempre intra-sistémico. El propio sistema suministra soluciones. (...) La zetética se relaciona con la dogmática en la medida en que suministra fundamentos, bases valorativas que deben ser incorporadas al sistema dogmático.”

²⁰²TORQUATO DE OLIVEIRA NAVES, Bruno, *op. cit.*, p. 138-139: “El ordenamiento jurídico se constituye, así, de un conjunto de reglas y principios, bajo la forma de un sistema abierto. El pensamiento sistemático anterior es sustituido por un método problemático. El problema es el punto de partida y de él se construye el sistema jurídico.

que le dio origen, tal como la Bioética, debe ser considerado como interdisciplinario, concretamente arraigado en la “Ética” y en los “derechos fundamentales”.

Es importante destacar que, no pretendemos negar la importancia de una validez formal de leyes en torno a la Bioética y a la Biotecnología, incluso porque, muchas de las confusiones observadas en nuestro día a día derivan, precisamente, de esta laguna legislativa – aquí concretamente hacemos referencia a cuestiones de ámbito interno brasileño, dado que su legislación en términos de Bioética, más concretamente de Bioderecho, es aún muy limitada.²⁰³ Extendemos la crítica realizada al Estado brasileño, al ámbito de las relaciones internacionales, ya que en nuestra opinión estamos ante un *Derecho sin fronteras*, pues como anteriormente hemos indicado, las cuestiones a que éste hace referencia, en muchos casos, pueden poseer una repercusión global. Como hemos tratado en el apartado anterior, las cuestiones referentes a la Bioética y a la Biotecnología, ya no pueden ser analizadas desde una perspectiva individual, o restrictiva – a una

La maleabilidad de ese método permite una mayor aproximación de la justicia, sin alejarse de la seguridad jurídica.

Ante ese nuevo método, ¿cuál nos lleva al Bioderecho?

En función de la novedad y agilidad de los medios biotecnológicos, ardua, e incluso imposible, sería la tarea de elaboración legislativa de forma que proporcione una plenitud del ordenamiento jurídico. Además, las situaciones fácticas con las que el Bioderecho trabaja tienen por objeto la propia vida, exigiendo, pues, que las soluciones sean rápidas, pero sobre todo eficaces. Es obvio que estamos ante *hard cases*, como diría Dworkin. De esa forma, las decisiones deben ser únicas, construidas a partir del problema concreto, permitiendo la solución más justa posible.

(...) se percibe, así, que no sirve una legislación rígida, con pretensiones de abarcar todo, pues la justicia requiere opciones, cuya flexibilidad es alcanzada por cláusulas generales y principios, que permiten libertad, pero no arbitrariedad.”

²⁰³ En el sentido de una escasez legislativa, así como de la necesidad de la misma, resultan relevantes son las observaciones realizadas por BLÁZQUEZ, Niceto, *op. cit.*, p. 385-405.

determinada sociedad o Estado -, dado que las repercusiones de las respectivas decisiones pueden afectar al mundo entero, incluso culminando en una *crisis global*.

Así, sin desestimar la validez formal del Bioderecho, así como la eventual función social de esta característica, en la medida en que podría servir de freno inhibitor a actitudes despreocupadas con el entorno social y ambiental, dado que podría ser utilizado como medio represivo de actitudes no debidamente debatidas en el seno de la sociedad, cuyas repercusiones ni siquiera soñamos, estamos en efecto más preocupados por el aspecto material de esta disciplina. Cuando hacemos mención a un aspecto material, estamos refiriéndonos a la manifestación de un mínimo ético, como esencia de la autoconciencia de los seres en una colectividad e, incluso, de toda la humanidad. Consideramos que el Bioderecho deba rebasar la esfera individual, alcanzando una dimensión transindividual, es decir, alcanzando una dimensión de fraternidad, solidaridad y amor. Aquí encontramos el punto de unión entre el Bioderecho y los derechos fundamentales, y consideramos que ambos están para garantizar una vida digna a los seres humanos, no desde una perspectiva individualista, sino desde un punto de vista transindividual.²⁰⁴ Al entender que la totalidad de los derechos fundamentales coexisten en un determinado ámbito, tal como el de la dignidad de la persona humana, el Bioderecho puede ser entendido como la nueva frontera de los derechos fundamentales. *Frontera que, una vez conquistada, no sólo amplía el territorio de las prerrogativas reconocidas por la conciencia ética de la humanidad, sino que permite redefinir la propia idea de dignidad humana.*²⁰⁵

²⁰⁴DINIZ, Maria Helena, *op. cit.*, p. 20.

²⁰⁵PEREIRA SILVA, Reinaldo, *Biodireito: a nova fronteira dos direitos humanos*, São Paulo, LTr, 2003, p. 20.

No pretendemos la restricción del debate a determinados Estados, sino a la creación de una cultura de los derechos fundamentales, así como su universalización, con el fin de que mejoremos la vida del ser humano a nivel global. Es decir, pretendemos la universalización de los derechos fundamentales – aprovechando su validez formal y material en cada Estado Constitucional -, con el fin de alcanzar la elaboración de unos mínimos éticos globales, apuntando a la garantía de la dignidad humana en un ámbito transnacional, con la finalidad última de buscar siempre una mejor vida al ser humano, que claramente está relacionada con el mantenimiento de todos los organismos vivos, es decir, del planeta tierra.²⁰⁶ Siendo ésta la perspectiva que pretendemos aportar al denominado Bioderecho, debiendo este último estar estrictamente relacionado con la dignidad del ser humano, y por consiguiente, con los derechos fundamentales.

2. Universalización de los derechos fundamentales frente al multiculturalismo; derechos fundamentales como medio de introducción del aspecto humanitario en la Bioética y Biotecnología

A lo largo de los capítulos presentados en el presente estudio, de forma reiterada y sistemática, hemos manifestando la necesidad de entender los derechos fundamentales como históricos, a la vez que propugnamos por su universalización.

²⁰⁶SOUZA SANTOS, Boaventura de, *Uma concepção multicultural de direitos humanos*, en: Revista Lua Nova. São Paulo: CEDEC, nº 39, 1997, p. 122: “Como dijo *Sartre*, antes de ser concretada, una idea tiene una extraña semejanza con la utopía. Sea como sea, lo importante es no reducir el realismo a lo que existe, pues, de otro modo, se impone la obligación de justificar todo lo que existe, por más injusto y opresivo que sea”. Cuando tratamos acerca de la universalidad de los derechos fundamentales, no podemos olvidarnos de la indicación de contenido del Derecho más que a cargo de la conciencia desarrollada en cada comunidad y en un determinado momento histórico, tal y como ha apuntado ROTHENBURG, Walter Claudius, *op. cit.*, p. 56.

Los derechos fundamentales son históricos en la medida en que van evolucionando en consonancia con los acontecimientos de la realidad, siempre sumando las sucesivas conquistas humanas.²⁰⁷ Sin embargo, es preciso aclarar que, con tal tipo de alegación, no pretendemos validar acontecimientos como la esclavitud y la tortura, lo que podría suceder si adoptásemos una posición legalista del tema – dado que para algunos autores arraigados en la visión positivista, todo lo que históricamente encontró amparo legal debe ser considerado como Derecho. Algunos autores han acabado por defender el abstraccionismo de la universalidad de los derechos humanos.²⁰⁸ Tal tipo de abstraccionismo de los derechos del hombre, por consecuencia lógica, acaba por hacer imposible la pretendida universalización de los derechos fundamentales en los términos presentados en nuestro estudio, puesto que, las realidades de cada Estado, rebasarían cualquier intento en este sentido.

Por nuestra parte, nos manifestamos en el sentido exactamente distinto, es decir, de que el multiculturalismo, de ninguna forma, puede causar una gran abstracción de la universalidad de los derechos humanos, que acabe por impedir la pretendida universalización de los derechos fundamentales. En efecto, cuando aludimos a la esperanza de que los derechos fundamentales tengan un alcance universal, pretendemos que la garantía de los derechos esenciales lleguen a implicar un sentimiento global de igual dignidad a todos los seres humanos, independientemente del Estado en que éste se encuentre. Sin embargo, una vez más insistimos en que, creemos en la distinción entre la universalización de los derechos humanos y la de los derechos fundamentales, en el ámbito

²⁰⁷PEREIRA SILVA, Reinaldo, *op. cit.*, p. 23-24.

²⁰⁸PEREIRA SILVA, Reinaldo, *op. cit.*, p. 23-24.

de su validez material, puesto que la eficacia de estos últimos, como ha sido demostrado por los textos constitucionales parámetro, es manifiesta y posee medios más eficientes.

Tal y como subraya Reinaldo Pereira y Silva, *todos los seres humanos son titulares de las mismas prerrogativas humanitarias, muchos incluso vinculados a diferentes culturas. Incurriendo en un grave desatino, algunos autores insisten en oponer la universalidad al multiculturalismo. En efecto, como pretexto de defensa de la diversidad cultural, lo que tales autores defienden es el relativismo de los derechos humanos. Incluso porque, en la práctica, insistir en esta oposición equivale a legitimar calidades y acciones espaciales que, a pesar de su diversidad, en nada contribuyen a la emancipación humana.*²⁰⁹ En esta línea, acciones tales como la mutilación genital femenina en países de África, comúnmente citados por la prensa como medio de demostrar la existencia de culturas sensiblemente distintas en nuestro planeta, deberían ser toleradas por toda la humanidad, en evidente discrepancia con la obligación de protección de los más débiles frente a los daños de difícil reparación o hasta incluso irreparables.²¹⁰ Esta multiculturalidad no implica necesariamente la comparación entre diferentes Estados, y se pueden referir a diferencias culturales, dentro de un mismo país. Aquí debemos poner una especial atención en relación al Estado Brasileño, con el fin de aclarar nuestras posiciones, dado que éste posee dimensiones territoriales continentales, ya que cada una de sus regiones posee culturas distintas, principalmente en función de los diferentes orígenes inmigratorio-colonizadores, así como de la existencia de pueblos indígena-nativos. Es decir

²⁰⁹PEREIRA SILVA, Reinaldo, *op. cit.*, p. 25.

²¹⁰ MACKLIN, Ruth, "Bioética, vulnerabilidade e proteção", en: PESSINI, Léo; GARRAFA, Volnei (org.). *Bioética: poder e injustiça*, São Paulo, Loyola, 2003, p. 66-67.

que, dentro de un mismo Estado, que posee un texto constitucional único, existen culturas sensiblemente diversas sin que, sin embargo, tal tipo de diferencia pueda justificar una negativa a los derechos fundamentales de los respectivos ciudadanos.

El respeto a las distintas culturas no puede servir como justificación para provocar algún mal a los derechos humanos, y más concretamente, a los derechos fundamentales, y menos aún se puede admitir que se establezcan legislaciones en detrimento de estos. No estamos defendiendo una *desculturalización*, mediante el completo detrimento u olvido de las características de cada pueblo, sino el que no se debe utilizar el multiculturalismo como justificación o disculpa de actitudes deshumanas que, produciéndose reiteradamente, acabarían con cualquier posibilidad de establecer una *cultura solidaria y de amor*, capaz de producir una reflexión crítico global, dirigida a evitar una crisis mundial, que posiblemente podría proceder del inadecuado debate de temas pertinentes a la Bioética y a la Biotecnología.

El universalismo de los derechos humanos resulta compatible con el multiculturalismo, con el fin de conferir a la diversidad de las culturas el carácter de prerrogativa humanitaria. En el mismo sentido, la universalización de los derechos fundamentales, mediante el establecimiento de mínimos éticos en los diversos Estados, constituiría una forma eficiente de control del menoscabo de la dignidad de los seres humanos, con validez formal y material. No anhelamos la imposición de la cultura occidental sobre la totalidad de los pueblos existentes en el planeta, sino, la permeabilidad de todos estos a las críticas externas, llegando a un entendimiento profundo de la dignidad humana, desde un *standar* global. Sin embargo, el universalismo aquí defendido, en efecto,

tendría como propósito el de estimular esta permeabilidad a las críticas externas, en el sentido de ampliar y profundizar la visión de los diferentes Estados con relación a la dignidad de la persona humana, acabando por provocar una crítica interna – así como un posición desde el punto de vista constitucional o legislativo interno – alejando la posibilidad de opresión justificada por razones culturales.²¹¹

El multiculturalismo no es un obstáculo a la universalización de los derechos fundamentales sino una sofisticación de la misma. Tal afirmación se basa en el hecho de que, las diferencias culturales, siempre que se respeten los mínimos éticos derivados de la universalización de los derechos fundamentales, acaban por reforzar la característica abierta de estos, permitiendo considerarlos como derechos permeables y evolutivos como consecuencia de la realidad. En esta línea, la universalización de los derechos fundamentales demuestra, en nuestra opinión, la crucial relevancia para una correcta y adecuada sistematización de la Bioética y Biotecnología, ya sea en términos de conciencia humana, como de legislación o de mínimos éticos.²¹² Tal situación puede desembocar en una unificación, una globalización, de toma de decisiones en términos de bioética, prestando especial atención a las técnicas biológicas, apuntando a un desarrollo adecuado del ser humano, respetando su dignidad individual y transindividual²¹³. Ello porque, como hemos aludido anteriormente, las cuestiones bioéticas rebasan las fronteras de los Estados,

²¹¹FREEMAN, Michael, “Direitos humanos universais e particularidades nacionais.”, *Cidadania e justiça. Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros*, Brasília, ano 5, n. 11, 2001, p. 97.

²¹² En relación a que en la mera condición humana deba existir un mínimo ético, podemos destacar la obra de CASADO, Maria, *op. cit.*, p. 52-53.

²¹³ Titularidad transindividual vinculada a la visión moderna, basada en la solidaridad. ROTHENBURG, Walter Claudius, *op. cit.*, p. 61.

de forma que las decisiones sobre estos temas, pueden acabar influyendo directamente en el futuro de la humanidad.

Es oportuno reflexionar acerca de la fuerza humanizadora de la universalidad de los derechos fundamentales en relación a temas bioéticos, y más concretamente con respecto a las nuevas tecnologías aplicadas a la biología. Como hemos mencionado anteriormente, los avances en los campos de la Bioética y Biotecnología son relevantes, ocasionando una serie de debates éticos, morales y jurídicos. Entendemos que todas estas cuestiones deban ser debatidas de modo universal, de forma que pueden venir a reflejar las diversas opiniones globales. Consideramos que ya no es posible un debate estrictamente territorial sobre cuestiones de Bioética y Biotecnología, ya que las decisiones de un determinado Estado, o incluso de un determinado grupo de individuos – que tengan conocimientos científicos -, pueden alterar la realidad de un gran número de personas, o incluso, de todos los seres. Todo ser humano debe poseer su dignidad, en el territorio en el que resida, independientemente de sus condiciones sociales, culturales, religiosas, económicas, entre otras, y no como una “cosa” al servicio o merced de las nuevas tecnologías.²¹⁴

Así, la universalización de los derechos fundamentales – que posee un evidente cuño humanizador, ya que tiene como objetivo la defensa de la dignidad de la persona humana – puede ser entendida como un medio de alejar la cosificación del ser humano, que a veces se encuentra en los pensamientos más progresistas, más preocupados

²¹⁴ Con respecto a la cosificación del ser humano, así como de la humanización, son interesantes las observaciones de SERRANO RUIZ-CALDERON, José Miguel, *op. cit.*, p. 3-22.

por los avances tecnológicos con las consecuentes repercusiones sobre la especie humana.²¹⁵ La universalización de los derechos fundamentales aquí propuesta – con el establecimiento de unos mínimos éticos universales, con la validez material proporcionada por el derecho constitucional de cada Estado – podría resultar el punto básico de convivencia, así como de coherencia interna de un debate bioético y biotecnológico efectivamente globalizado. Por esta razón, la universalización de los derechos fundamentales resulta útil para ayudar en la interrelación entre los diferentes pueblos, haciendo viable el establecimiento de los mínimos éticos, capaces de dirigir y determinar una decisión suficientemente informada, teniendo como objetivo el bien común. Situación que, a nuestro juicio, comportaría una universalización del debate bioético y biotecnológico, con raíces orientadoras basadas en los derechos fundamentales, que tengan como base la dignidad de la persona humana, garantizando así una identidad al ser humano, en el ámbito planetario, frente a los grandes cambios que han reportado las nuevas tecnologías.

²¹⁵PATRÃO NEVES, M., “A bioética de ontem, hoje e amanhã: interpretação de um percurso”, en: *ARCHER, Luiz, Novos desafios à bioética*, Porto, Porto Editora, 2001, p. 21, aclara que el éxito de la bioética dependerá de la fidelidad a su intencionalidad originaria, de acuerdo con el espíritu humanista, en un contexto actual deshumanizado como es el científico-tecnológico o el económico-financiero.

CAPÍTULO V

BIOTECNOLOGÍA: LÍMITE O GARANTÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Llegamos a un punto crucial de nuestra investigación, como es el de establecer la efectiva relación de los derechos fundamentales con la Biotecnología, planteándonos si ésta constituye un límite o una garantía de los derechos fundamentales. Es importante destacar, antes de que nos adentremos más profundamente en este análisis, que hemos podido percibir a lo largo de este estudio, que la Biotecnología se encuentra directamente relacionada con la Bioética, así como intrínsecamente ligada a los derechos fundamentales. Tal relación ya ha sido objeto de estudio en los capítulos anteriores y, además, hemos dejado claro que solamente esta relación cercana entre los tres institutos es capaz de propiciar una evolución, tanto en el campo teórico, como operacional, de un adecuado estudio en torno a las nuevas tecnologías y el futuro que nos espera.

Con el objetivo de iniciar un análisis sobre la cuestión que ahora nos ocupa – Tal como, ¿la Biotecnología configura un límite o una garantía a los derechos fundamentales? - necesitamos primeramente responder a la cuestión opuesta – ¿los derechos fundamentales configuran un límite o una garantía a la Biotecnología? - En efecto, al realizar un análisis más detallado sobre los derechos fundamentales en los capítulos anteriores, entendemos que no existe una jerarquía entre los distintos derechos, así como no hay una jerarquía de forma rígida y pre-definida entre los diferentes valores implicados, sino que debe realizarse un estudio en cada caso, para reflexionar acerca del cuál, o qué derechos o valores resultan ser más importantes en una cierta situación, siempre desde una perspectiva de protección de la dignidad de la persona humana. Así, cada situación posee

sus peculiaridades, debiendo verse siempre con la cautela, con el fin de proporcionar una adecuada protección de la dignidad humana, tanto desde un punto de vista individual como transindividual.

No creemos que resulte posible un análisis *maniqueísta* del tema, donde estaríamos comprometidos a posicionarnos como los defensores vehementes de las nuevas técnicas científicas, o decididamente contra las mismas. Es decir, no creemos en la posibilidad de considerar las nuevas tecnologías como esencialmente “malas” o “buenas”, sino como una realidad “que llama a nuestra puerta”, y que exige una debida reflexión. Por ello, entendemos que no podemos afirmar que los derechos fundamentales representen un límite, o una garantía, a la Biotecnología, y que, al no hacer un juicio de valor único, e indivisible, sobre estas nuevas tecnologías, no somos partidarios de un pre-determinismo a este respecto. Destacamos que en cada situación, más de un derecho fundamental, o más de un valor fundamental, pueden estar implicados, ya que solamente un análisis del caso concreto podrá darnos una definición en lo que se refiere a un eventual límite o garantía con respecto a las nuevas tecnologías biológicas.

Por consiguiente, nos posicionamos en el sentido de que en cada caso, los derechos fundamentales pueden poseer papeles distintos, configurándose como un límite o una garantía a la Biotecnología. Con tales afirmaciones no pretendemos quedar al margen de un posición personal determinada, sino aclarar que resulta necesario el análisis de una determinada situación en concreto, con el fin de que consideremos los derechos fundamentales como un límite o una garantía a la Biotecnología, en la medida en que los propios derechos y valores constitucionales, en un primer momento, como hemos

mencionado anteriormente, deben pasar por un *filtro* – consistente en el principio de la dignidad de la persona humana -. Por todo ello, no conviene, *a priori*, realizar un pre-juicio en cuanto a la eventual limitación o garantía de la Biotecnología por parte de un determinado derecho fundamental.

Sin embargo, con la finalidad de entender mejor la situación de la Biotecnología, así como con el fin de hacer viable un debate abierto, con la participación de la sociedad, es preciso explicar más claramente la relación de los derechos fundamentales con las nuevas tecnologías biológicas. Así, debemos tener en consideración que los derechos fundamentales, puesto que tienen como último fin el de garantizar la dignidad de la persona humana, deben fomentar un debate más depurado en términos de Biotecnología. Entendemos que los derechos fundamentales, como un todo – en términos de conjunto -, si lo consideramos como un límite a la Biotecnología, estarían imposibilitando por completo los avances tecnológicos, incluso los que se producen para el bien de la sociedad y de la humanidad. Por ello, no entendemos resulte posible clasificar los derechos fundamentales – desde una perspectiva de conjunto, sin visualizar un derecho específico, cuanto menos una situación en concreto – como un límite a la Biotecnología, pues estaríamos yendo contra la propia dignidad del ser humano, a la vez que podríamos estar obstaculizando la posibilidad de encontrar la solución de los diversos problemas que afligen a la humanidad.

En esta línea, cuando analizamos los derechos fundamentales como un todo – es decir, como un conjunto de derechos fundamentales -, entendemos que resulta necesario considerarlos como una garantía última de la Biotecnología, en la medida en que ésta guarda la posibilidad de resolver problemas de más elevada relevancia, incluso

pudiendo ser responsable por la conservación de la existencia de la especie humana. La Biotecnología está directamente vinculada a la Bioética y a los derechos fundamentales, resultando inviable considerarlos, en sentido *latu*, como límite, ya que podríamos acabar suponiendo un severo perjuicio al principio de la dignidad de la persona humana. Esta afirmación se puede justificar por el simple hecho de que muchos de los avances tecnológicos configuran, y pueden llegar a configurar, garantías de una vida digna al ser humano. Sin embargo, no podemos defender esta garantía como ilimitada, sino al contrario, como corroboración de las diversas oportunidades, en relación al análisis del caso concreto, en función de la dignidad humana, de manera que la tecnología biológica puede sufrir limitaciones, en función del Derecho, de la Moral y de la Ética.

En lo que se refiere a la relación inversa, es decir, a la Biotecnología como límite o garantía a los derechos fundamentales, consideramos que exista una cuestión de gran relevancia con el fin de difusión de un debate suficientemente informado en función de las nuevas tecnologías, desde una perspectiva humanista, respetando la dignidad de la persona humana. El ser humano se encuentra actualmente con un poder tecnocientífico de proporciones aún no commensurables, que pueden influir o incluso, modificar substancialmente su realidad. Tales avances tecnológicos, concretamente en el ámbito de la Biotecnología, poseen la condición de mejorar la vida del ser humano en relación a aspectos ni tan siquiera previstos por los científicos, pero también de perjudicarle en su vida digna, hasta llegar a una crisis global.²¹⁶ . Los efectos derivados del uso de estas nuevas tecnologías pueden afectar nuestro día a día, y también pueden, eventualmente,

²¹⁶FLECHA, Jose-Roman, *La fuente de la vida: manual de bioética*, Salamanca, Ediciones Sígueme, 2000, p. 99.

ocasionar transformaciones inimaginables en nuestro planeta en el futuro, o incluso, sin pretender ser alarmistas, acabar con la vida del planeta.

La Biotecnología, como percibimos de los relatos más recientes de los medios de comunicación, así como por parte de la doctrina especializada, ha traído una serie de beneficios para los seres humanos, como la viabilidad de la fecundación *in vitro*, la evolución de medicamentos y diagnósticos, la producción alimenticia de forma más eficiente, entre tantas otras. En un primer momento, la búsqueda por la evolución del ser humano, con mejores condiciones de desarrollo personal, así como su mayor extensión de vida se presentan como indudables logros. Lo que hoy en día es un avance científico beneficioso, en muchas ocasiones trata de la solución de problemas que afligen nuestro planeta, tales como la futura falta de agua potable, el hambre, eventuales pandemias²¹⁷, entre otros. En esta línea, ¿cómo no ver la Biotecnología como uno bien para el ser humano?

Al reflexionar sobre algunas innovaciones tecnológicas en el área de la biología que llegan a nuestro conocimiento por los medios de comunicación, percibimos una limitación de informaciones, de manera que acabamos, en muchas ocasiones, siendo bombardeados con verdaderas propagandas en *pro* de una corriente progresista. Es decir, los ciudadanos, habitualmente, son inducidos a entender los avances tecnológicos como *progreso*, y este último como siendo algo necesariamente “bueno”. Es importante destacar que, a pesar de que nuestro estudio no pretenda realizar un análisis en cuanto a los aspectos

²¹⁷ Pandemia en el sentido de una epidemia generalizada, es decir, que alcance gran parte, o a la totalidad, de la extensión territorial del planeta.

positivos y negativos de la Biotecnología, ni tampoco realizar un estudio desde una perspectiva *maniqueísta*, consideramos que resulta de gran relevancia plantear tal tipo de cuestiones, incluso con el fin de suscitar una crítica por parte de cada ser humano éticamente capaz. Hasta ahora, no existe un debate debidamente adecuado y globalizado en lo que se refiere a cuestiones biotecnológicas.

A pesar de no pretender debatir acerca de los aspectos positivos y negativos de la Biotecnología, conviene al menos tomar partido en esta cuestión. La mayoría de los descubrimientos hoy en día percibidos se producen sin que exista un previo debate suficientemente informado por parte de los seres humanos, que invariablemente deben ser vistos como los directamente interesados y afectados. Es decir, que las nuevas tecnologías van surgiendo en cada momento, sin que muchas veces no resulte percibida, o sin que sean previamente debatidas sus posibilidades reales, ni sus posibles repercusiones sobre la vida del ser humano. Es decir, las nuevas tecnologías están llegando, por la simple necesidad de progreso y evolución científica, dejando de lado la cuestión humana directamente relacionada con la misma. Es importante recordar que, por más que una nueva técnica parezca benéfica, y a primera vista posea buenas intenciones, su utilización puede ser corrompida por parte del ser humano.²¹⁸ Así, el uso dado a determinados conocimientos y avances tecnológicos, incluso cuando son desvinculados de la intención de su creador, pueden ocasionar efectos aún desconocidos para el hombre, así como transformar el futuro de la humanidad de forma y en proporciones no imaginables.

²¹⁸ FLECHA, Jose-Roman, *op. cit.*, p. 60-61.

Es interesante recordar que el físico Stephan Hawking, ya en el año de 1998, vaticinaba grandes peligros para el futuro. Creyendo este último, que la *amenaza más inminente estaba formada por las armas nucleares – pero a largo plazo vio también la posibilidad de que la raza humana pudiera ser sustituida por una nueva especie. Podría derivar de la ciencia de la computación o podría ser creada por los ingenieros genéticos. Necesitaremos de mucho para sobrevivir a ese período, si no pasamos a resolver nuestros propios asuntos de forma más racional.*²¹⁹ Es decir, nos encontramos con las incertidumbres de nuestro futuro, en concreto las ocasionadas por las nuevas tecnologías y su utilización por los seres humanos. Muchas de las nuevas tecnologías, concretamente las biotecnologías, si se usan de forma errónea, pueden llegar a ocasionar efectos catastróficos e irreversibles. En esta línea, ya no podemos seguir considerando las nuevas tecnologías como siendo necesariamente benéficas, puesto que desconocemos sus potenciales efectos sobre nuestra realidad, así como sobre nuestra existencia y supervivencia. ¿Quién nos garantiza que la búsqueda de la solución de los problemas que afligen a la humanidad, por medio de la Biotecnología, no será el camino más corto para una crisis mundial? No podemos dejar de incentivar un debate suficientemente informado sobre estas cuestiones, so pena de ver siempre las nuevas tecnologías biológicas como benéficas, y esperemos que sus efectos sobre la vida del ser humano acaben siendo “benéficos en un sentido amplio”.

Tal y como hemos afirmado en capítulos anteriores, la Biotecnología está íntimamente relacionada con la Bioética, así como con los derechos fundamentales, en la medida en que debe buscar la concreción del bien común. Un debate en términos de

²¹⁹Entrevista a Der Spiegel. *O Estado de S. Paulo*, 19 de dez. 1988. Caderno 2, p. 4. Apud, GARCIA, Maria, *op. cit.*, p. 53

Biotecnología, necesariamente debe estar adscrito a la Bioética y a los derechos fundamentales, con el fin último de garantizar una vida digna al ser humano, desde una perspectiva transindividual. Respetando los derechos fundamentales, desde una perspectiva del principio de la dignidad de la persona humana, podremos realizar un adecuado debate en términos de Bioética o incluso en términos de Biotecnología.

Aquí nos encontramos con punto neurálgico de este capítulo, como es la necesidad de respeto, por parte de las nuevas tecnologías biológicas a la dignidad de la persona humana. Con el presente estudio pretendemos demostrar la posibilidad de universalización de los derechos fundamentales, en el sentido de crear un mínimo ético que adopte una forma material en cada Estado, de forma que haga viable la toma de decisiones en términos de Bioética y Biotecnología, adecuados a la garantía de la dignidad de la persona humana de forma global. La Biotecnología, imperiosamente, debe estar adscrita a los derechos fundamentales, de forma que se pueda realizar efectivamente un control para garantizar su adecuación al principio de la dignidad humana.

La Biotecnología ha supuesto una serie de avances capaces de mejorar la vida del ser humano, que en una visión restrictiva y minimalista nos conduciría al entender que se trataría de una garantía de los derechos fundamentales. Por otro lado, si pensamos que a causa de la Biotecnología podríamos encontrarnos en un futuro no muy lejano con guerras biológicas, por ejemplo, podríamos cambiar de opinión radicalmente, pasando a entenderla como un límite, o incluso como una forma de rechazo o de negación de los derechos fundamentales. Estos comentarios tienen como objetivo ofrecer unas pautas

de reflexión sobre este tema, intentando llegar a una posición concreta y justificable desde premisas racionales.

En efecto, entendemos que no podríamos evaluar la Biotecnología en sentido *latu* como indecorosa, es decir, como limitadora de los derechos fundamentales de forma amplia, pues estaríamos desestimando la propia naturaleza humana, en el aspecto de que es bueno que pretenda evolucionar. En el caso de que adoptásemos una posición diversa, podríamos estar limitando toda la evolución del ser humano, desde aspectos filosóficos, sociales, culturales, técnicos, jurídicos y otros. Es decir, todas las mejoras que se produjeron en la vida también acabarían, imperiosamente, siendo criticadas y vistas como algo que no valiese la pena. Es decir que, en el caso de que entendamos la Biotecnología como una limitación a los derechos fundamentales – como un todo -, equivaldría a afirmar que los avances médicos, como el hallazgo de la penicilina, no deberían de existir. Tal situación no puede aceptarse.

Así, a pesar de creer que la Biotecnología puede configurar tanto un límite como una garantía, cuando se asocia a un derecho fundamental específico, no se puede entender como una limitación general. Tal afirmación, como hemos comentado anteriormente, implicaría entender que la mera existencia de la Biotecnología, así como su continuidad, configuraría un límite a los derechos fundamentales. Tal posición, salvo mejor juicio, por consecuencia lógica, conllevaría la necesidad de extinción de cualquier tipo de tecnologías biológicas, ya que no podríamos pretender que se sacrificaran los derechos fundamentales en detrimento de aquélla. Así, a nuestro parecer, no puede aceptarse la Biotecnología como un límite a los derechos fundamentales, ya que esta actitud estaría

ocasionando una sensible alteración de determinados derechos que son garantizados por la misma, en la medida en que estaríamos haciendo inviable su práctica.

Como sabemos que algunas novedades procedentes del campo de la Biotecnología tienen como objetivo garantizar la vida del ser humano, así como su dignidad – a pesar de poder ser utilizadas con fines no benéficos -, no nos queda otra alternativa que concluir que ésta sería una garantía última a los derechos fundamentales. Al existir la posibilidad de que la Biotecnología pueda garantizar uno o más derechos fundamentales en un análisis específico, no resulta posible etiquetarla como una limitación de los derechos fundamentales, so pena de que, en efecto, nuestro estudio acabaría siendo un limitador de estos derechos. Lo que pretendemos decir es que, en el caso que optásemos por considerar a la Biotecnología como un límite a los derechos fundamentales, con la finalidad de evitar cualquier restricción o abuso a los derechos de forma preventiva, estaríamos impidiendo el resultado inverso, es decir, cualquier tipo de garantía.

Por ello, entendemos que la Biotecnología es una garantía última de los derechos fundamentales, apuntando efectivamente a la concreción de la dignidad de la persona humana. Estamos realizando una reflexión en sentido *lato* – englobando los términos de Biotecnología y los derechos fundamentales, de forma amplia y genérica -, sin pretender olvidar que en determinadas situaciones específicas, puede darse el efecto contrario. Consideramos tal situación con el fin de evitar distorsiones o usos inadecuados, ya que no pretendemos afirmar que cualquier tecnología en el campo de la biología deba ser entendida como una garantía a los derechos fundamentales y no dar oportunidad a

justificativas para algunas atrocidades, tales como las experiencias operadas por los médicos nazistas.

No entendemos que tal tipo de posición permita entender la Biotecnología como ilimitada. En efecto, según hemos ido aclarando a lo largo de esta investigación, todos los institutos aquí tratados encuentran límites, de forma que es esta proporcionalidad, basada en el principio de la dignidad de la persona humana, al ser aplicada en el caso concreto, la que hace viable el desarrollo de la ciencia, a la vez de ayudar al ser humano, desde una perspectiva transindividual, a alcanzar su dignidad. Como hemos indicado anteriormente, la Biotecnología se encuentra íntimamente vinculada con los derechos fundamentales, la Bioética, y - a pesar de su débil existencia hasta el momento - con el Bioderecho.

A MODO DE CONCLUSIÓN

La realidad en nuestro planeta es cambiante, el mundo en el que vivimos se ve sometido a transformaciones. El hombre ha llegado a un aprendizaje donde sus conocimientos – cuya expansión hasta el momento se muestra ilimitada - alcanzan niveles antes impensables, así como, en muchas ocasiones, con poderes y efectos aún inimaginables. Es en este conocimiento elevado por parte del hombre, donde reside el núcleo de muchas de las transformaciones en el mundo en el que vivimos, y consecuentemente en la realidad que experimentamos. Los rumbos posibles a nuestro mundo, así como la vida de los seres vivos - en sentido *latu* - , en efecto, están en las manos del hombre. El hombre, más que nunca, posee el poder de transmutar la realidad, los contornos de su propia existencia, así como el futuro de nuestro planeta. Situación que nos conduce a la inevitable conclusión de que el ser humano, hoy en día, mediante sus tomas de decisiones, podrá no solamente estar definiendo el presente, sino también el futuro del planeta.

En función de los avances tecnológicos, y más concretamente de los operados en el campo de la Bioética y Biotecnología, el ser humano se encuentra con un sensible cambio en su realidad. Tales avances acaban por ocasionar el surgimiento de toda una problemática en el campo de los derechos fundamentales, ya que, como hemos

mencionado anteriormente, van surgiendo nuevos derechos, encuadrándose en los denominados de *cuarta dimensión*. Esta *dimensión* todavía debe delimitarse adecuadamente, ya que existen todavía muchos temas que deben ser estudiados al respecto, con un estudio que merece ser tratado de forma más exhaustiva, en un trabajo más específico sobre el tema. Por todo ello, nos limitamos ahora de dejar planteado los siguientes interrogantes:

-¿Cuáles serían los nuevos derechos derivados de las nuevas tecnologías aplicadas a la biología?

-¿Cómo encontrar una adecuada nomenclatura para los mismos, aspirando a su *difusión*? -
¿Cómo influyen estos nuevos derechos sobre los derechos fundamentales ya debidamente catalogados?

-¿Serán estos nuevos derechos un “termómetro” de nuestra sociedad global? Es decir, ¿un indicativo de las carencias provocadas por la *era biotecnológica* en la que nos encontramos?

Estas son sólo algunas de las cuestiones pendientes para ser contestadas mediante debates suficientemente informados. Sin embargo, por el momento, conviene que subrayamos que nos encontramos ante una *dimensión* de derechos embebida en el espíritu de solidaridad y amor, anhelando un *culturalismo* en este sentido.

Con el presente estudio, a pesar de apuntar cuestiones como las anteriormente apuntadas y para analizar en una investigación futura, percibimos que las nuevas tecnologías afectan directamente a la vida de los seres humanos, llegando sus derechos más íntimos, como son los derechos fundamentales. Es importante destacar que,

con el presente estudio, concluimos que no resulta posible que un debate bioético pueda ser operado en un determinado espacio territorial, ya que los efectos derivados de las respectivas toma de decisiones pueden venir a reflejarse sobre el planeta como un todo, pudiendo hasta incluso alcanzar las generaciones futuras. Un debate adecuado en el campo de la Bioética y de la Biotecnología solamente se puede realizar desde una perspectiva global, tomando como punto básico los derechos fundamentales, entendiéndolos como un mínimo ético global. Con ello deseamos que sean las decisiones en estas áreas, además de suficientemente informadas, debidamente adecuadas a los derechos fundamentales, más concretamente, ajustadas al principio de la dignidad de la persona humana. De esta forma, alejamos a la sociedad de un debate puramente formal, disociado de la realidad y asociado a un ser abstracto. En otras palabras, con el presente estudio llegamos a la conclusión de que solamente alejando la artificialidad o cosificación del ser humano, será posible un debate adecuado sobre estos nuevos temas que “llaman a nuestra puerta”, mediante una verdadera aproximación de las discusiones sobre la realidad de los seres humanos. Consideramos que tal tipo de *humanización* del debate bioético y biotecnológico sólo puede llevarse a buen puerto mediante la interrelación de la Bioética y Biotecnología con los derechos fundamentales y, por consecuencia lógica, con el principio de la dignidad de la persona humana.

El debate bioético debe entablarse en un contexto globalizado, por lo que percibimos la necesidad de defender la universalización de los derechos fundamentales para, tal y como hemos apuntado, formular unos mínimos éticos capaces de sostener un debate en un ámbito planetario. Es importante destacar que, a pesar de que sostengamos la viabilidad de estipulación de unos mínimos éticos por medio de la universalización de los derechos fundamentales, consideremos que resulta necesario un estudio más profundo con

respecto a este tema. Sin embargo, a pesar de que no se hayan agotado las posibilidades de este tema, entendemos que hay aspectos de gran relevancia, como es el de la posibilidad de universalización de los derechos fundamentales sin que esto vaya en detrimento del multiculturalismo. Por el contrario, entendemos el multiculturalismo como una forma de universalizar los derechos fundamentales, en la medida en que, al respetar las diferencias culturales, permiten una mayor permeabilidad a las críticas externas por parte de cada *grupo* – término aquí utilizado tanto en el sentido de Estado, pueblo o como credo, entre otros -, que por sí solo hace viable la crítica interna. En esta línea, acabamos llegando a la conclusión de que el multiculturalismo es, en efecto, una condición para la universalización de los derechos fundamentales, puesto que sería el *hilo conductor* para una crítica interna generalizada – por parte de todos los *pueblos* -, que a su vez es condición indispensable para la *humanización* de un debate bioético adecuado y planetario. Consideremos al ser humano como un ser ético, un ser creativo, puesto que ésta representa su característica, desde el inicio de los tiempos, garantizando no sólo la supervivencia sino también la búsqueda de una mejora en la calidad de vida. Las diversidades derivadas de las diversas culturas, de las diversas opciones morales, en realidad, acaban configurando un material para la creatividad del ser humano, siempre proclive a buscar nuevas soluciones.

La Bioética y la Biotecnología, deben ser en conformidad con los derechos fundamentales, preocupadas por la colectividad y no sólo por los intereses particulares o de un determinado Estado, pueblo o territorio. Tanto la Bioética como la Biotecnología poseen una preocupación importante por la colectividad, más concretamente por la población mundial. No pretendemos desestimar los derechos fundamentales de los individuos sino que entendemos que en muchos casos éstos pasan necesariamente por la garantía de los derechos fundamentales de la colectividad. Además, solamente siendo consideradas como transindividuales, consideramos que sea posible un debate globalizado como lo aquí propuesto.

Sostenemos el carácter abierto de la Bioética, que haciendo uso de una pluralidad de disciplinas debe mantenerse como un medio de reflexión y toma de decisiones sobre las técnicas aplicadas en la biología. Percibimos también la necesidad de que esta ciencia sea considerada en un contexto global; es decir, entendemos que un debate adecuado en términos de bioética debe realizarse de forma universalizada, porque los efectos de las eventuales tomas de decisiones, en efecto, pueden afectar al planeta como un todo. El debate en términos de Bioética deba ser operado desde una perspectiva transindividual, eminentemente preocupada por la colectividad, y que es la única forma para que un día pueda concretarse plenamente la dignidad de la persona humana. La Biotecnología es una parte de la Bioética, debiendo pasar por los mismos criterios de evaluación que otras tantas cuestiones biológicas.

A pesar de que sea insuficiente legislación sobre la Bioética y la Biotecnología, - que configuraría el denominado Bioderecho, - así como también el de la precariedad de una legislación internacional, los ciudadanos poseen a su favor los derechos fundamentales – cuya función principal es la garantía de la dignidad de la persona humana. Los derechos fundamentales, al menos en un primer momento, están limitados a un determinado Estado. Sin embargo, siguiendo las inclinaciones mundiales, en el sentido de integración de los diferentes Estados, creemos en la posibilidad de una universalización de tal tipo de derechos, con el fin último de establecer unos mínimos éticos, capaces de guiar las decisiones en el ámbito de la Biología y Biotecnología. La citada universalización de los derechos fundamentales, consistiría en un factor de especial relevancia en la propagación de una *cultura de amor*, que en efecto tendría la finalidad última de *humanizar* tanto la Bioética como la Biotecnología.

La Biotecnología sería una garantía a los derechos fundamentales – *latu sensu*. Las nuevas técnicas biológicas, poseen la condición de garantizar los derechos fundamentales – desde una perspectiva coyuntural – en la medida en que hacen viable la creación de condiciones de garantía de la vida de los seres vivos, y tienen como objetivo, al menos en un primer momento, una mejoría en la calidad de vida de los seres humanos. A pesar de no pretender afiliarnos a una corriente *progresista* - interesada exclusivamente en el avance científico y despreocupada por los aspectos humanos de las nuevas técnicas y sus efectos – concluimos afirmando que la investigación y el desarrollo científico forman parte de la naturaleza del ser humano, y ésta acaba muchas veces siendo la “luz al fin del túnel”, subrayando la posibilidad que tiene el hombre de corregir los males que el mismo haya podido desencadenar con su conducta como la devastación de la naturaleza y la contaminación del medio ambiente, así como hacer posible una vida digna a todos los seres humanos, incluso para los *marginados*.

Por todo ello, cabe afirmar que:

1. Entendemos así que las Constituciones no están cerradas al reconocimiento de nuevos derechos humanos.
2. Consideramos que los derechos relacionados con la bioética y la biotecnología se pueden configurar como derechos de cuarta generación, derivados de las nuevas tecnologías que el hombre ha incorporado a su uso cotidiano.
3. Los principios fundadores de los derechos humanos (dignidad, igualdad y autonomía) se encuentran también presentes en estos derechos, aunque formulados con otros matices: principio de beneficencia y no maleficencia así como el principio de igualdad

4. La ética juega un papel esencial con respecto a estos derechos, hasta el punto de que los límites a los avances y descubrimientos científicos y tecnológicos son obra del Derecho, pero motivados esencialmente por la ética que debe regir y guiar el obrar humano.

El estudio de los derechos fundamentales, de la Bioética y de la Biotecnología, presenta un gran número de facetas y posibilidades, cuyo análisis implica ciertos desafíos. Resulta necesario un estudio crítico. Confiamos en haber dejado claro que, a pesar de la vastedad de los temas objeto de estudio aquí, así como de la celeridad con que éstos pueden surgir, transformar o desaparecer, merecen ser ampliamente debatidos, de manera que se puedan formular los medios para participar activamente, y de forma suficientemente informada, en los debates que implican el futuro de nuestro planeta, en aras de la construcción de una realidad mejor para todos, mediante la concreción del principio de dignidad de la persona humana.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. “Derechos Fundamentais no Estado Constitucional e Democrático: para a relação entre derechos do homem, derechos fundamentales, democracia e jurisdição constitucional”, en *Revista de Derecho Administrativo (RDA)* nº 217, 1999.

ABA CATOIRA, Ana, *La limitación de los derechos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.

AMARAL, Francisco. O poder das ciências biomédicas: os derechos humanos como limite. *A moralidade dos atos científicos*, Rio de Janeiro: Ministério da Saúde/Fiocruz – Fundação Osvaldo Cruz, 1999.

ARA PINILLA, Ignacio. “Los derechos humanos de la tercera generación en la dinámica de la legitimidad democrática”, en J. Muguerza y otros, *El fundamento de los derechos humanos*, a cargo de G. Peces-Barba, Debate, Madrid, 1989, p. 57-65.

BALLESTEROS, Jesús (editor). *Derechos humanos: conceptos, fundamentos, sujetos*, Madrid, Editorial Tecnos, 1992.

BARBOZA, Heloisa Helena, “*Princípios da bioética e do biodireito*”, Rio de Janeiro, *Revista Bioética* 2000 – v.8 – nº2, 2000.

BELLOSO MARTÍN, N., “Planteamientos doctrinales de los derechos humanos a través de la historia”, en *Humana Iura*, Suplemento de Derechos Humanos de Persona y Derecho, Universidad de Navarra, Eunsa, 5, 1995, pp.51-91.

___ “La fundamentación de los Derechos Humanos en la doctrina española actual”, en *Estudios filosóficos*, Salamanca, San Esteban vol.45, nº128, 1996, pp.127-159.

___. “Sociedad tecnológica y cuestiones de bioética: la búsqueda de fundamentos de una nueva disciplina”. En M^a.I. Bringas López y E.J. Ibeas Cuasante, *Una nueva disciplina: la Bioética*, Burgos, Universidad Popular para la Educación y Cultura de Burgos, 2004, pp.13-74.

___ “Temi di Teoria Giuridica: l’interpretazione della Costituzione e dei diritti fondamentali”, en *Annali del Seminario Giuridico*, Università di Stanai, Vol. VII (2005-2006), Giuffrè Editore, 2007, pp.17-85.

BERNARDO. O. “Perspectivas de bioética”, en *Acção Médica*, Porto, Associação dos Médicos Católicos Portugueses, nº3, 1992, p. 33-40.

BLÁZQUEZ, Niceto. *Bioética: la nueva ciência de la vida*, Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 2000.

BOBBIO, Norberto, *A Era dos Derechos*, Rio de Janeiro, Ed. Campus, 1992.

BOLZAN MARMELSTEIN LIMA, *Crises do Estado e da Constituição e a transformação espacial dos derechos humanos*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2002.

—. *O principio da proporcionalidade e o direito fundamental à ação: um estudo constitucionalmente adequado acerca das limitações ao direito de ação*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2001.

BONAVIDES, Paulo, *Curso de Derecho Constitucional*, 7. ed., São Paulo, Ed. Malheiros, 1997.

BUÍSAN, Lydia. “Bioética y principios basicos de ética médica”, en *Materiales de bioética y derecho*, Edición a cargo de María Casado, Barcelona, Cedecs, 1996.

BUXO I REY, M. Jesús, “Bioética y antropologia”, en *Materiales de bioética y derecho*, Edición a cargo de Maria Casado, Barcelona, Cedecs, 1996.

BRAGA PEÑA DE MORAES, Guilherme, *Dos Derechos Fundamentais*, São Paulo, LTr, 1997.

CABRAL PEREIRA FAGUNDES JÚNIOR, José, “Límites da ciência e o respeito à dignidade da pessoa humana”, en *Biodireito: ciência da vida, os novos desafios*, org. Maria Celeste Cordeiro Leite Santos, Revista dos Tribunais, 2001.

CARONE SLABI CONTI, Matilde, *Biodireito: a norma da vida*, Rio de Janeiro, Forense, 2004.

CASADO, Maria. “La Bioética”, *Materiales de Bioética y Derecho*, Edición a cargo de Maria Casado, Barcelona, Cedecs, 1996.

CELESTE CORDEIRO LEITE SANTOS, *Biodireito: ciência da vida, os novos desafios*, Revista dos Tribunais, 2001.

CRUZ VILLALÓN, Pedro, “Concepto de Derecho Fundamental: Identidad, Estatus, Carácter, en José Maria Sauca (Ed.), *Problemas actuales de los derechos fundamentales*, Madrid, Imprenta Nacional Del Boletín Oficial del Estado, 1994.

CURVO LEITE, Rita de Cássia, “Os derechos da personalidade”, en *Biodireito: ciência da vida, os novos desafios*, org. Maria Celeste, Editora Revista dos Tribunais, 2001.

DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*, 3. ed., aum. e atual. conforme o novo Código Civil (Lei n. 10.406/2002) e a Lei n. 11.105/2005, São Paulo, Saraiva, 2006.

EKMEKDJAN, Miguel Angel. *Tratado de Derecho Constitucional*, t. I. Buenos Aires, Ed. Depalma, 1993.

FEITO GRANDE, Lydia. “¿Por qué bioética?”, en *Estudios de Bioética*, Lydia Feito Grande (ed.), Madrid, Dykinson, 1997.

FLECHA, Jose-Roman, *La fuente de la vida*, Salamanca, Ediciones Sígueme, 2000.

FREEMAN, Michael, “Derechos humanos universais e particularidades nacionais”, *Cidadania e justiça. Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros*, Brasília, ano 5, nº 11, 2001.

FREIRE DE SÁ, Maria de Fátima, e TORQUATO DE OLIVEIRA NAVES, Bruno, coordenadores, *Bioética, Biodireito e o Código Civil de 2002*, Belo Horizonte, Del Rey, 2004.

GAFO, J., (Editor), *Nuevas técnicas de reproducción humana*, Madrid, Universidad Pontificia de Comillas, 1986.

GALÁN JUÁREZ, Mercedes, *Antropología y derechos humanos*, Madrid, Dilex, 1999.

GARCIA, Maria, *en Límites da ciência: a dignidade da pessoa humana: a ética da responsabilidade*, Editora Revista dos Tribunais, 2004.

GARRAFA, Volnei, y MACHADO DO PRADO, Mauro, “Mudanças na Declaração de Helsinki: fundamentalismo econômico, imperialismo ético e controle social”, *Cadernos de Saúde Pública* v. 17 – nº 6, Rio de Janeiro, Novembro/dezembro 2001.

GESTA LEAL, Rogério, *Perspectivas Hermenêuticas dos Derechos Humanos e Fundamentais no Brasil*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2000.

GOMES CANOTILHO, Joaquim José, *Derecho Constitucional*, 5. ed., Coimbra, Livraria Almedina, 1992.

HARBELE, Peter, “ El Concepto de Los Derechos Fundamentales”, en José Maria Sauca (Ed.). *Problemas actuales de los derechos fundamentales*, Madrid, Imprenta Nacional del Boletín Oficial del Estado, 1994.

KELSEN, Hans, *Teoria pura do direito*, Trad. João Baptista Machado, 6. ed. São Paulo, Martins Fontes, 1998.

LAFER, Celso, *A Reconstrução dos Derechos Humanos*, São Paulo, Companhia das Letras, 1991.

MACKLIN, Ruth, “Bioética, vulnerabilidade e proteção”, en PESSINI, Léo; GARRAFA, Volnei (org.). *Bioética: poder e injustiça*. São Paulo, Loyola, 2003, pp. 66-67.

MARQUES DA SILVA CABRAL PINTO, Luiza, *Os Límites do Poder Constituinte e a Legitimidade Material da Constituição*, Coimbra, Coimbra Editora, 1994.

MARTÍNEZ DE VALLEJO FUSTER, Blanca, “Los Derechos Humanos como Derechos Fundamentales. Del Análisis del Carácter Fundamental de los Derechos Humanos a la

Distinción Conceptual”, en J. Ballesteros (Ed.), *Derechos Humanos. Concepto, Fundamentos, Sujetos*, Madrid, Ed. Tecnos, 1992, p. 42 e ss.

MARTIN-RETORTILLO, Lorenzo; OTO Y PARDO, Ignacio de. *Derechos Fundamentales y Constitución*, Madrid, Ed. Civitas, 1988.

MARTINS-COSTA, Judith, “Bioética e Dignidade da Pessoa Humana: Rumo à Construção do Biodireito”, *Revista da Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, volume 3, 2001.

MENDES DE ALMEIDA SHERER NAVARRO, Andreyra, *O Obscuro Objeto do Poder: Ética e Direito na Sociedade Biotecnológica*, Rio de Janeiro, Editora Lúmen Júris, 2007.

MIGNON DE ALMEIDA, Aline, *Bioética e biodireito*, Rio de Janeiro, Lumen Júris, 2000.

MUÑOZ ARNAU, Juan Andrés, *Los límites de los derechos fundamentales en el derecho constitucional español*, Pamplona, Editorial Aranzadi, 1998.

NARANJO DE LA CRUZ, Rafael, *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe*, Madrid, Boletín Oficial del Estado y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.

OLIVEIRA LEITE, Eduardo de, “Eugenia e bioética: os limites da ciência face à dignidade humana”, en *Seleções Jurídicas*, 04/2004.

____. “O direito, a ciência e as leis bioéticas”, en Maria Celeste Cordeiro Leite Santos, *Biodireito: ciência da vida, os novos desafios*, Editora Revista dos Tribunais, 2001.

PATRÃO NEVES, M., “A bioética de ontem, hoje e amanhã: interpretação de um percurso”, en ARCHER, Luís, *Novos desafios à bioética*, Porto, Porto Editora, 2001.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, *Curso de Derechos Fundamentales: teoria general*, Madrid, Eudema, 1991.

____. *Derechos fundamentales*, 4.ed., Madrid, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Seccion de Publicaciones, 1986.

____. *Derechos y derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

____. *La dignidad de la persona desde la filosofía del derecho*, Dykinson, 2002.

PEREIRA DE FARIAS, Edmilson, *Colisão de Derechos. A Honra, a Intimidade, a Vida Privada e a Imagem versus a Liberdade de Expressão e Informação*, Porto Alegre, Fabris, 1996.

PEREIRA E SILVA, Reinaldo, *Biodireito: a nova fronteira dos derechos humanos*, São Paulo, LTr, 2003.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique, *Derechos Humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio*, Madrid, Marcial Pons, 1996.

PIETRO, Luis, “Nota sobre el concepto de derechos fundamentales”, en José Maria Sauca (Ed.). *Problemas actuales de los derechos fundamentales*, Madrid, Imprenta Nacional del Boletín Oficial del Estado, 1994, p. 186 e ss.

RODRÍGUEZ PALOP, María Eugenia, *La Nueva Generación de Derechos Humanos: Origen y justificación*, Madrid, Editorial Dykinson, 2002.

RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ, Joaquín, *Principios, fines y derechos fundamentales*, Madrid, Editorial Dykinson, 2000.

_____. *Derechos Fundamentales*, 4. ed. Madrid, Sección de Publicaciones de la Universidad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 1986.

ROMEO CASABONA, Carlos Maria, *El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana*, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1994.

ROTHENBURG, Walter Claudius, *Derechos fundamentales e suas características*, Revista dos Tribunais, Cadernos de direito constitucional e ciência política, Ano 7, nº 29, outubro-dezembro 1999.

RUBIO, Valle Labrada, *Introducción a la teoría de los derechos humanos: fundamento. História. Declaración universal de 10 de diciembre de 1948,*

RUI DUARTE FARIAS NOGUEIRA, João. *O homem, a ciência e a bioética.* Revista escola superior de enfermagem de Viseu, 2001. Salvo pen drive como bioética.

SARRIBLE, Gabriela, “Bioética y valores sociales”, *Materiales de bioética y derecho.* Edición a cargo de Maria Casado, Barcelona: Cedecs Editorial, 1996.

SERRANO RUIZ-CALDERON, Jose Miguel, *Bioética, poder y derecho,* Madrid, Servicio Publicaciones Facultad de Derecho Univeridad Complutense Madrid, 1993.

SERRÃO, Daniel, “A ética e os valores em saúde: o desenvolvimento humano e a prestação de cuidados”, *en Acção Médica,* Lisboa Associação de Médicos Católicos Portugueses Nº1, 2001, p. 5-15.

SHNEIDER, Hans-Peter, “Peculiaridad y Función de los Derechos Fundamentales en el Estado Constitucional Democrático”, *en Revista de Estudios Políticos* nº 7 (1979), p. 7 e ss.

SOUZA SANTOS, Boaventura de, *Uma concepção multicultural de direitos humanos.* *Revista Lua Nova,* São Paulo, CEDEC, nº 39, 1997.

SOUZA SILVA, J. de, *A Biotecnologia e a economia política de sua definição,* Brasília, Cad. Dif. Tecno. Brasília, 7 (1/3), 2003.

STEINMETZ, Wilson Antonio, *Colisão de Derechos Fundamentais e principio da Proporcionalidade*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2001.

TORQUATO DE OLIVEIRA NAVES, Bruno, “Introdução ao biodireito: da zetética à dogmática”, *Biodireito*, org. Maria de Fátima Freire de Sá, Belo Horizonte, Del Rey, 2002.

TREVIJANO ETCHEVERRIA, Manuel, *¿Qué es la Bioética?* Salamanca, Ediciones Sígueme S.A., 1998.

WOLFGANG SARLET, Ivo, *A eficácia dos derechos fundamentales*, 4. ed. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2004.

VALLS, Ramon, “Ética para la bioética”, *en* Maria Casado (Presentación y coordinación), *Bioética, derecho y sociedad*, Simancas Ediciones: Valladolid, 1998.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos, *Os Derechos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra, Livraria Almedina, 1987.

VIEIRA LIMA NETO, Francisco, “A maternidade de substituição e o contrato de gestação por outrem”, *en Biodireito: ciência da vida, os novos desafios*, org. Maria Celeste, Editora Revista dos Tribunais, 2001.

____. *Responsabilidade civil das empresas de engenharia genética*, Leme-São Paulo, Editora de Derecho, 1997.

www.der.uva.es. (30.08.2004). Sentencia TC 11/1981, de 8 de abril.