



UNIVERSIDAD DE BURGOS
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO

TESIS DOCTORAL

**LA NUEVA BIOTECNOLOGÍA SOBRE LA ESPECIE
HUMANA Y LA (IN)VIABILIDAD DE
ESTABLECIMIENTO DE CONTRATOS PRIVADOS
QUE IMPLICAN MATERIAL GENÉTICO HUMANO**

RICARDO MARCHIORO HARTMANN

DIRECTORA
DRA. NURIA BELLOSO MARTÍN

2016

ADI	Acción directa de inconstitucionalidad
CDHB	Convenio de Derechos Humanos y Biomedicina
<i>cit.</i>	Citación
Coord.	Coordinador
coords.	Coordinadores
DNA	Ácido desoxirribonucleico
ADN	Ácido desoxirribonucleico
ed.	Edición
ed.	Editor
Ed	Editora
EUA	Estados Unidos da América
FIVET	Fertilización <i>in vitro</i> con transmisión de embriones
N.	Número
nº	Número
No	Número
org.	Organizador
p.	Página
STF	Supremo Tribunal Federal
TJUE	Tribunal de Justicia da Unión Europea
TRIPS	Agreement on Trade Related of Intelectual Property Rights
UCLA	Universidad de California en Los Ángeles
US	United States
USPO	U.S. Patent and Trademark Office
<i>v.</i>	<i>Versus</i>
v.	Volumen
vol.	Volumen

AGRADECIMENTOS

Agradezco en primer lugar a los que de una forma u otra han contribuido a la construcción de esta Tesis Doctoral. Personas que directa, o indirectamente, han acompañado la evolución de la temática de mi investigación, temática que siempre me ha apasionado.

En segundo lugar, pero no menos importante, manifiesto mis sinceros agradecimientos:

A la Universidad de Burgos por su calurosa recepción, por la seriedad con que acoge a sus estudiantes y por el significativo y admirable espacio dedicado a la investigación académica.

A la Profesora Doctora Nuria Beloso Martín por la atención, cariño y dedicación. Aquí expreso no sólo mi agradecimiento por la orientación, sino por toda la disponibilidad y ayuda que siempre me ha ofrecido.

A los profesores y funcionarios de la UBU por la acogida y por su impecable atención hacia los alumnos.

Al Profesor Doctor Ricardo Aronne por sus enseñanzas y amistad.

A mis familiares por su afecto, apoyo e incentivo.

Un agradecimiento muy especial: a mis padres, Angélica Marchioro Hartmann y Luiz Germano Vedana Hartmann, por su incansable dedicación; a mis tíos, Lúcia Machado Marchioro y Evaldo Marchioro, por apostar por mi investigación en Burgos.

Finalmente, estoy profundamente agradecido a mi esposa, Katerine Stello Marchioro Hartmann.

RESUMEN

Hombre y tecnología mantiene una profunda interrelación. Entre los avances de la ciencia, la Biotecnología despierta un gran interés y, a la vez, preocupación por las relaciones que mantiene con el ámbito moral y jurídico. Novedades técnicas que en muchas ocasiones son aplicadas a la vida humana y acaban por influir directamente en sus derechos más íntimos. Un tiempo-espacio de genéticas que implican en densas reflexiones en términos de derechos fundamentales y derechos de la personalidad. La realidad humana, eventualmente post-humana, impone el estudio de la (in)disponibilidad de estos derechos, para que se haga posible comprender la disponibilidad del cuerpo humano. Un cuerpo humano que transita en la sociedad tecnológica. Tránsito éste que caracteriza un nuevo nicho contractual para este *vivant* como nuevo objeto contractual. Se presenta una nueva y multifacético a la que el Derecho Privado, desde un punto de vista de la modernidad, no ofrece un tratamiento adecuado. Se hace necesario entablar un diálogo con el Derecho Público, para llegar a un Derecho Civil repersonalizado y constitucionalizado que sea capaz de dar respuesta a los problemas actuales. Se observa que en un sistema jurídico uno, con epicentro constitucional, la dignidad humana, los derechos fundamentales y los derechos de la personalidad encarnan las herramientas de formulación e interpretación del Derecho. Un Derecho que se aleja de las amarras de la modernidad, en la cual existían soluciones rígido-fijas para las situaciones experimentadas en el día a día y se asume como imprescindible un análisis sistemático. Desde una nueva perspectiva de reflexión e interpretación, se analizará si derechos considerados como absolutos pueden ser relativizados, siempre que sean debidamente justificados por la aplicación de los derechos fundamentales al caso concreto - tomando como eje central la concreción de la dignidad de la persona humana. Se culminará en la comprensión de que las nuevas biotecnologías humanas implican una necesaria revisión del Derecho, en especial de la teoría del contrato. Revisión sin la cual el Derecho no podría acompañar la evolución de las relaciones interprivadas derivadas de las nuevas tecnologías (en esta tesis denominados contratos biotecnológicos). La investigación se llevará a cabo desde una perspectiva iusfilosófica y no civilista.

Palabras-llave: Contratos biotecnológicos. Derechos fundamentales. Derechos de la personalidad. Disponibilidad del cuerpo humano. Revisión de la teoría del contrato.

ABSTRACT

Man and technology maintains deep interaction. Among the advances of science, the Biotechnology timeworn great interest and concerns about the relations that maintains with the moral and legal ambit. New techniques in many cases are applied on human life and end up directly influence in their innermost rights. A time-space of genetechincs that imply dense reflections in terms of fundamental rights and rights of personality. Human reality, eventually posthuman, imposes the study of (non)availability of these rights, in order to make it possible to understand the availability of the human body. A human body that moves in technological society. Traffic that feature a new contractual niche for this *vivant* as new contractual object. It presents a new and multifaceted reality to which private law, from a modern vision, do not offer appropriate treatment. lives in an outdated contract law. To extract only one civil law centered in the human being and constitutionalized allows the track of reality. It is observed that in one legal system, with constitutional epicenter, the human dignity, fundamental rights and the rights of personality embody the formatting tools and interpretation of law. Moves away from the constraints of modernity, in which there were hard-fixed solutions to the situations experienced in the day-to-day and assume overriding a systematic topic analysis. Can be reached, from a new perspective of reflection and interpretation, that rights taken as absolutes can be relative, it is duly justified by the application of fundamental rights in this case - always seeking the concretion of human dignity. Culminates in the realization that the new human biotechnologies imply a necessary revision of the law, especially the contract. The law without this review will be lost in time and fail to follow the evolution of private relationships resulting from new technologies (in this thesis called biotechnological contracts). The research will be conducted from a legal-philosophical and non-civilian perspective.

Keywords: Biotechnological contracts. Fundamental rights. Personality rights. Human body disposal. Review of contract theory.

RESUMO

Homem e Tecnologia mantêm uma profunda intercalação. Entre os avanços da ciência, a Biotecnologia desperta um grande interesse e, ao mesmo tempo, a preocupação por suas relações com o campo moral e jurídico. Inovações técnicas que muitas vezes são aplicadas sobre a vida humana e que acabam por influenciar diretamente nos seus direitos mais íntimos. Um tempo-espaço de genotécnicas que implicam em densas reflexões em termos de direitos fundamentais e direitos da personalidade. A realidade humana, eventualmente pós-humana, impõe o estudo da (in)disponibilidade destes direitos, para que se faça possível compreender a disponibilidade do corpo humano. Um corpo humano que transita na sociedade tecnológica. Trânsito este que caracteriza um novo nicho contratual para este vivante como novo objeto contratual. Apresenta-se uma nova e multifacetada realidade para a qual o Direito Privado, desde uma visão moderna, não oferta adequado tratamento. Sendo necessário estabelecer um diálogo com o Direito Público para alcançar-se um Direito Civil repersonalizado constitucionalizado que seja capaz de responder aos problemas atuais. A partir do epicentro constitucional, a dignidade da pessoa humana, os direitos fundamentais e os direitos de personalidade tem-se uma correta interpretação do Direito. Um Direito que se afasta das amarras da modernidade, na qual existiam soluções rígido-fixas para as situações experimentadas no dia-a-dia e assume-se como imperiosa uma análise tópico-sistemática. A partir de uma nova perspectiva de reflexão e de interpretação, se examinará se os direitos considerados como absolutos podem ser relativizados, desde que devidamente justificado pela aplicação dos direitos fundamentais para o caso concreto – sempre visando a concreção da dignidade da pessoa humana. Culminar-se-á com a compreensão de que as novas biotecnologias humanas implicam em uma necessária revisão do Direito, em especial da teoria do contrato. Revisão sem a qual o Direito perder-se-á no tempo e deixará de acompanhar a evolução das relações interprivadas decorrentes das novas tecnologias (nesta tese denominados de contratos biotecnológicos). A pesquisa realizar-se-á a partir de um ponto de vista jurídico-filosófico e não civilista.

Palavras chave: Contratos biotecnológicos. Direitos fundamentais. Direitos da personalidade. Disponibilidade do corpo humano. Revisão da teoria do contrato.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	17
CAPITULO I – ALGUNOS DESAFIOS PARA LA BIOTECNOLOGÍA: DESDE EL PRINCIPALISMO BIOÉTICO A LA INGENIERIA GENÉTICA	31
1.1. Tecnología aplicada sobre la vida	33
1.1.1. Opciones conceptuales ofrecidas por la doctrina técnico-científica	35
1.1.1.1. Biotecnología “tradicional”	37
1.1.1.2. Biotecnología “artificial”	40
1.1.2. Opciones conceptuales ofrecidas por la doctrina jurídico-filosófica	42
1.1.3. La superación de conceptos y el establecimiento de perfiles abiertos y permeables a la realidad	46
1.1.3.1. Biotecnología como parte integrante del conjunto constituido por la Bioética	54
1.1.3.2. Biotecnología como englobante de la totalidad de los seres vivos	59
1.2. Aspectos éticos de la Biotecnología	60
1.2.1. Algunas teorías filosóficas relevantes	65
1.2.1.1. Liberalismo igualitario	66
1.2.1.2. Utilitarismo	68
1.2.1.3. Humanismo cristiano	70
1.2.2. Principialismo bioético	72
1.2.2.1. Principio de la autonomía de la persona humana	75
1.2.2.2. Principio de beneficencia	76
1.2.2.3. Principio de la Justicia	78
1.2.2.4. La conflictividad de los principios y su papel en la fundamentación de la Biotecnología	79
1.2.3. Aplicaciones de la Biotecnología	88
1.2.3.1. Investigación biomédica	88
1.2.3.2. Reproducción humana asistida	90
1.2.3.3. Diagnóstico prenatal y preimplantatorio	92
1.2.3.4. Eutanasia	94
1.2.3.5. Aborto	96
1.3 Ingeniería genética	101
1.3.1 Genética: una visión general	102
1.3.2. Ingeniería genética humana	105
1.3.2.1. Ingeniería genética humana terapéutica	109
1.3.2.1.1. Técnicas terapéuticas que no se refieren a la transmisión hereditaria	113
1.3.2.1.1.1. Recuperación de paraplejía mediante técnica de implantación de células de la nariz: el caso Polaco	114
1.3.2.1.2. Técnicas terapéuticas aplicables a la transmisión hereditaria	116
1.3.2.1.2.1. Reproducción asistida utilizando ADN de tres personas: reciente autorización Británica	117

1.3.2.2. Ingeniería genética humana no terapéutica.....	120
1.3.2.2.1. Neo-eugenesia	123
1.3.2.2.2. Hibridación	127
1.3.2.2.3. Quimeras	128
1.4. Por una delimitación personal de la Biotecnología	129

CAPITULO II – LAS GENETÉCNICAS Y SU PROYECCIÓN EN LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

2.1. Genetécnicas aplicables a la especie humana y aproximación a la realidad	133
2.1.1. Mejora de la especie humana.....	135
2.1.2. La polémica Habermas-Sloterdijk.....	139
2.1.2. El “post-humano”	144
2.1.2.1. Perspectiva bioconservadora	150
2.1.2.2. Perspectiva transhumanista	152
2.2. Algunos aspectos legales concernientes a la Biotecnología	159
2.2.1. Patentes de seres vivos.....	159
2.2.1.1. Patentes de microorganismos vivos, plantas y animales	160
2.2.1.1.1. Donde todo tuvo inicio: la patente de materia viva en suelo americano.....	160
2.2.1.1.2. Harvard <i>mouse</i> : emblemática patente de animal transgénico.....	161
2.2.1.2. Patentes de material genético humano	164
2.2.1.2.1. El emblemático “caso Moore”	165
2.2.1.3. Marcos reguladores para las patentes de material genético humano	167
2.2.1.3.1. TRIPS	168
2.2.1.3.2. Directiva 98/44/CE.....	168
2.3.2. Investigaciones con embriones humanos.....	170
2.3.2.1. España: la autorización de investigación con pre-embryones	171
2.3.2.2. Brasil: la autorización de investigación con embriones inviables	173
2.3. Derechos fundamentales y Genetécnicas humanas.....	179
2.2.1. Derechos fundamentales como derechos constitucionales	180
2.4. Toma de posición: la (in)viabilidad de defensa de la puesta en práctica de genetécnicas humanas	199

CAPITULO III – LA DISCUTIDA (IN)DISPONIBILIDAD SOBRE EL CUERPO HUMANO.....

Premisa	203
3.1. (In)Disponibilidad de derechos fundamentales.....	205
3.1.1. El ámbito ofrecido por la doctrina sobre la (in)disponibilidad de los derechos fundamentales.....	205
3.1.2. La trilogía: titularidad de la dimensión subjetiva, intersubjetividad y el objeto de la relación iusfundamental	212
3.1.2.1. La titularidad de la dimensión subjetiva.....	212
3.1.2.2. La intersubjetividad	214
3.1.2.3. El objeto de la relación jurídica fundamental	215
3.1.3. Manifestación autónoma	215
3.1.4. Debilitamiento de las posiciones jurídicas subjetivas de los derechos fundamentales	216
3.1.5. Distanciamiento de figuras afines	218
3.1.2.1. El no-ejercicio de un derecho fundamental	218
3.1.2.2. Restricción heterónoma del derecho.....	220

3.1.2.3. El daño a sí mismo y la puesta en riesgo	222
3.1.3. Disposición y dimensión subjetiva de los derechos fundamentales	223
3.1.3.1. Teoría de la voluntad y disposición de los derechos fundamentales.....	224
3.1.3.2. Teoría del interés y disposición de los derechos fundamentales.....	225
3.1.4. Derecho de libertad y disposición de los derechos fundamentales	226
3.1.4.1. Derecho general de libertad	227
3.1.4.1.1. Relación del derecho general de libertad con la (in)disponibilidad de los derechos fundamentales	230
3.1.4.2. Libertades básicas.....	231
3.1.4.2.1. Relación de las libertades básicas con la (in)disponibilidad de los derechos fundamentales	233
3.1.4.3. Posición personal: ¿existe una mejor elección?	234
3.1.4.4. Límites de la libertad: paternalismo jurídico y principio liberal del daño: ¿existe una tercera vía?	236
3.1.4.5. Dignidad de la persona humana	243
3.2. (In)disponibilidad de los derechos de personalidad	251
3.2.1. Derechos de personalidad	251
3.2.1.1. Un breve análisis de la evolución de los derechos de personalidad.....	252
3.2.1.1.1. En la Modernidad.....	252
3.2.1.1.2. La Escuela histórica y el Positivismo Jurídico	256
3.2.1.1.3. Surgimiento de un derecho general de personalidad	258
3.2.2. Un primer acercamiento: establecimiento de algunas premisas y superación de otras	262
3.2.2.1. La personalidad como valor	262
3.2.2.3. La eficacia de los derechos de personalidad en las relaciones entre particulares.....	266
3.2.3. Atributos de los derechos de personalidad	272
3.2.3.1. Características incuestionables.....	272
3.2.3.2. Los derechos de personalidad ¿son absolutos?	274
3.2.3.3. La irrenunciabilidad e intransmisibilidad de los derechos de personalidad	275
3.2.3.4. La insubsistencia del cierre de los derechos de personalidad en los límites ofrecidos por los derechos subjetivos	278
3.2.4. Posiciones jurídicas existenciales y presupuestos de admisibilidad de actos de disposición	280
3.2.4.1. Sobre el cuerpo humano como derecho de personalidad	281
3.2.4.1.1. Situaciones en las que no existe una disminución permanente de la integridad físico-psíquica	282
3.2.4.2. Situaciones en las que existe una disminución permanente de la integridad físico-psíquica	284
3.2.4.2.1. Por determinación médica	285
3.2.4.2.2. Por acto de voluntad: sin determinación médica	288
3.2.4.3. (In)Disponibilidad de los derechos de personalidad y fines altruistas.....	290
3.2.4.4. (In)Disponibilidad de los derechos de personalidad y el pleno desarrollo	292
3.2.4.6. Toma de posición personal: (in)disponibilidad sobre el material genético humano	293

CAPÍTULO IV – CONTRATOS BIOTECNOLÓGICOS: ¿HACIA UN CONCEPTO POSMODERNO DE CONTRATO?	295
Premisa	297
4.1. Contratos: concepciones y cierre de la Modernidad	299
4.1.1. Breve perspectiva histórico-filosófica	299
4.1.2. Conceptuación por la doctrina tradicional	303
4.1.3. Requisitos de los contratos	304
4.1.3.1. Objeto lícito, posible, cierto y determinable	305
4.1.4. Principios que rigen la formación del contrato.....	306
4.1.4.1. Autonomía de la voluntad	307
4.1.4.2. Libertad contractual.....	308
4.2. Contrato en la posmodernidad.....	310
4.2.1. Breve perspectiva histórico-filosófica	311
4.2.2. Comprensión de sistema jurídico axiológico abierto y de epicentro constitucional	317
4.2.2.1. Principios que informan el nuevo orden contractual... 320	
4.2.2.1.1. Principio de la libre-iniciativa	323
4.2.2.1.2 Autonomía privada	324
4.2.2.1.3. Solidaridad contractual.....	325
4.2.2.1.4. Función social del contrato	328
4.2.2.1.5. Buena fe objetiva	331
4.2.3. Contrato como medio de realización de los valores existenciales	335
4.2.4. Despatrimonialización del contrato.....	336
4.2.5. Contrato como vértice de relaciones privadas y derechos fundamentales	339
4.2.6. La superación de un concepto posmoderno de contrato... 339	
4.3. El contrato biotecnológico: por una debida revisión	342
4.3.1. Donación de órganos entre vivos: rápidas observaciones sobre un efectivo contrato biotecnológico.....	343
4.3.2. El retomar de la obiedad: el material genético humano “transita” en la sociedad tecnológica	347
4.3.2.1. El tránsito del material genético en el “Caso Moore” .. 347	
4.3.2.2. Qué Derecho es este: ¿Quién define que sólo una de las partes puede beneficiarse económicamente?	357
4.3.4. Útero de sustitución: ¿una relación que carece de contrato?	360
4.3.5. (Im)posibilidad de defensa de la comercialización del material genético humano	365
4.3.6. Consentimiento informado: del abismo moderno al puente posmoderno	370
4.4. Toma de posición personal: la aproximación del contrato a la realidad post-moderna (o incluso post-humana)	372
CONCLUSIONES	375
BIBLIOGRAFIA	385

INTRODUCCIÓN

El hombre siempre ha hecho uso de la tecnología. Al observar las actividades cotidianas se percibe un mundo embebido de aparatos: computadoras, *tablets*, *smartphones*, entre un sinfín de otros *gadgets*. Ya no se plantea renunciar a las facilidades obtenidas a través de años de investigación y desarrollo. La sociedad es tecnológica. La vida cotidiana está inundada de tecnología.

En esta dinámica, el ser humano se mantiene en una constante evolución técnico-científica, lo que le convierte en un camino sin retorno. Profundiza cada día - posiblemente por sus ambiciones de una vida mejor, más comfortable, o incluso infinita - sus conocimientos científicos y tecnológicos. La mayor evolución que se observa en las últimas décadas está vinculada a la técnica en el campo de la biología – la denominada Biotecnología. Las biotecnologías como la clonación de seres vivos, la modificación genética vegetal y animal, la mejora genética del hombre, entre otras, que pesan sólo en el imaginario de los más creativos, asumen la condición de posibilidades reales.

Al reflejarse sobre la existencia – y esencia – del ser humano, las tecnologías asumen una relevancia en el mundo contemporáneo. El hombre experimenta, en efecto, una hiper-realidad. Metafóricamente: se abrió la “caja de Pandora”. Cada día, el hombre se encuentra con una nueva capacidad tecnológica antes impensable. La sociedad tecnológica

se sumerge en la experimentación de una realidad en la que la tecnología rompe fronteras para abrir las puertas a una infinidad de posibilidades. Una realidad dinámica en la que el hombre vive-convive con la computación, la informática, la robótica, la telefonía e internet, entre otras tecnologías. Un tiempo-espacio en el que la humanidad llega a tener poderes sobre su existencia, dignos de obras de ficción científica. Entre las tecnologías revolucionarias que suponen un desafío mayor se encuentra el campo de la Biotecnología. Esta afirmación se basa en la posibilidad de que estas tecnologías impliquen no sólo soluciones para problemas alimentarios, de calidad de agua y del aire, sino por el poder que tienen de afectar a la vida humana en toda su innegable fragilidad.

Un contexto en el que se pueden establecer nuevas relaciones entre privados y que merecen especial atención por el Derecho Privado, pero también por el Derecho Público. Oportunidad que se refleja en la capacidad del Derecho, para que desde una concepción clásica, llegue a manejar las nuevas, complejas y multifacéticas relaciones experimentadas en una sociedad tecnológica. Se cuestiona la eficiencia de un derecho individual-patrimonialista derivado de la modernidad para manejar la contemporaneidad. En este sentido, creemos que para entender esta nueva realidad, desde el punto de vista del Derecho, el primer paso consistiría en la aceptación de que el trayecto que debe recorrerse es transdisciplinario. Razón por la cual pretendemos realizar una investigación principalmente desde perspectivas científicas, filosóficas y jurídicas. Ello no implica que se trate de un estudio de la ética de la vida, es decir, no es una investigación que verse sobre la fundamentación de la Bioética, tema sobre el que ya hay numerosos estudios.

Dado que algunas biotecnologías pueden aplicarse sobre la especie humana y que algunas de ellas han ganado espacio en la realidad social, se observa que el material genético humano es objeto de

intercambio y tránsito en la sociedad tecnológica. Hecho que, además de estimular a la reflexión sobre la necesidad de reconocimiento de un nuevo nicho contractual, implica interrogantes tales como la posibilidad de defensa en el sentido de que el *vivant* asume la posición de objeto contractual. Cabe preguntarse si, la esfera de libertad combinado con la dignidad, permite la relativización de prohibiciones de disposición del cuerpo humano – o incluso de su comercialización. Dado que, a partir de este escenario complejo y multifacético se cuestiona si las nuevas biotecnologías, así como las relaciones interprivadas que derivan de las mismas, pueden servir de fundamento para una reflexión sobre una eventual superación de los modelos modernos y posmodernos de contratos, interrogante que, en el caso de que reciba una respuesta positiva, podría implicar el deber de una revisión del “contrato” – de manera que pueda continuar siendo apto en orden a dar cumplida respuesta a las problemáticas actuales. En suma: las relaciones biotecnológicas crecen en la sociedad en proporciones y complejidades aún por desvelar, siendo competencia del intérprete adecuarlas de la mejor forma posible, desde el Derecho y la Filosofía, a la realidad.

Precisamente, a partir de la visualización de la complejidad vinculada a la puesta en práctica de nuevas biotecnologías sobre el ser humano, principalmente desde la perspectiva de que estas genotécnicas pueden implicar relaciones privadas antes desconocidas por la sociedad y por el Derecho, es de donde surgió la problemática que pretendemos analizar mediante la investigación de esta Tesis Doctoral: ¿puede el material genético humano, ante las nuevas biotecnologías, asumir la condición de objeto de relaciones interprivadas? y, en caso de respuesta afirmativa, ante esa realidad ¿se precisaría una revisión interpretativa del contrato como tradicionalmente viene siendo entendido?” Problema a partir del cual se han formulado las siguientes hipótesis: “A pesar de una serie de interrogantes éticos-jurídicos, siendo el tránsito de material genético humano una realidad global, las genotécnicas - no expresamente

prohibidas en un ordenamiento jurídico – ¿hacen necesaria una revisión de la tradicional noción de los contratos? Dada la densidad y complejidad del tema, la Tesis Doctoral que ahora presentamos tiene como meta estudiar este tema desde una perspectiva epistemológica sensiblemente específica, examinando como cuestión central las genéticas en la contemporaneidad y que si implican un tránsito de material genético humano, cómo lidia con esta realidad el Derecho y, principalmente, el contrato.

La investigación se justifica por el creciente número - y especies - de genéticas humanas en la realidad social que implican las relaciones interprivadas a las cuales el Derecho debe estar atento. Como la sociedad tecnológica está vinculada a las nuevas biotecnologías humanas, resulta imprescindible una observación de los derechos más íntimos del hombre, para operar, a partir de éstos, una comprensión de esta nueva realidad, permitiendo la verificación de que si el derecho contractual tradicional es suficiente, merece una revisión o incluso debe considerarse superado para poder manejar y dar cumplida respuesta a las situaciones concretas de la sociedad tecnológica. El estudio resulta apremiante en la medida en que se observa una serie de lagunas en el derecho positivo sobre las relaciones interprivadas derivadas de la Biotecnología, así como lagunas y ambivalencia por parte de la doctrina que afecta a los contratos con respecto a los temas centrales derivados de las genéticas humanas, lo que implica – al esquivarse el debate sobre el tema – dejar una serie de situaciones fácticas desprovistas de respuestas jurídico-filosóficas.

El **objetivo** general de esta Tesis es la investigación de la posibilidad de disposición de material genético humano y el reconocimiento de su tránsito mediante relaciones interprivadas – en el contexto iusfilosófico de los derechos de la personalidad y del contrato. Objetivo general que, para una adecuada concreción, demanda dar

respuesta a cuatro objetivos específicos, cada uno de los cuales correspondiente a uno de los Capítulos de esta Tesis, a saber: 1) comprender los contornos esenciales de la denominada Biotecnología; 2) aproximarse a las genéticas humanas con la realidad sensible; 3) investigar y comprender la (in)disponibilidad sobre el cuerpo humano; 4) comprender si el modelo de contrato tradicional puede manejar las relaciones interprivados derivadas de las genéticas humanas.

El **Capítulo Primero** de esta Tesis se dedicará a presentar la Biotecnología en la contemporaneidad. El tema es habitualmente trabajado desde una conceptualización imprecisa y de ambiguas posiciones doctrinales – sean en estudios técnico-científicos o jurídico-filosóficos. Así, a fin de evitar comprensiones equivocadas, estáticas o incluso desfasadas en relación a la constante evolución biotecnológica, nos ocuparemos, en un primer momento, de una visión general de las tecnologías aplicadas a la vida desde las opciones conceptuales y terminológicas ofrecidas por la doctrina. Seguidamente propondremos la superación de los conceptos, a partir de que la Biotecnología forma parte de un todo consistente en la bioética, especialmente comprendiéndose que la puesta en práctica de la primera, invariablemente, pasa por un análisis desde la segunda. Camino elegido para justificar la adopción de la posición de que las tecnologías aplicadas sobre los seres humanos están incluidas por dichas biotecnologías, así como de que ésta representa una ciencia transdisciplinaria moldeada desde la Biología, Ingeniería, Matemática, Física, Química y Filosofía, entre otras disciplinas que puedan ser oportunas en orden a configurar una tecnología concreta y comprensible.

En este primer Capítulo veremos que la Biotecnología es una ciencia que hoy en día se enfrenta con temas que otrora figuraban sólo en el imaginario del hombre, tales como la clonación, la mejora de la eficiencia del cuerpo humano, la reproducción asistida, los tratamientos

con células-madre, entre otras novedades. No aproximaremos a la Biotecnología no sólo desde los conceptos planteados, sino también mediante la constatación de que su aplicación sobre el ser humano se amplía en volumen y complejidad exponencial. Mapearemos una serie de nuevas tecnologías en el campo de la ingeniería genética humana – nuevas biotecnologías humanas o genotécnicas – que pueden utilizarse tanto con finalidades terapéuticas, como no terapéuticas. Labor que afrontaremos a fin de demostrar los complejos factores que hay que valorar a la hora de decidir la puesta en práctica de dichas nuevas biotecnologías humanas. Factores que remiten, directa o indirectamente, a un futuro eventualmente estructurado sólo por principios tecnológicos. Tecnologías que ciertamente merecen atención por el conjunto de la ciencia, incluso del Derecho y de la Filosofía. Confluencia de ciencias que se afirman como punto de encuentro entre hombre-sociedad-filosofía-derecho. Apuntaremos que la Biotecnología no debe quedar cerrada en un concepto, por lo que lo relevante será perfilar sus contornos y límites – tecnologías transdisciplinares aplicables sobre la vida *latu sensu*.

En el **Capítulo Segundo**, a partir de la puesta en práctica de las nuevas biotecnologías humanas, principalmente de las denominadas genotécnicas, procederemos a un análisis de su compleja realidad. Intentaremos demostrar que las genotécnicas humanas han ganado cada vez más vigor en los debates contemporáneos, principalmente en el campo de la Filosofía. Presentaremos la posición filosófica que tiene la Biotecnología como conductora del mundo hacia una post-humanidad, en la cual la naturaleza humana puede perderse en razón de la propia actuación del hombre. También analizaremos el fenómeno denominado transhumanismo, sustentado en la creciente defensa de la puesta en práctica de las biotecnologías y la problemática que su incidencia en la condición humana hace que despierte debates desde la Filosofía, el Derecho y la Sociología Política. Fenómenos que, si no fuera por la

evidente puesta en práctica de inusitadas genéticas, podrían parecer irrelevantes para la Filosofía del Derecho.

A partir del vínculo entre la puesta en práctica de las genéticas humanas y el Derecho, realizaremos un estudio breve – de carácter no exhaustivo, sino ejemplificativo– de los aspectos legales correspondientes. Nos extenderemos a la cuestión de la protección de las invenciones en el campo de la Biotecnología, y pondremos de relieve que en algunos Estados hay patentes de seres vivos, incluso de material genético humano. Temas ya contemplados por la Directiva 94/44/EC, por el TRIPs y por la *Patent Act* americana. Asimismo, examinaremos algunas otras normas aplicables a las biotecnologías, con el fin de poner de manifiesto la relación hombre-sociedad-biotecnología-derecho. Por último, dilucidaremos el papel que juegan los derechos fundamentales como límites a estos avances de la ciencia.

En la medida en que se observa una tendencia de puesta en práctica de las nuevas biotecnologías humanas en la sociedad tecnológica – que sabidamente implican la manipulación del material corpóreo -, estudiaremos la tradicional afirmación de que los derechos fundamentales son indisponibles. Así, en el **Capítulo Tercero** de esta Tesis Doctoral se examinará el tema inherente a la doctrina acerca de la indisponibilidad de los derechos fundamentales. Plantearemos la cuestión de si las prácticas biotecnológicas, en que se utiliza material genético humano, no implican una “fisura” en el discurso de la indisponibilidad de las posiciones subjetivas de derechos fundamentales (la debilitación de las posiciones jurídicas subjetivas de los derechos fundamentales) y si difieren de las restricciones impuestas a aquéllos.

En este Capítulo examinaremos los derechos de la personalidad en el tiempo-espacio para una toma de posición personal. Investigación que desarrollaremos tomando como referencia los derechos de la personalidad en la modernidad, apuntando a la emergencia de un

derecho general de la personalidad en la posmodernidad. Es decir, analizaremos los fenómenos de la repersonalización y constitucionalización del Derecho que oferta una mejor protección para la persona humana y su dignidad. Un cambio de paradigma, en la medida en que la persona humana debe ocupar el puesto central de protección. Labor esta que realizaremos con el propósito de demostrar que se ha superado una visión moderna, en la cual la personalidad se restringe a una mera capacidad de tener derechos y obligaciones, que implica la interpretación de que el sujeto consiste en su pertenencia. Defenderemos que en la contemporaneidad, a partir de una noción de sistema único y axiológico, la persona asume la condición de verdadero poder – en cuanto posibilidad de un libre desarrollo de la personalidad.

Estudio de los derechos de la personalidad que implicarán la reflexión sobre su carácter absoluto que tradicionalmente los acompaña. Por ello, en este Capítulo Tercero, reflexionaremos sobre la tradicional afirmación de irrenunciabilidad e intransmisibilidad de los derechos de personalidad. Labor que será dedicada para desvelar la (in)disponibilidad de los derechos de personalidad y la posibilidad de imponer restricciones por parte del Estado. También presentaremos el cuerpo humano como derecho de la personalidad y apuntaremos una serie de situaciones en las que, en la realidad de la sociedad tecnológica, se percibe la respectiva disposición. Para ello, incluyéremos las referencias a la transeñalización – un procedimiento quirúrgico en que la persona autoriza la extracción de parte de su cuerpo con el fin de promocionar la dignidad personal -; la donación (o venta) de cabello, leche materna, semen o óvulos – donde es evidente la disposición de material biológico humano socialmente aceptada y defendible -; la *body art* (decoración del cuerpo humano), *body modification* (intervenciones para modificar el cuerpo humano) y *body suspension* (suspensión del cuerpo humano mediante lesiones) – y reflexionaremos sobre la disponibilidad de derechos de personalidad. Examinaremos, no sólo la (in)disponibilidad del cuerpo humano, sino

también la necesidad de una mayor justificación para la imposición de su restricción por parte del Estado, en el apartado-sistemático, cuando existe un fin altruista y/o el pleno desarrollo de la personalidad del disponente.

A partir del análisis de la (in)disponibilidad del cuerpo humano, así como de la constatación de que nuevas biotecnologías humanas se ponen en práctica rutinariamente, pondremos de manifiesto que en la sociedad tecnológica se estructuran, en un número cada vez mayor y de forma cada vez más compleja, las relaciones interprivadas. Relaciones, éstas, que en esta Tesis serán denominadas con la expresión de 'contratos biotecnológicos'. Constataciones que implicarán, en el **Capítulo Cuarto** de esta Tesis Doctoral, un análisis del modelo contractual edificado en la modernidad. Realizaremos, pues, un breve estudio introductorio del contrato desde una perspectiva histórico-filosófica, con el fin de describir que el modelo moderno de contrato se perfiló en el Estado Liberal, en un tiempo-espacio en el que el Derecho privado protegía la supremacía de lo individual sobre lo social. Período en que las codificaciones civiles quedaron centradas en la propiedad, en la familia y en el contrato. Un Derecho Civil individualista-patrimonialista - centrado en el enaltecimiento del patrimonio sobre el sujeto - en el cual el contrato se estructuró desde una perspectiva de la igualdad formal entre las partes. Con ello, se pretende comprobar que el contrato, en un momento determinado, representaba un fenómeno hermético sobre el que ni siquiera el Estado podría intervenir. Un contrato centrado en el tránsito de patrimonio, y, por lo tanto, cuyo objeto fue sometido a la patrimonialidad.

En el mismo Capítulo se analizará el contrato en la posmodernidad. Tal como para el contrato moderno, realizaremos una rápida perspectiva histórico-filosófica, que tendrá como punto de inicio el período post-segunda guerra mundial. Un tiempo en el que la dicotomía público-privado empieza a disminuir ante los fenómenos como la privatización del Derecho público y la publicización del Derecho privado. Es decir, cuando

los pilares del Derecho comenzaron a descentralizarse para la persona humana, lo que en la doctrina se denominó repersonalización del Derecho. Fenómeno este que distanció el Derecho de aquel individual-patrimonialismo ochocentista y sacó a la luz a una persona humana que detentaba su dignidad. Examinaremos, de forma breve, el fenómeno de la constitucionalización del Derecho: un cambio de paradigma, en la medida en que el Derecho Civil deja de estar enclaustrado en una codificación – y preocupado sólo por las relaciones patrimoniales – para empezar a entenderse como integrado en un sistema único, abierto y axiológico. Un Derecho Civil directamente comprometido con los derechos fundamentales. Puesto que, como no podría dejar de ser, el contrato entre particulares, igualmente, comienza a ser entendido como parte del sistema ordenado por valores, principios y reglas. Un contrato en la posmodernidad informado, entre otros, por los principios de solidaridad contractual, de la función social del contrato y de la buena fe objetiva.

Examinaremos también la caracterización del contrato, en la posmodernidad, al que se le atribuyó el deber de consistir en un medio de realización de los valores existenciales. Por ello, dedicaremos este Capítulo Cuarto a la búsqueda de una redefinición de la despatrimonialización del contrato sustentada por la doctrina posmoderna. Como se observará, en este estudio, algunos autores contemporáneos defienden que el contrato fue despatrimonializado en la medida en que hubo un desplazamiento del enfoque desde el *tener* al *ser* en el Derecho. Posición con la cual no se pretende discordar, sino más bien apuntar a su insuficiencia con respecto a la realidad de la sociedad tecnológica. Por ello realizaremos un estudio ponderado ante la noción tradicional de que el contrato imperiosamente debe tener el objeto patrimonial, diferenciando la distinción entre la patrimonialidad y el contenido económico de una relación privada. Labor motivada por la necesidad de reflexión de un eventual tránsito, en la sociedad tecnológica, de bienes no patrimoniales que pueden ser económicamente cuantificados. Por lo que estudiaremos

la posibilidad de que defender una eventual cuantificación económica no implique el distanciamiento de su extrapatrimonialidad.

La primera justificación que debe de defenderse, en esta investigación, es la falta de los conceptos posmodernos del contrato que se ponen de manifiesto concretamente con la incapacidad de la doctrina de comprender la existencia de contratos que implican bienes extrapatrimoniales, o incluso que no consistan en una relación económica. La segunda será la de que el acto de conceptualizar, por sí mismo, ya configura una actividad moderna – en la medida en que busca la certeza. El establecimiento de conceptos conlleva un cierre inadmisibles en la contemporaneidad, en la medida en que la sociedad tecnológica implica rutinariamente situaciones inusitadas que deben incorporarse en el Derecho. Por tanto, se pretende superar, en esta Tesis Doctoral, los conceptos, para ofrecer una simple noción (o contornos) de los contratos interprivados como “relaciones entre particulares”. Una afirmación (y no conceptualización) que de hecho implicaría la aceptación de que el contrato, así como todo el sistema (valores, principios y reglas) es apto para concretar la dignidad humana. Una noción que se pretende contemporánea y no cerrada a la realidad.

Para el desarrollo de esta Tesis Doctoral, hemos convenido como método de enfoque el inductivo. Nos valdremos de situaciones concretas en las que podemos identificar las relaciones interprivadas derivadas de las genéticas humanas y del establecimiento de su relación con el Derecho y la Filosofía. La investigación se realizará a partir de tres métodos de procedimiento, como el observacional, el monográfico y el histórico. Conviene aquí realizar una breve aclaración con respecto a estas elecciones: a) mediante el método observacional se llevará a cabo a partir del análisis de situaciones concretas (*Hard Cases* jurídicos, registros de patentes y estudio de prácticas social y jurídicamente aceptadas), intentando demostrar la concreta existencia de las relaciones

privadas que implican el material genético humano en la sociedad contemporánea; b) el método monográfico, en la misma línea, se utilizará para fines de demostración de situaciones concretas en la sociedad tecnológica, pero también para el estudio de los aspectos jurídico-filosóficos correlatos, con el fin de cumplir con los objetivos de esta investigación y la defensa de la tesis jurídico-filosófica sobre el contrato en la contemporaneidad; c) el método histórico, a pesar de poseer un aspecto secundario, se utilizará a lo largo de la investigación para fines de delimitación temporal, en la medida en que invariablemente los derechos fundamentales, los derechos de personalidad y los modelos de contrato deben ser observados siempre en contextos históricos y de historicidad.

También conviene subrayar que optamos en esta investigación, a pesar de no se hay ninguna pretensión de centrarnos en un ordenamiento jurídico específico, por el **método** de interpretación jurídico sistemático-filosófico-constitucional. Opción basada en la interpretación de que los derechos fundamentales son constitucionales, así como en la interpretación de que, en un cierto Estado, el texto constitucional se presenta como centro axiológico del sistema jurídico. Finalmente, pretendemos, también, ofrecer un análisis jurídico-filosófico del tema propuesto, para entender en su debido contexto las nuevas biotecnologías humanas, así como las relaciones privadas que derivan de las mismas, ya que el tema que requiere estudios transdisciplinares. Por lo tanto, para el desarrollo de esta investigación haremos uso de la investigación documental indirecta – buscando un conocimiento amplio sobre lo que ya se ha publicado en relación a estas cuestiones.

Conviene destacar, a fin de evitar cualquier impresión errónea, que a lo largo de esta investigación abordaremos una serie de temas, tales como el de la investigación biomédica; diagnóstico prenatal y pre-implantatorio; reproducción humana asistida; aborto; eutanasia, entre otros, sin adentrarnos en un análisis profundizado, en la medida en que

cada uno demandaría la elaboración de una Tesis doctoral propia. En el mismo sentido, a lo largo de este estudio haremos referencia a un conjunto de cuestiones, como la posibilidad de aplicar técnicas que modifiquen la genética humana, regulación de patentes de material genético humano, entre otras, sin que exista la pretensión de una profundización puntual y específica. Sin embargo, la referencia a estos temas – y a un análisis mínimo – con el objetivo de destacar la respectiva relevancia iusfilosófica, resulta imprescindible para delinear el panorama del estado de los temas correlatos y que pueden afectar el deslinde de la investigación propuesta.

En resumida cuentas, lo que propondremos investigar en esta Tesis Doctoral son las genotécnicas humanas que causan un significativo impacto en la sociedad contemporánea, así como los efectos de su puesta en práctica creciente y sus implicaciones en el campo de la Filosofía y del Derecho. Partimos no sólo de la observación de esta realidad desde una perspectiva de mero espectador sino asumiendo una condición de proponente, con el fin de apuntar las vías para una comprensión del tránsito del material genético humano en el Derecho contemporáneo. Para ello, analizaremos las nociones vigentes del contrato para, por último, defender la tesis de que las genotécnicas humanas, y el consecuente tránsito de material genético humano mediante relaciones privadas, implican una serie de rupturas de las nociones tradicionales de los derechos fundamentales, del derecho general de personalidad y, principalmente, de los modelos de contrato considerados como vigentes. Pretendemos, esencialmente, estudiar si el modelo de contrato tradicional es capaz de manejar los mencionados contratos biotecnológicos o si resulta imprescindible y necesaria una revisión interpretativa del contrato.

**CAPITULO I – ALGUNOS
DESAFIOS PARA LA
BIOTECNOLOGÍA: DESDE
EL PRINCIPIALISMO
BIOÉTICO A LA INGENIERIA
GENÉTICA**

1.1. Tecnología aplicada sobre la vida

En la sociedad contemporánea, la tecnología se presenta no sólo como una constante sino como una verdadera necesidad. El hombre mantiene una búsqueda incesante de nuevas técnicas, dirigidas a los más diversos fines. Técnicas respecto de las cuales surgen numerosas preguntas sobre sus finalidades, efectos y consecuencias. Muchas de estas nuevas tecnologías están íntimamente ligadas a la vida del ser humano. Temas como la reproducción *in vitro*, la clonación y la manipulación genética, durante mucho tiempo no han estado más que en la imaginación de las mentes más creativas – y han sido difundidas inicialmente mediante la ciencia ficción – hasta llegar a convertirse en temas de estudio por parte de diversas áreas del saber. El antes impensable logra la condición de real posibilidad.¹

Metafóricamente, se ha abierto la “caja de Pandora”.² El ser humano alcanza diariamente conocimientos y capacidades técnicas antes impensables, lo que hace pensar que un poder encantador y temible ha sido liberado. Para la técnica no existen límites, quedándole sólo interminables posibilidades.³ La sociedad tecnológica se sumerge en la experimentación de una realidad en la que la tecnología rompe fronteras,

¹ MOSER, A., *Biotecnología e Bioética: para onde vamos?* 2. ed. revista, Petrópolis, Vozes, 2004, p. 18.

² GIOTTO SANTORO TRIGUEIRO, M., *O clone de Prometeu: a biotecnologia no Brasil: uma abordagem para a avaliação*, Brasília, Editora da Universidade de Brasília, 2002, p. 31.

³ DUARTE FARIAS NOGUEIRA, J., “O homem, a ciência e a bioética”. *Revista escola superior de enfermagem de Viseu*, 2001, p. 19: “(...)los únicos límites de la ciencia son los que ella misma encierra, derivados de los conocimientos aún no plenamente desarrollados y capacidades aún no totalmente dominadas. Pero estos límites intrínsecos a la ciencia al final son siempre provisionales y superables.”

incluso de lo imposible, formándose según las aptitudes técnicas del hombre. Una sociedad que vive una explosión científica y especialmente tecnológica que acaba modificando sensiblemente la existencia hasta entonces conocida.⁴ Situación que modifica, incluso, la propia condición humana de adaptación a las sucesivas revoluciones – informática, robótica y biotecnológica entre otras.⁵ Un verdadero cambio de paradigma, que, invariablemente, implica una serie de desafíos éticos, jurídicos y filosóficos.⁶

La palabra de orden se queda reducida a mera posibilidad.⁷ Se vive en un mundo en el que el ser humano, en cualquier instante, puede dar a la colectividad un nuevo descubrimiento. Una innovación tecnológica que antes podría ser incluso impensable.⁸ Gran parte de las tecnologías más revolucionarias se encuentran en el campo de la biología – en la denominada Biotecnología. Al observarse la relevancia de dichas biotecnologías para el mundo contemporáneo, así como la existencia de una serie de debates jurídico-filosóficos atinentes a las mismas, resulta necesario partir, en el presente estudio, de algunos conocimientos centrales para el adecuado desarrollo de los objetivos trazados en esta investigación.

⁴ MOSER, A., *Biotecnología e bioética*, cit., p. 27.

⁵ BERNARDO, O., “Perspectivas de bioética”, *Ação Médica*, Porto, Associação dos Médicos Católicos Portugueses, nº3, 1992, pp. 33-40.

⁶ FLECHA, José-Román, *La Fuente de la vida: Manual de bioética*. 2 ed. Salamanca, Ediciones Sígueme, 2000, pp. 93-110.

⁷ MENDES DE ALMEIDA SHERER NAVARRO, A., *O Obscuro objeto do Poder*, op. cit., pp. 2-4.

⁸ MENDES DE ALMEIDA SHERER NAVARRO, A., *O Obscuro Objeto do Poder*, op. cit., p. 4; MIGNON DE ALMEIDA SHERER NAVARRO, A., *Bioética e biodireito*, Rio de Janeiro, Lumen Júris, 2000, p. xvi; VIEIRA LIMA NETO, F., “A maternidade de substituição e o contrato de gestação por outrem”, en CELESTE CORDEIRO LEITE SANTOS, M. (Org.), *Biodireito: ciência da vida, os novos desafios*, Editora Revista dos Tribunais, 2001, pp. 120-149.

1.1.1. Opciones conceptuales ofrecidas por la doctrina técnico-científica

La doctrina técnico-científica tradicionalmente trabaja de forma muy objetiva la conceptualización de la Biotecnología. Por ejemplo, en textos de biólogos y químicos, se afirma que una conceptualización sería, en efecto, demasiado fácil de llevarse a cabo. En este sentido, es el tratamiento ofrecido por KREUZER y MASSEY, que inicialmente apunta que bastaría la división del término Biotecnología en los dos que le dieron origen, “bio” y “tecnología”, para que se pudiera apuntar un concepto que permitiría el “uso de los organismos vivos para solucionar problemas o desarrollar productos nuevos y útiles”.⁹ Los mismos autores apuntan que la Biotecnología – que incluiría la domesticación de plantas y animales, operada hace más de 10.000 años, así como la utilización de microorganismos durante millares de años – cuando el hombre logra mayores y más específicos conocimientos en el campo de la biología celular y molecular, alcanzando mayor precisión en la manipulación de organismos vivos, demandó una revisión de su concepto inicial. Afirman los autores que la Biotecnología logró un nuevo significado que consistiría en la “utilización de células y moléculas biológicas para la solución de problemas o producción de productos útiles.”¹⁰

La Federación Europea de Biotecnología, en su asamblea general de 1989, aprobó la siguiente definición:

La biotecnología es el uso integrado de las ciencias de la bioquímica, microbiología e ingeniería para lograr aplicaciones de las capacidades de los microorganismos, animales cultivados o células de plantas o partes de ellas en la industria, la agricultura, la salud y en el proceso ambiental.¹¹

⁹ KREUZER, H.; MASSEY, A., *Engenharia Genética e Biotecnologia*, Traducción Ana Beatriz Gorini da Veiga [et al.]. 2. ed. Porto Alegre, Artmed, 2002, p. 17.

¹⁰ KREUZER, Helen; MASSEY, A., *Engenharia Genética*, *op. cit.*, p. 17.

¹¹ En el original: “Biotechnology is the integrated use of biochemistry, microbiology and engineering sciences in order to achieve applications of the capabilities of

MOO-YOUNG apunta que la Biotecnología, interpretada en términos bastantes amplios, consistiría en la “valoración y uso de agentes y materiales biológicos en la producción de bienes y servicios para la industria y el comercio.”¹² BU’LOCK y KRISTIANSEN, a su vez, al pretender responder a lo que sería la Biotecnología, afirman que consistiría en la “(...) aplicación controlada y deliberada de agentes biológicos sencillos, - células vivas o muertas, los componentes celulares – en operaciones técnicamente beneficiosas, ya sea de fabricación de productos ya sea de operaciones de servicios.”¹³ El factor “utilidad” se presenta como central en los textos técnico-científicos que trabajan con la Biotecnología – y que proponen alguna especie de conceptualización – sin que aspectos sociales-jurídico-filosóficos sean objeto de una especial atención.¹⁴

Otro aspecto a destacar en la doctrina técnica que trata de la Biotecnología, es su interpretación como una ciencia multidisciplinar. Textos donde se observa la adopción de la interpretación de que la Biotecnología estaría compuesta por la intersección de partes de otras ciencias, como la biología, la química y la ingeniería.¹⁵ Nuevamente, se observa un alejamiento, con respecto al rasgo o a la conceptualización, de aspectos sociales-jurídico-filosóficos. Factor que aquí se entiende como caracterizador de estos textos como orientaciones para la observación estricta de los contornos técnico-científicos de la

microorganisms, cultured animal or plant cells or parts there of in industry, agriculture, health care and in environmental process.”

¹² MOO-YOUNG, M., *Comprehensive biotechnology: the principles, applications & regulations of biotechnology in the industry, agriculture and medicine*. Canadá, University of Waterloo, 1985, traducción libre. En el original: “(...) the evaluation and use of biological agents and materials in the production of goods and services for industry, trade and commerce.”

¹³ BU’LOCK, J.; KRISTIANSEN, B., *Biotecnología básica*, Traducido por Paloma Liras Padín, Acriba Editorial, 1991, p. 3.

¹⁴ A título ejemplificativo *vid.* AQUARONE, E.; BORZANI, W.; ALMEIDA DE LIMA, U. (coord.), *Tópicos de microbiología industrial*, São Paulo, Ed. da Universidade de São Paulo, 1975.

¹⁵ BORZANI, W.; SCHMIDELL, W.; ALMEIDA DE LIMA, U.; AQUARONE, E. (coord), *Biotecnología industrial: Fundamentos*, São Paulo, Ed. da Universidade de São Paulo, 1995.

Biotecnología, o incluso como enseñanzas prácticas de la misma. Se trata de textos óptimos según una perspectiva técnica, pero deficientes para un análisis jurídico-filosófico – tema que retomaremos más adelante dada su relevancia para el desarrollo de la investigación propuesta (1.2.2).

Los textos técnicos optan por establecer una clara división entre la denominada Biotecnología antigua y moderna. Aspecto éste que, para el presente estudio, supera el mero aspecto técnico-formal y asume relevancia para una adecuada delimitación del tema. Razón por la cual, abordaremos más adelante la diferenciación – sin pretender agotar el tema ya que no es el objeto central de esta investigación – con una visión derivada de una lectura personal.

1.1.1.1. Biotecnología “tradicional”

La doctrina técnica, al trabajar con conceptos de Biotecnología, presenta cierta ambigüedad, por lo que a menudo se asocia al uso de organismos vivos a fin de generar productos – sin ofrecer mayores aclaraciones. Razón por la cual conviene delimitar esta ciencia. Una delimitación que tiene como finalidad alejar la insuficiencia conceptual propia de la doctrina.

A pesar de la inexistencia de una precisión en el ámbito de la Biotecnología por parte de los textos científicos, se observa, como algo positivo, una constante labor de diferenciación o caracterización de la ciencia a causa de su posición en el tiempo y ante la actividad humana implicada.¹⁶ Se aprovecha del esfuerzo identificado en la doctrina de una

¹⁶ A título ejemplificativo de obras que describen la caracterización en razón del tiempo-espacio *vid.* BORÉM, A.; SANTOS, F., “A biotecnologia”, en BRUNORO COSTA, N. M. (coord); CARVAHO, V. (coord.), *Biotecnologia e nutrição: saiba como o DNA pode enriquecer a qualidade dos alimentos*, São Paulo, Nobel, 2003; KREUZER, H.; MASSEY, A., *Engenharia Genética*, *cit.*; MOSER, A. *Biotecnologia e bioética*, *cit.*; GIOTTO SANTORO TRIGUEIRO, M., *O clone de Prometeu*, *cit.*;

intencionada fragmentación, para – aspirando a una mejor comprensión de su contenido – trabajar con una división virtual de la Biotecnología: en “tradicional” y “artificial”. La elección de una nomenclatura diferente de la habitualmente observada tiene como objetivo facilitar la comprensión y evitar imprecisiones terminológicas de fondo.¹⁷ Significa, esencialmente, decir que el factor tiempo – que se extrae del uso de las expresiones “antigua” y “moderna” – tiende a llevarnos a la interpretación de que el aspecto primordial de diferenciación consistiría en el “tiempo de la técnica”, cuando en efecto, a pesar de ser relevante, éste sería un criterio meramente accesorio.

Se elige esta modalidad de tratamiento con el fin de garantizar una adecuada interpretación de la Biotecnología no sólo en el tiempo sino en el “espacio-tiempo”. Una opción que tiende a aclarar el estado de naturaleza, así como las diferentes formas de participación del hombre en las tecnologías sobre la vida. En cuanto al criterio cronológico, se debe comenzar por la aquí denominada Biotecnología “tradicional”.

La denominada Biotecnología tradicional consistiría en el uso de organismos vivos, operada por el hombre, desde hace más de 10.000 años, con la domesticación de animales y plantas, para la producción de alimentos.¹⁸ “También el cruce selectivo de animales y plantas se

SILVEIRA, J. M.; CARVALHO BORGES, I., “Um Panorama da Biotecnologia Moderna”, en FERREIRA JARDIM DA SILVEIRA, M.; DAL POZ, M. E.; ASSAD, A. (org.), *Biotecnologia e recursos genéticos: desafios e oportunidades para o Brasil*, Campinas, Instituto de Economia/FINEP, 2004.

¹⁷ En el presente estudio se adopta la división virtual de la biotecnología, para una adecuada aclaración de su contenido, en dos categorías (tradicional y alternativa); sin embargo, sin que esta opción incurra en desconocimiento o negación de otras formas. Se puede citar la división realizada por MOSER, en la cual se considera la biotecnología antigua, la moderna y la de vanguardia. El autor, a pesar de establecer una división tripartita, hace uso de criterio semejante con respecto al adoptado en el presente estudio, sea cual sea la potencial previsibilidad de los resultados de la puesta en práctica de una biotecnología. MOSER, A., *Biotecnologia e bioética*, cit., pp. 38-47.

¹⁸ GÜNTER GASSEN, H., “Biotecnologia para países em desenvolvimento”. In GÜNTER GASSEN, H. [et. al], *Cadernos Adenauer 8: Biotecnologia em discussão*, São Paulo, Fundação Konrad Adenauer, 2000, p. 9.

encuentra entre estos expedientes más antiguos¹⁹. De lo que se deduce que el ser humano siempre hizo uso de la Biotecnología con el fin de suplir sus necesidades – garantizando la supervivencia o incrementando su calidad de vida. Procedimientos vinculados a la Biotecnología que se han realizado de forma “artesanal”, o se puede decir “tradicional”, en lo que se refiere a la forma en que el hombre maneja la naturaleza. La expresión “manejar” es aquí utilizada a fin de caracterizar una actividad tecnológica permeada por cierta imprecisión con respecto a los resultados. Se puede decir que la tecnología no estaba acompañada (o en la mejor de las hipótesis seguida de lejos) de la ciencia.

Son muchas las actividades que pueden incluirse en el proceso de Biotecnología artesanal. Desde la utilización, hace millares de años, de la levadura para que fuera posible realizar alimentos susceptibles de mayor conservación, pasando por la transformación de la leche en queso, o de los cereales en harina, pan o cerveza; la obtención selectiva de animales y plantas²⁰; el desarrollo de antibióticos y otros productos, hasta el descubrimiento de la llamada hélice doble del ADN. A pesar de la gran evolución desde el milenar uso de la biotecnología hasta la obtención de mayores conocimientos sobre los elementos químicos, los microorganismos y las bacterias, el hombre, haciendo uso de la Biotecnología tradicional aunque cada día con mejores resultados, sigue manejando el “azar de la naturaleza”. Se somete al tiempo de respuesta de la puesta en práctica de las biotecnologías impuesto por la naturaleza. Una Biotecnología que, incluso ante sus limitaciones, era visualizada como la aplicación de la técnica en una ciencia separada – por ejemplo, en la biología, o en la química.²¹

¹⁹ MOSER, A., *Biotecnología e bioética*, cit., p. 39.

²⁰ PÉREZ SALOM, J., *Recursos genéticos, biotecnología y derecho internacional: la distribución justa y equitativa de beneficios en el Convenio sobre Biodiversidad*, Navarra, Arazandi, 2002, p. 41-42.

²¹ MUÑOZ, E., *Biotecnología y sociedad*, cit.

En un determinado momento, mediante las biotecnologías el ser humano alcanza la condición de manejar la naturaleza de forma un poco más precisa, pero sin poder librarse de un considerable margen de error o incluso del azar de la naturaleza. Comienza el hombre sus aventuras en el campo de la genética²² – una actividad aún poco precisa, en la cual se podía acelerar el proceso de modificación de los seres vivos, pero que todavía no presenta certeza sobre los resultados procedentes.

Así, se observa que el hombre, a lo largo de la historia siempre ha hecho uso de la Biotecnología, partiendo de actividades completamente aleatorias y especulativas, hasta que aproximó los conocimientos técnicos y científicos para comenzar las actividades en el campo de la ingeniería genética. Evolución a lo largo del tiempo que hizo disminuir la imprecisión de los resultados de la puesta en práctica de la Biotecnología. Una alteración sustancial en la forma de cómo dirigir la técnica, que aquí se adopta como criterio de separación de la Biotecnología entre “tradicional” y “artificial”. Se resume la biotecnología tradicional en la que se opera de forma más o menos empírica, sin efectiva capacidad predictiva de sus resultados. Como próximo paso conviene que nos ocupemos, aunque de forma sucinta, en qué consiste la Biotecnología “artificial”.

1.1.1.2. Biotecnología “artificial”

La Biotecnología tradicional, como se ha observado en el apartado anterior, era operada desde diferentes ciencias de forma separada, hasta que llegó a asumir una conjugación interdisciplinaria. Cuando comenzó consistía en la aplicación de diferentes campos del conocimiento y de la tecnología. Además, asumió un elevado potencial predictivo de los

²² Expresión en este punto utilizada en el sentido de manipulación genética por medio artesanal, como las realizadas mediante el cruce de plantas y animales de características deseadas, con el objetivo de obtener un mejor rendimiento. Sobre la manipulación genética operada de forma artesanal *vid.* SILVEIRA, J.; CARVALHO BORGES, I., “Um Panorama da Biotecnologia Moderna”, *cit.*.

resultados de la puesta en práctica de la Biotecnología. Hechos que implican el deber de reconocimiento de una diferenciación – aunque operada de forma virtual, sin que esta “nueva” fase aleje la anterior, sino al contrario, hay que reconocer una concomitancia (o bien una integración).

El hombre, en determinado momento, amplió su comprensión del mundo. Esto se dio con el descubrimiento de la estructura del ADN, y de su funcionamiento, produciendo una verdadera revolución biológica. El hombre consiguió identificar su identidad genética, conociendo de forma más profunda su genotipo y fenotipo.²³

El paso siguiente fue el descubrimiento del ADN recombinante, mediante el cual es posible operar fusiones celulares y producir nuevos bioprocesamientos. Momento en que el hombre comienza a superar el “juego de datos de la naturaleza”, dejando la posición de mero espectador de los acontecimientos “naturales”, para asumir una posición provocadora – de forma consciente y direccionada - de eventos mediante actividades “artificiales” (en laboratorio). MOSER apunta que la principal característica de la Biotecnología es el potencial de interferencia con un alto grado de especificidad en estructuras incluso menores que los dichos microorganismos.²⁴ KREUZER y MASSEY, a su vez señalan que la capacidad biotecnológica de actuar sobre moléculas biológicas permite una mayor precisión y previsibilidad.²⁵ Dado que, como aclara SALOM, el avance en este campo de la Biotecnología principalmente, permitió al hombre, mediante bioingeniería (clonación) el desarrollo de un organismo vivo completo, entre otras técnicas de laboratorio.²⁶ En efecto, la principal característica diferenciadora de la Biotecnología “artificial” consiste,

²³ RODRIGUES PETTERLE, S., *O direito fundamental à identidade genética na Constituição brasileira*, Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 24.

²⁴ MOSER, A., *Biotecnologia e bioética*, cit., p. 46.

²⁵ KREUZER, H.; MASSEY, A., *Engenharia Genética*, cit., p. 17.

²⁶ PÉREZ SALOM, J., *Recursos genéticos, biotecnología y derecho internacional*, cit., p. 42.

exactamente, en la capacidad del hombre, mediante procesos no naturales, inducir de forma dirigida y con resultados debidamente previstos, incidencias en la naturaleza. Una Biotecnología marcada por procedimientos artificiales impuestos por el hombre que dibuja una nueva realidad en la cual éste asume la condición de llevar a cabo acciones que antes quedaban reservadas exclusivamente a la naturaleza.²⁷

La Biotecnología artificial puede ser visualizada a partir de sus diversas aplicaciones prácticas. Se observa su utilización en el campo farmacéutico – para la concepción de medicamentos modernos, producción y mejora de antibióticos, en la producción de proteínas recombinantes con fines terapéuticos; en la agro-alimentación – para el desarrollo de plantas y animales transgénicos; en el campo de la salud – para el desarrollo de diagnósticos y de terapias génicas, entre otros.²⁸ Tecnologías operadas en laboratorio con precisión de resultados - que no excluyen del contexto de la Biotecnología aquellas denominadas “naturales”– que presentan mayores potenciales de emergentes alteraciones en la realidad y merecen ser estudiadas desde la Filosofía del Derecho en lo que se refiere a una aproximación entre la técnica y las Ciencias Sociales.

1.1.2. Opciones conceptuales ofrecidas por la doctrina jurídico-filosófica

Hace ya tiempo que se lleva estudiando, desde diferentes campos del saber, con el propósito de establecer un concepto para la denominada Biotecnología. Las conceptualizaciones están distribuidas desde los más serios estudios científicos hasta las más desviadas, razón por la cual,

²⁷ BEST, S.; KELLNER, D., “Biotechnology, Democracy, and the Politics of Cloning”, en BRAMAN, S. (ed.), *Biotechnology and communication: the meta-technologies of information*, Londres, Lawrence Erlbaum Associates, 2004, p. 197.

²⁸ PÉREZ SALOM, J., *Recursos genéticos, biotecnología y derecho internacional*, *cit.*, pp. 19-49.

invariablemente, resulta necesario un recorte metodológico en el presente estudio, cuando se opta por traer a la luz algunos de los más difundidos tratamientos ofrecidos por la doctrina jurídico-filosófica con respecto al tema. Se aspira, con esta especie de recorte epistemológico, a caracterizar la existencia de una imprecisión y ambivalencia conceptual.²⁹

Como primer paso, conviene partir del artículo 2 del Convenio sobre La Diversidad Biológica (1992) de la Organización de las Naciones Unidas (ONU):

Por “biotecnología” se entiende toda aplicación tecnológica que utilice sistemas biológicos y organismos vivos o sus derivados para la creación o modificación de productos o procesos para usos específicos.³⁰

Como segundo paso, destacamos la conceptualización ofrecida por BLÁZQUEZ, en una obra de carácter concretamente filosófico, sobre la Biotecnología:

La biotecnología, pues, se refiere a cualquier técnica aplicada a los organismos vivos para fabricar productos destinados a la mejora del reino animal y vegetal, o bien para producir fármacos de calidad y en grandes cantidades para la salud humana. Los dos grandes campos de la biotecnología son el sector agroalimentario y el farmacológico. Por otra parte, en el diccionario Coombs no aparece el término bioética ni se precisa el concepto de vida. Pero pienso que ofrece una definición descriptiva de la biotecnología bastante aceptable como aplicación de la alta tecnología moderna a los procesos vivos no humanos o en función de la salud humana y mejora de la calidad de vida.³¹

Como tercer paso, es preciso dejar constancia de que gran parte de los autores, principalmente del ámbito jurídico y concretamente de la Filosofía del Derecho, al centrarse en el establecimiento de un concepto

²⁹ MOSER, A., *Biotecnología e bioética*, cit., pp. 38-39.

³⁰ Convenio Sobre la Diversidad Biológica. Organização das Nações Unidas (ONU), 1992.

³¹ BLÁZQUEZ, N., *Bioética: la nueva ciencia de la vida*, Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 2000, p. 93.

de biotecnología, parecen partir de la definición operada por la Federación Europea de Biotecnología³², para cerrar el concepto en términos prácticamente idénticos a los adoptados por BLÁZQUEZ. Una considerable parte de la doctrina que sigue el tema entiende que la Biotecnología consistiría en técnicas aplicadas sobre organismos vivos de menor complejidad – en suma, excluyendo la aplicación sobre seres humanos -, con finalidad de realizar bienes y servicios. Se puede, a fin ejemplificativo, mencionar que en este sentido están las conceptualizaciones ofrecidas por SILVEIRA y BORGES³³, GARCIA³⁴ y SALOM³⁵, entre otros³⁶. Esta “limitación” de la biotecnología a los seres no humanos, por guardar una elevada relevancia para el adecuado desarrollo de esta investigación, será analizada en un apartado propio (1.2.3.2).

En este punto, lo que se pretende demostrar es que, incluso los textos de Derecho y de Filosofía del Derecho, al intentar una conceptualización de biotecnología acaban centrándose especialmente en el aspecto técnico del fenómeno, esquivando u olvidándose selectivamente de una serie de aspectos ético-sociales. Se observa que de los vulgares conceptos ofrecidos por la doctrina ahora aflora una verdadera “indebida minimización conceptual”. No obstante la restricción repetidamente ofrecida del concepto, hay también una falta de exactitud

³² Sobre este concepto *vid.* la nota 77.

³³ SILVEIRA, J.; CARVALHO BORGES, I., “Um Panorama da Biotecnologia Moderna”, *cit.*, p. 18: “El término biotecnología se refiere a un conjunto amplio de tecnologías utilizadas en diversos sectores de la economía y tienen en común el uso de organismos vivos (o parte de ellos, como células y moléculas) para la producción de bienes y servicios. (...)”.

³⁴ GARCIA, M., *Limites da ciência: a dignidade da pessoa humana: a ética da responsabilidade*, Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 44: “(...) aplicación de principios científicos y de ingeniería al procesamiento de materiales mediante agentes biológicos, para promover bienes y servicios.”

³⁵ PÉREZ SALOM, J., *Recursos genéticos, biotecnología y derecho internacional*, *cit.*, pp. 41-42.

³⁶ DINIZ, M. H., *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. 364; GRISOLÍA, S., “La biotecnología en el tercer milenio”, en ROMEO CASABONA, C. (Ed), *Biotecnología y derecho: perspectivas en derecho comparado*, Bilbao-Granada, 1998, p. 4; RAMÓN LACADENA, J., “Plantas y alimentos transgénicos”, en GAFO, J. (ed), *Aspectos científicos, jurídicos y éticos de los transgénicos*, Madrid, Sal Terrae, 2001, p.15.

o incluso de una perfecta identidad entre las opciones conceptuales y terminológicas. Situaciones que conducen a una necesaria reflexión sobre la motivación para esta especie de inestabilidad, lo que demanda comprobar si ésta reside sólo en el aspecto semántico o en la dificultad de establecer un adecuado contorno.³⁷ La nebulosidad conceptual y terminológica puede derivarse de la inadmisibilidad del establecimiento de contornos rígidos y fijos para la Biotecnología precisamente a causa del constante surgimiento de nuevas tecnologías. Prueba de esta situación se encuentra en una ligera modificación en la conceptualización de Biotecnología a lo largo del tiempo, por lo tanto, en un cierto momento, algunos autores comenzaron a entenderla como la que incluye técnicas aplicadas sobre los seres humanos.³⁸

De lo hasta aquí brevemente expuesto, se observa que un tratamiento conceptual de Biotecnología, al menos para un estudio desde la perspectiva de la Filosofía del Derecho, debería superar la frontera de

³⁷ SOUZA SILVA, J., *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 afectaría en diversos grados a todas las actividades humanas ya a partir del inicio del próximo siglo, y la palabra biotecnología simboliza todo el poder científico tecnológico capaz de influir sobre la naturaleza y la dirección de esta revolución. En todo el mundo la Biotecnología fue elevada a la cima de las prioridades nacionales de la mayoría de los gobiernos; por lo tanto, la dificultad de un consenso no es accidental. [...] Elocuentemente, incluso los especialistas no llegaron a una definición consensual de biotecnología. Y si los *experts* dentro y fuera de la comunidad científica no fueron capaces de llegar a un acuerdo sobre la mejor definición de biotecnología, ¿cómo podría la sociedad delimitar sus significados sólo consultando el número creciente de definiciones en la literatura existente? Y aunque muchos intenten dar un carácter de neutralidad a sus definiciones, desde la perspectiva de este autor no existen definiciones neutras. La imposibilidad de una definición consensual de biotecnología está asociada a la complejidad de la conciliación de intereses divergentes e incluso conflictivos en una única definición. Y si la simple tarea de definir el concepto de biotecnología viene produciendo confusión y discordancia, convirtiéndose en posibles interpretaciones también conflictivas, entonces las posibilidades son de que la tarea de establecer sus posibilidades e implicaciones ha sido y será mucho más difícil y controvertida.”

³⁸ Anticipando el trato que debe ofrecerse a este apartado siguiente es que “(...) La cuestión se hace más compleja cuando las nuevas técnicas se aplican directamente al ser humano (...)”. VIDAL MARTÍNEZ, J., “El principio de precaución, biotecnología y derechos inherentes a la persona”, en ROMEO CASABONA, C. (Ed.), *Principio de precaución, biotecnología y derecho*, Bilbao-Granada, Comares, 2004, p. 52.

los meros aspectos técnico-científicos, asumiendo los aspectos ético-sociales relativos a las nuevas tecnologías que incluyen las mismas.³⁹ Se trata de una operación que debe llevarse a cabo con la debida cautela porque, incluso reconociendo la necesidad de apertura y permeabilidad a la realidad, hay que evitar una impropia fuga de la responsabilidad en el momento de establecer los contornos de la ciencia en examen. Se opta, en el presente estudio, por analizar la existencia de las relaciones entre Biotecnología y Bioética, así como el alcance de las técnicas aplicadas sobre los seres humanos en los contornos de la Biotecnología para, consecuentemente, poder superar sus conceptos tradicionales.

1.1.3. La superación de conceptos y el establecimiento de perfiles abiertos y permeables a la realidad

Al observar la conceptualización de la Biotecnología ofrecida por la doctrina, comprobamos no sólo una falta de precisión y ambivalencia, sino, especialmente, la utilización de ciertos criterios variables de delimitación de su contenido. Trabajos de conceptualización que tienden al establecimiento de conceptos que a veces resultan herméticos con respecto a la realidad. Conceptos dignos de la modernidad, por lo tanto permeados de trazos cartesianos con expectativa de concreción y certeza. Comúnmente la doctrina le garantiza, como característica intrínseca, la cosificación de los seres vivos, incluso de los seres humanos. Así, se defiende aquí la necesidad de superar la forma de conceptualizar, con el fin de garantizar a la Biotecnología unos contornos abiertos y variables.

³⁹ Sobre una aproximación de la Biotecnología y la ética *vid* RODRÍGUEZ MERINO, José María, *Ética y derechos humanos en la era biotecnológica*, 4. ed., Madrid, Dykinson, 2015.

Al pretender una superación de los conceptos ofrecidos por la doctrina, resulta necesaria una oportuna reflexión con respecto a la observación y aproximación del recorrido (en el sentido de la cosificación) y la forma en cómo ha sido presentada la Biotecnología por la ciencia ficción. Obras en las que la Biotecnología habitualmente se aproxima a la ingeniería genética, principalmente a las técnicas enfocadas a la eventual “reposición de partes humanas”, en la mejora de la eficiencia del cuerpo humano o incluso en la cosmética genética – temas que, por su relevancia, profundizaremos en unos tópicos propios en el Segundo Capítulo de esta Tesis Doctoral.⁴⁰ Sin embargo, es preciso aquí anticipar que se trata de temas que presentan interesantes interrogantes derivados de las posibilidades de la ingeniería genética, como los relativos a la reducción de las barreras naturales, al desarrollo de las fuerzas productivas y al control social – que por una delimitación metodológica no serán abordados, al menos de forma directa y profunda en esta investigación.

Se observa que aquello que un día fue ciencia ficción hoy es realidad. El hombre, ante la tecnología, adquiere una nueva “caja de herramientas” que le trae la capacidad de manosear incluso el comienzo y el fin de la vida. Modificar – o atacar - su propia identidad y dignidad. Técnicas de las cuales surgen una serie de interrogantes, dado que algunas de las más interesantes residen en la “neogenesia”⁴¹, como posibilidad de que la nueva genética podría estar infectada por los males

⁴⁰ Como demostración del manejo realizado por la ciencia ficción de las posibilidades de la puesta en práctica de las nuevas biotecnologías humanas cabe citar la película “La Isla”. Dirección: Michael Bay. Warner Bros Pictures, EUA – 2005. 1 DVD (136 min). Título original *The Island*; Gattaca – la experiencia genética. Dirección: Andrew Niccol. Columbia Pictures, EUA - 1997. 1 DVD (106 min). Título original *Gattaca*.

⁴¹ BELLOSO MARTÍN, N., “Sociedad tecnológica y cuestiones de bioética: la búsqueda de fundamentos de una nueva disciplina”, en BRINGAS LÓPEZ, M.; IBEAS CUASANTE, E., *Una nueva disciplina: la Bioética*. Burgos, Universidad Popular para la Educación y Cultura de Burgos, 2004, p. 34.

de la antigua “eugenesia”⁴². Nuevas técnicas genéticas que podrían utilizarse para la “mejora” de la especie humana. Reflexión no del todo absurda o, más bien, restringida al campo de la ficción, al considerar que en la historia de la humanidad existieron diversos intentos en este sentido, como el impedimento de reproducción de seres “imperfectos” mediante el control de la natalidad; la selección genética; la selección racial, entre tantas otras modalidades.⁴³ Emergen interrogantes que ciertamente deberían influir sobre los contornos de la Biotecnología operada por la doctrina especializada - pero que, posiblemente, por superar el estricto campo de la técnica y adentrarse en el de la Filosofía, desafortunadamente, dejan de ser estudiados.

Con el fin de ilustrar el vasto campo de la Biotecnología, es preciso traer algunos ejemplos. En un primer momento vamos a comentar las técnicas de reproducción asistida, desarrolladas con el objetivo de permitir la maternidad de las mujeres estériles, que se encuentran en la menopausia y que por decisión propia no desean interactuar con el sexo opuesto, o el hombre infértil, entre muchas otras posibilidades que se puedan imaginar.⁴⁴ Técnicas que se mejoran cada vez más. Que se acomodan a la sociedad tecnológica. Que pueden considerarse - desde el aspecto técnico – como intervenciones sobre las características genéticas de la especie humana. Que podrían crear un nuevo mercado consistente en la comercialización de material genético.⁴⁵ Conviene destacar que no

⁴² CARONE SLABI CONTI, M., *Biodireito: a norma da vida*, Rio de Janeiro, Forense, 2004, 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, ya sea física o mentalmente.”

⁴³ BELLOSO MARTÍN, N., “Sociedad tecnológica y cuestiones de bioética”, *cit.*, p. 34; OLIVEIRA LEITE, E., “Eugenia e bioética: os limites da ciência face à dignidade humana”, en *Seleções Jurídicas*, 04/2004, p. 30.

⁴⁴ Sobre las técnicas avanzadas de reproducción; menopausia – parto de la abuela; maternidad de mujeres estériles y otros correlatos, *vid.* BLÁZQUEZ, N., *Bioética*, *cit.*, pp. 173-213.

⁴⁵ GAFO, J. (Editor), *Nuevas técnicas de reproducción humana. Biomedicina, Ética y Derecho*. Madrid, Publicaciones de la Universidad Pontificia de Comillas, 1986, p. 91; ROMEO CASABONA, C., *El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana*, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1994, p. 208.

se pretende en esta sede un estudio pormenorizado del aspecto científico de las técnicas de reproducción asistida y manipulación genética, sino la observación de que éstas dan lugar a una reflexión desde la Filosofía del Derecho que no puede obviarse. Una de las cuestiones que merece especial atención consiste en los derechos de las partes implicadas, específicamente en cuanto a los derechos de personalidad – tema que por su relevancia analizaremos a lo largo de los Capítulos Segundo, Tercero y Cuarto de esta investigación.

Otra técnica habitualmente observada en la ciencia ficción, y que fue objeto de atención mundial es la clonación. Una técnica consistente en la multiplicación asexual de individuos, originando seres con patrimonio genético idéntico. Como ejemplo de esta modalidad científica cabe recordar a la notoria “oveja Dolly”, animal procedente de la sustitución del núcleo original de un óvulo por el núcleo de una célula mamaria de oveja.⁴⁶ Tal procedimiento dio lugar a un ser con identidad genética para la donante del material originario – destacando que no hubo ningún cruce sexuado. Concretamente, tal acontecimiento configuró el marco de una nueva era biotecnológica.

En función del poder técnico de la clonación, observamos la posibilidad real de creación de seres genéticamente modificados, con el mero propósito de suministrar órganos para trasplantes en seres humanos, o incluso, la manufactura de órganos con fines idénticos. Conviene subrayar que, a pesar de que muchos de los interrogantes se aproximen a temas distantes e incluso intangibles, el hombre camina con vigor hacia la efectivización de esta técnica.⁴⁷

La clonación ¿representaría una eventual búsqueda de la vida eterna? ¿No estaríamos ante la banalización del ser humano, como

⁴⁶ MOSER, A., *Biotecnología e bioética*, cit., p. 169.

⁴⁷ CELESTE, M., *Biodireito: ciência da vida, os novos desafios*, Revista dos Tribunais, 2001, p. 105.

negación de la condición humana en sí, es decir, como condición de su artificialización? Estando estos y otros interrogantes todavía sin respuesta, no cabe duda de que la sociedad tecnológica se encuentra con un “biopoder” inconmensurable derivado de las más diversas posibilidades biotecnológicas, que ciertamente pueden influir positiva y negativamente sobre los derechos más íntimos de los ciudadanos. Hay que recordar que la ciencia ficción ya delineaba esta relación de biopoder. Lo que se restringía al imaginario comienza a ser una real posibilidad. ¿No deberían estos temas influir sobre la delimitación de la Biotecnología?

La Biotecnología conlleva consigo un poder de dimensiones aún desconocido, pudiéndose llegar a hablar del “Factor Frankenstein” – término utilizado por BLÁZQUEZ⁴⁸ - para identificar la asunción por parte del hombre-científico de capacidades antes reservadas a la naturaleza. Se deduce que el autor, con el uso de esta nomenclatura, intentó no sólo caracterizar a los científicos – principalmente a los relacionados con las investigaciones en el campo de la ingeniería genética – que actúan mejorando la técnica aunque no necesariamente en lo que se refiere al beneficio de la humanidad, sino también presentar el papel de un “imperativo tecnológico” en la sociedad contemporánea. Una sociedad tecnológica en la cual lo que es técnicamente posible tiende a ser efectivamente aplicado – aunque no sea éticamente deseable.

El conocimiento técnico humano es evidente y su evolución es incesante. Dado el miedo a que estas capacidades de la sociedad tecnológica puedan escaparse al control, se observa un constante discurso para defender la interrupción o postergación de los avances biotecnológicos. Discurso que gana fuerza en las alarmantes posibilidades negativas derivadas de la Biotecnología constantemente delineada en obras de ciencia ficción. Obras que retratan, a menudo, la

⁴⁸ BLÁZQUEZ, N., *Bioética, cit.*, pp. 186-187.

difícil supervivencia en una realidad post-apocalíptica originada de una cadena de acontecimientos derivados del desarrollo y puesta en práctica de algunas nuevas técnicas biológicas.⁴⁹

El reconocimiento del “imperativo tecnológico” acaba siendo, concretamente, uno de los argumentos utilizados por parte de quienes aspiran frenar la Biotecnología. Como afirma BLÁZQUEZ, las nuevas técnicas biológicas pueden consistir en una modalidad de poder de algunos pocos sobre una colectividad, afirmándose como un primer argumento que determina restricciones para aquella.⁵⁰ Parte de la doctrina hace uso del factor en cuestión para deducir que no todo lo que es posible realizar técnicamente debería ser visto como deseable. Se observa que, en algunos momentos, la sociedad tecnológica acaba imprimiendo, inadvertidamente, una “bondad inherente” a la tecnología y a su efectiva aplicación.⁵¹

Significa afirmar que la propia interpretación de que el hombre insertado en la sociedad tecnológica es metafóricamente un “científico chiflado”, genera el miedo de que el determinismo tecnológico que impulsa la experimentación justifique la desconsideración de los aspectos éticos.⁵² Así, la propia comprensión – aunque casada con admiración –

⁴⁹ SANTAMARÍA IBEAS, J.J., “Blade Runner y la titularidad de los derechos fundamentales” en *Revista Aranzadi de derecho de deporte y entretenimiento*, N° 16, 2006, pp. 507-515.

⁵⁰ BLÁZQUEZ, N., *Bioética*, cit., pp. 186-187.

⁵¹ BLÁZQUEZ, N., *Bioética*, cit., pp. 190-191.

⁵² TIMM DE SOUZA, R., “As bases éticas da responsabilidade intelectual”, en TIMM DE SOUZA, R. (org), *Ciência e ética: os grandes desafios*, Porto Alegre, EDIPUCRS, 2006, p.143: “En segundo lugar, y sosteniendo el imperativo científico de la prudencia, tenemos algo como un “imperativo ético radical”, sin que lo indiferenciado de las acciones conduzca a la humanidad de los riesgos apreciables e incluso extremos, como la autodestrucción. Los ejemplos de la ausencia de este imperativo ético original son visibles en los excesos y cualquier niño los conoce, al ver fotos de campos de concentración nazis o modernos, o los efectos del napalm en el Vietnam, los del mercurio en Minamata y las consecuencias de trabajo con pesticidas en el interior de diversos estados brasileños (elementos aparentemente tan diversos entre sí), entre muchísimos otros ejemplos, todos ejecutados con refinada perspicacia y técnica científica: puesto que es de esta ausencia con una base ética inamovible – ausencia “elevada” al nivel de “metafísica del consumo infinito” – que derivan el caos y las

de que se vive en una sociedad tecnológica ya conforma el primer temor. Y constituye la primera línea de argumentación, utilizada por una parte considerable de la doctrina, en el sentido de que la tecnología carece de frenos o controles.

El argumento del miedo, metafóricamente llamado “pendiente resbaladiza”⁵³, no se fundamenta sólo en el puro temor de las posibilidades sino que encuentra un sólido fundamento en la historia de la humanidad. Uno de sus argumentos-publicitarios más impactantes son los experimentos en seres humanos operados en el régimen nazista.⁵⁴ En los tiempos modernos existiría la posibilidad de modificar las especies vivas a través de técnicas genéticas, cuyos resultados podrían presentar efectos futuros indeseables e, incluso, conducir a una “neoeugenesia”.

Este argumento se centra en el análisis de que, si una técnica permite llegar a resultados indeseados, ésta no merece ser efectivamente aplicada. Este argumento posee esencialmente dos versiones. La primera se denomina “lógica” y opta por establecer una conexión entre dos actos, o clases de actos. Defiende que al aceptar un cierto acto, otro – aunque indeseado – sería consecuencia del mismo. En otras palabras, considerando la imposibilidad de distanciarse del acto derivado, debería impedirse su acto originario. Dado que, según sostiene RIFKIN, cuando se trata de ingeniería genética, se puede absorber mejor lo que sería su conexión lógica:

Una vez que decidimos comenzar el proceso de la ingeniería genética humana, no hay realmente lugar lógico para detenerse. Si el diabetes, la anemia falciforme, y el cáncer se van a curar alterando la composición genética de un individuo, ¿por qué no

formidables amenazas socioambientales que asombran las buenas conciencias y podrían simplemente impedir el futuro de la tierra.”

⁵³ El término corresponde a *slippery slope*. DWORKIN, R., *El dominio de la vida: Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y La libertad individual*, Versão espanhola de Ricardo Caracciolo e Victor Ferreres, Barcelona, Editorial Ariel, 1994, pp. 283-284.

⁵⁴ FEITO GRANDE, L., *El sueño de lo posible: Bioética y Terapia génica*, Madrid, Universidad Pontificia Comillas, 1999, p. 299.

proceder con otros “desordenes”: miopía, ceguera para los colores, zurdera?

Con la ingeniería genética, logramos algo y abandonamos algo. A cambio de asegurar nuestro bienestar físico, nos vemos forzados a aceptar la idea de reducir la especie humana a un producto diseñado tecnológicamente. La ingeniería genética plantea la más fundamental de las cuestiones. ¿Merece la pena vender nuestra humanidad por garantizar nuestra salud?⁵⁵

La segunda versión, denominada “empírica”, establece una conexión causal entre dos actos, o clase de actos. Sostiene que cuanto más sea evidente la conexión causal entre dos actos, y mayor el deseo de evitar el acto relacionado, mayor será la fuerza del argumento. Bajo esta perspectiva RIFKIN, aun refiriéndose a la ingeniería genética, defiende que la ciencia obedece a un “imperativo tecnológico”, sosteniendo que todo lo que sea técnicamente posible, lo realizaremos en algún momento.⁵⁶ En el caso de la ingeniería genética, tomando el argumento *Slippery Slope*, hay que considerar como premisa que la posibilidad de mejora conduciría al resultado éticamente indeseado de la eugenesia. A partir de este argumento, el progreso sería una consecuencia del imperativo tecnológico.⁵⁷ Así, de la ingeniería genética se llega necesariamente a la eugenesia.

Según los defensores de este argumento, incluso si existe una serie de restricciones legales para el uso de la ingeniería genética, éstas se imponen concretamente por su peligro latente. Afirman sus defensores que la búsqueda de la “calidad de vida”, mediante las posibilidades derivadas de la ingeniería genética, podría confluir en una verdadera pérdida de la esencia de la humanidad. Una efectiva creación de un ser humano cosificado – un producto tecnológico. El hombre-artefacto.⁵⁸

⁵⁵ RIFKIN, J., *El siglo de la biotecnología, cit.*, pp. 232-233.

⁵⁶ RIFKIN, J., *El siglo de la biotecnología, cit.*, pp. 232-233.

⁵⁷ FEITO GRANDE, L., *El sueño de lo posible, cit.*, p. 301.

⁵⁸ FEITO GRANDE, L., *El sueño de lo posible, cit.*, p. 360.

Según este argumento, hay dos alternativas aplicables en el campo de la Biotecnología: la primera consistiría en la total prohibición del acto originario, y la segunda en el establecimiento de unos límites para lo éticamente aceptable. Dado que el establecimiento de “líneas morales” debería ser operado desde una perspectiva principialista, o incluso consecuencialista, se deduce que el argumento se construye sobre bases poco sólidas, ya sea para hacer uso de generalizaciones apresuradas, ya sea para intentar establecer una línea moral que se afirma como límite lógico – lo que consiste en una mera arbitrariedad.

A pesar de las eventuales críticas a los argumentos en contra del uso desenfrenado de las nuevas técnicas biológicas, lo cierto es que éstas pueden ofrecer consecuencias futuras no benéficas, hecho que de por sí justifica el debate. Siendo de suma relevancia subrayar que para la cuestión de que muchas de las nuevas técnicas biológicas, si no todas, pueden, o podrían, ocasionar relaciones interprivadas de efectos singulares y colectivos. Queda manifiesto que diversos aspectos relevantes dejan de componer los conceptos operados por la doctrina, hecho por el cual se apunta a la necesidad de su superación. Lo que, en el presente estudio, se analizará desde la premisa de que la Biotecnología posee una íntima relación con la bioética (1.2.3.1.), así como de que aquélla que incluye las técnicas aplicadas a los seres humanos (1.2.3.2.).

1.1.3.1. Biotecnología como parte integrante del conjunto constituido por la Bioética

Para interpretar adecuadamente el término Biotecnología, consideramos conveniente partir del término bioética y de un breve esbozo histórico de la misma. Para adentrarnos en el tema, es preciso apuntar que – pese a que muchos autores atribuyan a Van Rensselaer Potter la creación del término, utilizado en su artículo publicado en 1970 y

titulado *Bioethics: The science of survival*⁵⁹ - su primer aparición data de otro artículo publicado en 1927 por de Fritz Jahr⁶⁰. El autor trató el término de bioética como “el reconocimiento de las obligaciones éticas no sólo con relación al ser humano, sino a todos los seres vivos”⁶¹.

La difusión y consolidación del término Bioética tuvo lugar en el año 1971, con la publicación de la obra *Bioethics, bridge to the future*⁶². Texto en el cual Potter proponía una nueva disciplina, centrada en la supervivencia de la humanidad⁶³, estableciendo un puente entre la ética clásica y las ciencias de la vida.⁶⁴ El autor se ocupó, desde una perspectiva ecológica⁶⁵, de un medioambiente saludable para la subsistencia de la especie humana.⁶⁶ Explicaba que “bio” comprendería el conocimiento biológico, mientras que “ética” abarcaría el sistema humano de valores. “Bioética, pues, se referiría a una disciplina racional aplicada a los procesos vivos”⁶⁷. Un significado bastante amplio.

También en el año 1971, André Hellegers hizo uso del término en el ámbito académico, creando la disciplina de la Bioética en la Georgetown University de Washington – delimitándola como la ética de las ciencias de la vida.⁶⁸ Hellegers optó por una comprensión más

⁵⁹ Trabalho publicado na *Perspectives in Biology and Medicine* 14/1970, pp. 120-123.

⁶⁰ JAHR, F., *Bio-Ethik, Eine Umschau über die eitischen Beziehung des Menschen zu Tier und Pflanze*, Kosmos, 1927.

⁶¹ GOLDIM, J., “Bioética: origens e complexidade”, en TIMM DE SOUZA, R.; FERNANDES DE OLIVEIRA, N. (orgs.), *Fenomenologia hoje III: bioética, biotecnologia, biopolítica*, Porto Alegre, EDIPUCRS, 2008, p. 327.

⁶² TOQUATO DE OLIVEIRA NAVES, B., “Introdução ao biodireito: da zetética à dogmática”, en FREIRE DE SÁ, M. F., (Coord). *Biodireito*, Belo Horizonte, Del Rey, 2002, pp. 130-131; BARBOZA, H., “Princípios da bioética e do biodireito”, Rio de Janeiro, *Revista Bioética* 2000 – v.8 – nº 2, 2000, pp. 209-212.

⁶³ CLOTET, J., *Bioética: uma aproximação*, Porto Alegre, EDIPUCRS, 2003, p. 21.

⁶⁴ BLÁSQUEZ, N., *Bioética, cit.*, p. 5.

⁶⁵ SERRÃO, D., “Acção Médica”, Lisboa, *Associação dos Médicos Católicos Portugueses*, nº 1, 2001, p. 5-15; MIGNON DE ALMEIDA, A., *Bioética e Biodireito, cit.*, p. 1.

⁶⁶ CARONE SLABI CONTI, M., *Biodireito: a norma da vida, cit.*, p. 5.

⁶⁷ BLÁSQUEZ, N., *Bioética: La nueva ciencia de la vida, cit.*, p. 6.

⁶⁸ DINIZ, M. H., *O estado atual do biodireito, cit.*, p. 11.

ajustada que la ofrecida por Potter, dando al término un enfoque biomédico.⁶⁹

La Bioética, desde sus inicios, se enfrentó con dilemas éticos derivados del desarrollo de la medicina, comenzando por cuestiones como la investigación en seres humanos⁷⁰, el uso humano de la tecnología, la muerte y el morir⁷¹, entre tantas otras. A lo largo del tiempo, las cuestiones aumentaron y se transformaron en problemas relacionados con las diversas áreas del saber, debido a la inclusión de un gran número de debates sociales en los estudios de bioética. Las cuestiones sociales a las que se alude han sido incluidas en la temática de la bioética relativas a la salud pública, salud de la mujer, cuestión poblacional, ecología, entre otras.⁷² En una visión simplista, podría decirse que la Bioética significa “ética de la vida”; sin embargo, al abrirse las puertas hacia un trabajo de interpretación del término, se considera más acertado plantear la bioética como parte de la Ética⁷³ enfocada en cuestiones correspondientes a la vida en sentido amplio – abarcando la vida y la muerte de la totalidad de los organismos vivos.⁷⁴ Por lo que no resulta admisible una confinación de la Bioética a fin de entenderla como limitada sólo a la vida humana. Tal ajustada delimitación no encuentra justificación racional puesto que, al tratarse de la vida humana, deben invariablemente considerarse también los demás organismos vivos presentes en el hábitat – ya que su existencia, salud o exterminio presenta reflejos directos sobre la vida del hombre.

⁶⁹ CLOTET, J., *Bioética, cit.*, pp. 33-34.

⁷⁰ BLÁZQUEZ, N., *Bioética, cit.*, p. 7.

⁷¹ DWORKIN, R., *El dominio de la vida, cit.*, pp. 233-284.

⁷² Sobre el tema *vid.* OLIVEIRA LEITE, E., O direito, a ciência, e as leis bioéticas, *cit.*, pp. 99-100; CARONE SLABI CONTI, M., *Biodireito, cit.*, pp. 5-6.

⁷³ CARONE SLABI CONTI, M., *Biodireito, cit.*, p. 3: “Ética é o estudo do comportamento do homem em sociedade. É o combustível que abastece a sobrevivência humana no planeta, com o senso de dignidade e de responsabilidade de uns para com os outros.”

⁷⁴ AMARAL, F., *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.

La Bioética rompe las barreras impuestas por un estudio eminentemente biológico, y aspira a una transdisciplinariedad que le es intrínseca.⁷⁵ Con estas palabras no se pretende alejar la interpretación de que la bioética consista en una ciencia en sí, sino que se pretende afirmar que conforma un diálogo entre distintas áreas del conocimiento humano.⁷⁶ Tal diálogo, siempre que consista en un trabajo de interacción – y no de mera elección de un conocimiento que deba aplicarse - es lo que permite una intersubjetividad con poderes y facilita un enfoque contemporáneo y adecuado a todo tipo de nuevos problemas derivados de los descubrimientos e invenciones sobre la vida. Por otra parte, hay que entender la Bioética como una ciencia de sistema – que se preocupa por todos los organismos vivos, incluso el ser humano, como formadores de un hábitat -, así como sistemático – en cuanto detentora de principios propios interconectados con los derechos, principios y valores fundamentales.⁷⁷

Del Informe Belmont⁷⁸, realizado, en el año 1978, por la Comisión norteamericana para la protección de los sujetos humanos en la investigación biomédica y comportamental, se extrae la primera mención a los denominados principios fundamentales de la Bioética, tal como los de la “autonomía de la persona humana” – vinculado a la dignidad de la persona humana -, de la “beneficencia” – como una minimización del mal - y el de la “justicia” – en cuanto búsqueda de la equidad.⁷⁹ En el año 1979 se publicó el *Principles of Biomedical Ethics*, por Tom L. Beauchamp y James F. Childress, obra en la cual se añadió un cuarto principio, como

⁷⁵ CLOTET, J., *Bioética, cit.*, p. 190.

⁷⁶ OLIVEIRA LEITE, E., O direito, a ciência, e as leis bioéticas, *cit.*, p. 104.

⁷⁷ CARONE SLABI CONTI, M., *Biodireito, cit.*, p. 8.

⁷⁸ National Commission for the Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioral Research. The Belmont Report, Washington, PRR Reports, 18 Apr. 1979.

⁷⁹ BUISÁN, L., “Bioética y principios básicos de ética médica”, en CASADO, M. (Org.), *Materiales de Bioética y Derecho*, Barcelona, Cedecs Editorial, 1996.

el de la “no maleficencia”.⁸⁰ Documentos estos que dieron origen al denominado “principlismo bioético”.⁸¹

Dichos principios derivaron de la reacción de la humanidad a hechos históricos, tales como las experimentaciones científicas operadas por los nazis; los avances científicos de diferentes épocas -principalmente en lo que concierne a los tratamientos médicos-; el creciente anhelo por la información en la sociedad tecnológica, donde los ciudadanos asumen el papel de co-responsables por las decisiones relativas a las técnicas biológicas, entre otros. Los principios bioéticos están directamente vinculados a los derechos humanos, así como a las nuevas técnicas sobre la vida.⁸² La reflexión deriva de la ética vinculada a las investigaciones en el campo de la biología, especialmente las que se refieren a la vida humana en toda su imborrable vulnerabilidad y carencia de protección. Dado que de la correlación entre derechos humanos y derechos fundamentales –que será debidamente analizada en el Segundo Capítulo de esta investigación - se realiza la aproximación de los derechos más íntimos del hombre a la bioética y la Biotecnología.⁸³

Los mencionados principios fundamentales de Bioética no deben considerarse de forma separada en nuestro estudio, bajo pena de perder el rumbo con relación a la búsqueda de soluciones adecuadas frente a los problemas presentes y futuros. Es decir, la Bioética, salvo mejor juicio, debe dejar de considerarse como una ciencia neutra, comenzando a recibir un enfoque pluralista, sirviendo de sustento a la compleja sociedad

⁸⁰ BEAUCHAMP, T. L.; CHILDRESS, J. F., *Principles of Biomedical Ethics*. 3 ed. New York, Oxford University Press, 1989.

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

⁸² GARRAFA, V.; MACHADO DO PRADO, M., “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.

⁸³ BELLOSO MARTÍN, N.; SANTAMARÍA IBEAS, J. J., *Materiales para prácticas de teoría del derecho*, Madrid, Dykinson, 1997, pp. 141-152.

tecnológica. Esto significa que las cuestiones relativas a la Bioética, más que nunca, implican no sólo la vida humana, sino toda y cualquier especie de vida. Se deduce que la bioética abarca cuestiones correspondientes a la totalidad de los organismos vivos – incluso de los seres humanos -, en la medida en que se preocupa también por las nuevas tecnologías, sus aplicaciones y efectos (incluyendo la Biotecnología). En suma: la Bioética es el gran conjunto que, junto a otras ciencias con las cuales guarda relación, abarca el conjunto menor que sería la Biotecnología.

1.1.3.2. Biotecnología como englobante de la totalidad de los seres vivos

Ante la opción de superar una conceptualización rígida de Biotecnología, aspirando a un ámbito abierto y no fijo del término, entendemos que resulta necesario aclarar en este estudio, que adoptaremos la posición de los que consideran la Bioética como un todo y por tanto más amplia– como se ha advertido en un apartado anterior. Premisa que conduce a la interpretación de que la Biotecnología se permea, necesariamente, de un debate bioético. Los autores que adoptan la interpretación de que la Biotecnología no consiste en una parte de la Bioética⁸⁴, optan por una delimitación más restrictiva de ambas. Apuntan estos autores que la biotecnología se limita concretamente a la técnica sobre vidas biológicamente inferiores.⁸⁵ Aquí reside, desde la perspectiva adoptada en la presente investigación, la incompatibilidad del discurso. Se debe entender que, en la concepción en examen, la Biotecnología estaría confinada al ámbito tecnológico sobre animales, plantas y microorganismos vivos. Sin embargo, defendemos que su aplicación se da sobre la totalidad de los seres vivos, incluso sobre seres complejos –

⁸⁴ BLÁZQUEZ, N., *Bioética, cit.*, pp. 140-143.

⁸⁵ En el sentido de que la Biotecnología abarcar sólo vidas biológicamente consideradas como inferiores, puede verse el estudio de BLÁZQUEZ, N., *Bioética, cit.*, p. 143.

como sería el caso de los seres humanos.⁸⁶ Optamos por esta línea ante la falta de un estudio más exhaustivo acerca del tipo de restricción anteriormente mencionado.

1.2. Aspectos éticos de la Biotecnología

Al adoptar la interpretación de que la Biotecnología es parte de un todo consistente en la Bioética, resulta necesario hacer un breve inciso sobre algunos aspectos éticos vinculados a la misma. Para poder aplicar la ética a la Biotecnología, conviene partir, en primer lugar, de clarificar qué es el orden ético.

La ética es una ciencia normativa teórico-práctica que estudia los actos humanos en tanto que libres; es una ciencia normativa que estudia los actos humanos en su consideración de buenos y malos. El estudio del bien y del mal, de lo correcto o incorrecto del deber, la obligación y la responsabilidad moral, es lo que se conoce tradicionalmente como ética. La ética está cercana a los valores en la medida en que estos nos sirven para referirnos a lo bueno y lo malo, lo deseable o indeseable.⁸⁷

Por ética a veces se entiende el estudio de las costumbres y, dentro de ellas el hecho moral como un hecho más. La ética así concebida sería una ciencia, pero no pertenecería al grupo de las ciencias normativas, sino de las descriptivas, y quedaría englobada dentro de la sociología. Desde esta visión, los hechos no se clasificarían en buenos o malos, permitidos o prohibidos, sino que se estudiarían desde el punto de vista de la pura

⁸⁶ BALLESTEROS, J., *Biotecnología y Posthumanismo*, cit., p. 22.

⁸⁷ En la exposición del orden ético seguimos a BELLOSO MARTÍN, N., “La deontología jurídica como el mínimo ético en la formación de los operadores del Derecho” en Cristina Hermida y José Antonio Santos (Coordinadores), *Una Filosofía del Derecho en acción*. Homenaje al Profesor Andrés Ollero. Madrid, Congreso de los Diputados-Universidad Rey Juan Carlos, 2015, pp.131-161.

facticidad y el método estadístico principalmente. Esta confusión epistemológica toma como norma moral lo que sólo es una práctica social, haciendo coincidir la moral de cada momento histórico con los usos sociales vigentes, al margen de cualquier norma o principio proveniente de un orden valorativo de conducta. Para esta concepción, lo ético es aquello que es conforme con la conducta mayoritaria: ético es lo que proviene de la mayoría. Así, se acaba confundiendo lo ético con lo democrático, y el consenso sería la suprema norma ética.⁸⁸

La racionalidad ética juzga acerca de lo bueno y lo malo de la acción humana. Mira tanto a los resultados de la acción (consecuencias para el que decide y efectos en terceros), como a la propia persona (sujeto) y su acción (objeto). La ética considera la acción refiriéndola al bien ético o humano, al desarrollo pleno de la persona. La racionalidad técnica, por su parte, se fija en el bien útil que se pretende alcanzar. El bien útil es de carácter instrumental; no se quiere por sí mismo, como el bien humano, sino por su utilidad para otro fin superior. Esta consideración reclama que el bien útil (técnica) esté orientado al bien humano (ética), y no al revés.

Lo propio de la ética es precisamente que constituye una racionalidad teórica a la vez que práctica. En esto se asimila a otras ciencias del comportamiento humano; en que en el ámbito de la reflexión teórica, la ética puede deducir que la justicia es algo necesario para la perfección de la persona y que esta perfección es una potencialidad en todo ser humano. Pero en el plano de la racionalidad práctica, la decisión de hacerlo o no, es de la voluntad libre. El entendimiento capta lo que es justo y presenta a la razón una orientación para que actúe bajo este principio, pero la última palabra corresponde a la voluntad.

⁸⁸ Para profundizar en la influencia de la ética global en los derechos humanos, en el contexto de las nuevas tecnologías, *vid.* JULIOS CAMPUZANO, A. de, "La ética global de los derechos humanos: Una aproximación prospectiva al impacto de las nuevas tecnologías" en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, n.º. 22, 2011, pp. 42-75.

El principio ético por excelencia supone buscar el bien propio al obrar y el de los demás, poniéndose en su lugar: “haz con los demás como quisieras que hicieran contigo”. De este principio ético por excelencia se pueden derivar a su vez, tres subprincipios éticos: en primer lugar, el principio o norma ética del respeto a la dignidad humana, que es un imperativo universal en la toma de decisiones; en segundo lugar, la norma ética del respeto a la libertad de las conciencias, pues a todo ser humano con uso de razón se le supone capacidad para discernir entre el bien y el mal, para realizar un juicio práctico sobre lo ético; en tercer lugar, el principio o norma ética de la primacía del bien moral sobre el bien útil, ya que no todo lo que se puede hacer (capacidad técnica) se debe hacer (obligación ética).⁸⁹

Junto a estos tres subprincipios de la regla ética por excelencia se puede deducir lo que tradicionalmente en ética se ha denominado “el primer principio de la razón práctica” o la primera norma ética acerca del bien que lleva al ser humano a buscar y hacer el bien (de la persona) y evitar el mal. Se la denomina primer principio por ser punto de partida universalmente observado e indemostrable. Si el primer principio de la ética fuera determinista, si la práctica del bien se presentara como inevitable, entonces no existiría la dimensión ética, pues los seres humanos no se distinguirían de las máquinas programadas. El primer principio de la ética, tradicionalmente llamado *sindéresis*, es calificado como principio de la razón práctica por el hecho de que el bien no se presenta tanto para “conocerlo” como para “practicarlo”⁹⁰. Se presenta como algo que debe realizarse porque es algo “bueno” para la persona⁹¹.

⁸⁹ BELLOSO MARTÍN, N., “La deontología jurídica como el *mínimum* ético en la formación de los operadores del Derecho”, cit.

⁹⁰ La ley moral natural tomista es paradigmática en cuanto a lo que venimos exponiendo. Santo Tomás, a partir de su clasificación de la ley y, recogiendo una tradición filosófica anterior al cristianismo, define la ley natural como “*participatio legis aeternae in creatura rationali*” (S. TOMÁS, *S.Th.*, 1-2, 91,2). Con esto, la expresión ley natural adquiere un sentido moral, porque sólo los seres racionales y

La responsabilidad ética implica la capacidad del ser humano de responder de los actos que realiza y de las consecuencias de esos actos en su contenido ético. La voluntariedad es la que permite hablar de responsabilidad ética. Conviene analizar en qué medida puede verse modificada, bien sea en el ámbito del conocimiento bien sea en el ámbito del consentimiento. Si falta conocimiento, si se ignora que una decisión puede provocar efectos negativos, puede que entonces no exista culpa en el plano ético por parte del que decide. O bien, si se conocen los efectos

libres son capaces de esa participación. La ley natural lo es porque comprende preceptos que están en la misma naturaleza del hombre y, además, porque puede ser conocida con la sola luz de la razón. En la práctica moral, la ley natural es un continuo criterio de referencia. El contenido de la ley natural es el conjunto de derechos y deberes que derivan de la naturaleza humana y son, por tanto, comunes a todos los hombres. A partir de la mayor o menor evidencia de los diversos preceptos para la razón humana se suelen distinguir unos *primeros principios*, que todos conocen con evidencia y que pueden reducirse al primario y fundamental “debe hacerse el bien y evitar el mal”. Es un principio criticado por tautológico pero de gran profundidad. Quiere decir que nadie busca el mal en cuanto mal, aunque, por deformación o ignorancia, pueda considerarse bueno lo que es objetivamente malo. Quiere decir, en forma positiva, que existe en el hombre una inclinación natural hacia el bien, aunque, por otro lado, las pasiones dificulten el libre ejercicio de la voluntad y obstaculicen la práctica del bien. Se llaman *conclusiones inmediatas* (o, también, *principios secundarios*) las que se deducen de modo fácil y directo de los primeros principios; entre esas conclusiones inmediatas se encuentran los preceptos del Decálogo. Finalmente, cabe hablar de *conclusiones remotas*, que son las que se obtienen, por medio de un raciocinio diligente, aplicando a cuestiones particulares los primeros principios y las conclusiones inmediatas. (Vid. BEUCHOT, M., “Ética y Justicia en Tomás de Aquino” en *La Ética a través de su historia*. M. Platts compilador. México, UNAM, 1988).

⁹¹ G. Zagrebelski es partidario de una ética de la duda. Más allá de las apariencias, la duda no es en absoluto contraria a la verdad, sino que, en cierto sentido, implica su afirmación. Contiene por tanto un elogio de la verdad, pero de una verdad que debe ser siempre re-examinada y re-descubierta. A lo que es contraria la ética de la duda es a la verdad dogmática, que es aquella que quiere fijar las cosas de una vez por todas e imposibilitar o descalificar la crucial pregunta: «¿será realmente verdad?». Impedir la expresión de la duda es el acto más innatural, incluso aunque sea realizado en nombre de la «justicia natural» o de la «ley natural». La «naturaleza de las cosas», cuando es usada como arma contra la duda, se contradice a sí misma, dirigiéndose contra la «naturaleza del ser humano». La ética de la duda no significa en absoluto sustraerse a la llamada de lo verdadero, de lo justo, de lo bueno o de lo bello, sino justamente intentar responder a esta llamada en libertad y responsabilidad hacia uno mismo y hacia los demás (ZAGREBELSKI, G., *Contra la ética de la verdad*. Trad. de A. Núñez Vaquero, Madrid, Trotta, 2011).

negativos, pero se es obligado a dar el consentimiento, tampoco cabe hablar de culpabilidad del que decide una acción ilícita.⁹²

En el ámbito del consentimiento, puede ocurrir que exista ignorancia o inadvertencia de que la acción está mal. En los casos de ignorancia acerca de la inconveniencia ética de la decisión, pueden darse tres causas: una ignorancia invencible⁹³, una ignorancia vencible⁹⁴ y una ignorancia procurada⁹⁵. No todas las faltas en el obrar tienen la misma causa, precisamente el grado de voluntad y de la capacidad que exista para salir de la ignorancia es lo que permite hablar de tres grados en ella.

Las faltas de consentimiento pueden estar motivadas por aspectos pertenecientes a los distintos elementos que intervienen en la acción. En el plano físico podrían afectar a la voluntariedad la coacción o la violencia de terceros, o bien la propia incapacidad física por enajenación mental, ebriedad, etc.; en el plano psico-afectivos aspectos como el miedo, pavor u otros sentimientos o impulsos extremos podrían llevar a realizar acciones que no son en realidad queridas; en el plano volitivo podrían existir hábitos negativos férreamente arraigados que han dejado a la voluntad incapacitada para dar su consentimiento. Finalmente, en el plano de las circunstancias y

⁹² BELLOSO MARTÍN, N., "La deontología jurídica como el *mínimum* ético en la formación de los operadores del Derecho", cit.

⁹³ Así, puede darse el caso de una ignorancia invencible del juicio ético que se produce cuando se desconoce si la decisión es mala, y no se puede superar la ignorancia poniendo los medios razonables. Las razones para no poder superar la ignorancia en el juicio ético podrán estar en la falta de formación disculpable por las circunstancias, o la incapacidad material para conocer todos los elementos requeridos para juzgar correctamente. En este caso no cabe imputación de responsabilidad ética de esta acción, tanto en el caso de que sea buena como mala (mérito o culpa).

⁹⁴ La ignorancia vencible se produce cuando hay indicios de que la acción está mal y se puede superar la ignorancia poniendo los medios razonables pero no se hace por negligencia o abandono injustificable de la formación de la conciencia. La responsabilidad del que actúa mal es culpable y la acción es imputable a quien la realiza desde el punto de vista de la racionalidad ética.

⁹⁵ La ignorancia procurada del juicio ético se produce cuando hay indicios de que la decisión está mal pero no se quiere salir de la ignorancia o inadvertencia por cualquier tipo de razón. En este caso la falta de conocimiento es culpable, y la acción es imputable a quien la realiza desde el punto de vista racional.

factores sociológicos, la voluntariedad podría verse modificada por razones de presión ambiental⁹⁶. Hay ocasiones en que no resulta fácil discernir cuál sería la opción más ética, especialmente cuando hay varios valores enfrentados, como en el caso de la objeción de conciencia.

En los ítems siguientes, nos vamos a ocupar de algunas líneas doctrinales y corrientes iusfilosóficas relevantes y también del principialismo bioético en la medida en que es aplicable a la Biotecnología.

1.2.1. Algunas teorías filosóficas relevantes

En una reflexión sobre los aspectos éticos vinculados a las biotecnologías se constata la posibilidad de llevar a cabo su estudio a partir de numerosas teorías filosóficas. Mediante una opción metodológica, sin que ello implique el desconocimiento o incluso la descalificación de otras, en este ítem de nuestra investigación nos limitaremos a apuntar algunas breves apreciaciones sobre tres de las doctrinas filosóficas que posiblemente inciden en mayor medida sobre las biotecnologías como son el liberalismo igualitario, el utilitarismo y el humanismo cristiano.

⁹⁶ En cuanto a los efectos éticamente negativos no deseados, el criterio general en actuaciones que tiene efectos sobre terceros es que se debe inducir y cooperar al bien tanto como sea posible y evitar inducir o cooperar al mal en todos los casos. El problema surge cuando aparecen situaciones en que de la acción que se va a realizar se desprende un efecto negativo no deseado y existen presiones para cooperar en la decisión. ¿Qué hacer? ¿Es lícito, éticamente hablando, participar o colaborar en acciones que suponen una cooperación al mal?

1.2.1.1. Liberalismo igualitario

Para proceder a un breve análisis de la teoría filosófica denominada “liberalismo igualitario”, resultan imprescindibles dos aclaraciones introductorias: La primera es que ésta difiere del denominado “libertarianismo”⁹⁷, al cual se le atribuye ampliamente una idea de libertad individual pura y una relevante aversión a las actitudes coercitivas por parte del Estado; La segunda aclaración es que ésta difiere del denominado “liberalismo clásico”⁹⁸, al cual se le atribuye la idea de reconocimiento del monopolio del Estado ante la protección de los derechos individuales de los ciudadanos y oposición a otras intervenciones. Vencidas estas diferenciaciones iniciales, es posible realizar algunas apreciaciones sobre el liberalismo igualitario que adoptaremos como marco teórico en esta Tesis Doctoral.

El liberalismo igualitario, que tiene a Rawls como principal exponente,⁹⁹sostiene que el hombre es el ser que detenta capacidades

⁹⁷ En cuanto expresión de completo alejamiento del Estado. Sobre el tema *vid.* GRACIA, D., *Fundamentos de bioética*, Madrid, Eudema, 1989, p. 225-227.

⁹⁸ En cuanto expresión de Estado mínimo *vid.* NOZICK, R., *Anarchy, State and Utopía*, Nova York, Basic Books, 1974, p. IX.

⁹⁹ Angela Aparisi subraya que a muchas teorías actuales de la Justicia puede hacerse críticas como, por ejemplo, la propuesta por John Rawls, máximo exponente del liberalismo igualitario, el cual se refiere a la justicia como un cierto orden o cualidad de la vida social. Deja así de lado la noción clásica de justicia, entendida como la virtud personal consistente en dar a cada uno lo que le corresponde. Como señala Massini, la “teoría de la justicia (de Rawls) no presupone la virtud – al menos la virtud de la justicia- en los miembros de la sociedad justa, sino que consiste solamente en un cierto modo de disponer las relaciones y prácticas sociales” (Massini, C.I., “La teoría contemporánea de la justicia, de Rawls a MacIntyre”, *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, aprile/giugno, LXX, 1993, pág. 208). A ello habría que añadir que el modelo de sociedad que propone Rawls se construye sobre el presupuesto de que los agentes morales son “egoístas racionales”. De este modo, una de las bases para poder llegar a acordar los principios de justicia es el puro autointerés. Nada queda para la exigencia de perfección moral de los contratantes. En definitiva, como señala Massini, nos encontramos ante “una extraña fórmula de pesimismo antropológico y optimismo social”, de acuerdo con la cual la agrupación de hombres injustos puede alcanzar, si se siguen determinadas reglas, una sociedad justa (Massini, C.I., “La teoría contemporánea de la justicia, de Rawls a MacIntyre”, *op. cit.*, pág. 217). O, siguiendo a Bertrand de Jouvenel, estaríamos ante la insólita pretensión de conseguir una sociedad justa en la que nadie tenga que serlo (Jouvenel, B., *La soberanía*, trad. L. Benavídez, Rialp, Madrid, 1957,

para realizar elecciones morales relevantes con respecto a su propia existencia. Una noción de persona considerada individualmente pero a la vez, no separada de la comunidad. Partiendo de la concepción adoptada en esta investigación, no tiene la pretensión de defender que el Estado imponga consensos sustantivos, sino que éstos no deben basarse estrictamente en doctrinas morales integrales.¹⁰⁰ Es decir, la participación del Estado debe, necesariamente, respetar los derechos fundamentales de los ciudadanos. Esta teoría pretende aunar el principio de libertad y el principio de igualdad, en el marco de una sociedad donde el principio de solidaridad representa un papel esencial, completado con la justicia distributiva. El liberalismo igualitario es partidario de las normas morales de tratamiento y respeto de igualdad y no de un juicio sobre el valor moral de una forma de vida o cultura.¹⁰¹

En esta investigación pretendemos trabajar con las teorías centradas en los derechos – en el ejercicio de los derechos morales y jurídicos, así como en los intereses que ellos protegen - y no metas – centradas en criterios consecuenciales o utilitarios - o deberes – centrados en la conformación del actuar humano o en las prohibiciones operadas como búsqueda de garantía de la integridad moral.

Una concepción que defiende no solo quienes sostiene la elección de la autonomía de los propios fines, sino también los que reniegan de este ideal de autonomía individual y creen que deben conducir sus vidas hacia el respeto de una verdad revelada o de la cultura de sus ancestros, sin que se reconozca ninguna posibilidad por parte del Estado de realizar

pág. 296). (APARISI, A., “El conflicto de intereses en la abogacía. Reflexión filosófico-jurídica, p.2). Disponible en: <
http://www.fbe.org/IMG/pdf/Report_Angela_Aparisi-5.pdf> (Acceso el 26.08.2015).

¹⁰⁰ RAWLS, J., *Justiça como eqüidade – uma reformulação*, Tradução Cláudia Berliner, Martins Fontes, 2003, pp .04-05; RAWLS, J., *Uma teoria da justiça*, Tradução Almiro Pisetta e Lenita Esteves, São Paulo: Martins Fontes, 1997.

¹⁰¹ Sobre el tema *vid.* BARRY, B., *Culture and Equality: An Egalitarian Critique of Multiculturalism*, Cambridge-Mass, Harvard University Press, 2001.

una imposición de una u otra de las modalidades.¹⁰² En esta corriente, para la que el principio de autonomía es relevante en la medida en que constituye una proyección de la libertad, tiene una clara proyección en el principio bioético de la autonomía de la persona humana.

1.2.1.2. Utilitarismo

Para comprender en sus debidos términos el “utilitarismo”, conviene partir de algunas aclaraciones sobre la teoría ética denominada “consecuencialismo”. Los consecuencialistas defienden que las decisiones deben realizarse según el cálculo de la obtención de las mejores consecuencias. Es decir, cuando sea necesaria una decisión moral, deben valorarse las diversas decisiones posibles, a partir de la observación de las respectivas consecuencias morales de cada uno, para escoger la opción con mejores consecuencias para todos los implicados.

Los utilitaristas, en cuanto forma más común del consecuencialismo, afirman que las elecciones no están vinculadas a otros valores sino a la utilidad. BENTHAM, el padre del utilitarismo como filosofía moral, defendió que el Estado debería buscar siempre la mayor felicidad de los ciudadanos, apuntando que éste debería ser el criterio para la estructuración de un ordenamiento jurídico y de la justicia.¹⁰³ El utilitarismo, para la determinación de una elección como éticamente aceptable o reprochable, se guía por el principio de utilidad. Principio este que consiste en medir la cantidad de placer o dolor que una acción provoca a los individuos. Dado que se debería tomar siempre en consideración la felicidad del mayor número de personas posible (los

¹⁰² VITA, Á., “Liberalismo igualitário e multiculturalismo”, en *Lua nova*, n. 55-56, 2002, p. 5-6.

¹⁰³ BENTHAM, J., *Uma introdução aos princípios da moral e da legislação. Os pensadores*, São Paulo, Abril Editora, 1979, p. 4.

utilitaristas entienden que la maximización del placer resulta necesaria proporcionalmente a la disminución del sufrimiento).

El utilitarismo posee diversas teorías internas, tales como: las mentalistas del bienestar, el bienestar como satisfacción de preferencias y las objetivistas del bienestar.¹⁰⁴ Sin ninguna pretensión de profundizar en cada uno de estas teorías internas, conviene señalar que para la primera – que consiste en un verdadero hedonismo - el ser existiría para vivir sólo con situaciones agradables, lo que podría, en una aproximación con la investigación propuesta, consistir en la comprensión de que toda y cualquier aplicación biotecnológica que conlleve placer debe ser considerada como ética – doctrina con la que ya adelantamos que no estamos conforme. La segunda consistiría esencialmente en la interpretación de que todos los deseos y preferencias serían antagonistas dignos de elección, noción que implica una serie de problemáticas, principalmente la vinculada a la posibilidad que tiene un Estado en realizar una elección por criterios propios. La tercera, a su vez, consistiría en la posibilidad de establecer rígidos elementos esenciales para una vida que se valora como buena, noción que, entre una serie de problemáticas, implica dudas como la legitimidad para la elección o incluso los criterios que deberían utilizarse (Se observa que esta noción parte de términos colectivos y no de la singularidad de la persona humana).

En sus versiones más modernas el utilitarismo trabaja con las ideas de coste y beneficio –noción concretamente vinculada a aspectos estrictamente económicos-, dado que nociones como equidad y justicia acaban siendo despreciadas. El utilitarismo no está relacionado con los motivos del agente, sino tan sólo con las consecuencias de un acto. Aquí se tiene el principal motivo para cuestionar el utilitarismo en cuanto método de análisis de cuestiones correspondientes a la Biotecnología. Se

¹⁰⁴ Sobre el tema *vid.* CARVALHO, M. C., “Por uma ética ilustrada e progressista: uma defesa do utilitarismo”, en OLIVEIRA, M. (org), *Correntes fundamentais da ética contemporânea*, Petrópolis, Vozes, 2000.

explica: un análisis de coste y beneficio de la puesta en práctica de una biotecnología deja de considerar los aspectos correspondientes a los derechos de igualdad. En suma: si una técnica poseyera el potencial de considerar oportuno la felicidad en términos colectivos y poseyera un coste aceptable, debería ser puesta en práctica – sin necesidad de otras observaciones éticas. En este contexto el utilitarismo deja de ser utilizado como referencial teórico por lo que resulta potencialmente perjudicial para los derechos fundamentales del ciudadano, así como para la dignidad de la persona humana.

1.2.1.3. Humanismo cristiano

El término humanismo es utilizado para designar teorías o filosofías que toman el hombre como fin y valor en sí mismo. Se sustenta en teorías filosóficas orientadas a proteger el ser humano y tienen como eje central la dignidad de la persona humana. Constituye una conjunción de antropología y ética, ya que además de aspirar a una plena comprensión del hombre, también se interesa por todos los aspectos éticos de su existencia.¹⁰⁵ Una teoría que busca verdades sobre la existencia humana. El humanismo asumió combinaciones de pensamientos que dieron origen a diferentes humanismos, como el integral, el renacentista, el cristiano, entre otros. A pesar de la relevancia de todas las modalidades de humanismo, por una cuestión de método, es oportuno realizar algunos breves apuntes sobre el denominado humanismo cristiano, a fin de aclarar algunos aspectos relevantes para el desarrollo de esta investigación.

El humanismo cristiano consiste esencialmente en la consideración de la persona humana como centro de la reflexión y de la vida, tomando

¹⁰⁵ SARTRE, J-P, *L'Existencialisme est un Humanisme*, Paris, Les Éditions Nagel, 1970.

como el centro del universo a Cristo. Siendo su perspectiva fundamental el reconocimiento de una apertura hacia el hombre como portador de valores eternos y de una vocación trascendente. El humanismo cristiano resulta de la combinación de la teoría humanista con las premisas cristianas. Esto significa que la religión cristiana consistiría, para esta teoría, en un aspecto insoslayable de la vida humana y, por ello, las demandas éticas del cristianismo deberían ser seguidas por todos. La creencia en Dios, así, constituye su núcleo informador.¹⁰⁶

A pesar de la reconocida relevancia del humanismo cristiano¹⁰⁷, en esta investigación estudiaremos la Biotecnología aplicada a los seres humanos enfocada a un estudio de los contratos, sin ampararnos en un ordenamiento jurídico en particular ni vincularlo tampoco a una cultura o religión determinada. Así, un análisis de las situaciones concretas correspondientes a la Biotecnología desde una teoría humanista cristiana supondría una restricción del tema que no resulta deseable en este estudio. Y ello porque en esta investigación intentamos trabajar no con la validez ética de las biotecnologías y su puesta en práctica, sino con su efectiva incidencia en la realidad social.¹⁰⁸

¹⁰⁶ HERBERT, D., *Becoming God: Transhumanism and the quest for cybernetic immortality*, Canadá, Joshua Press, 2014.

¹⁰⁷ JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J., *La reproducción asistida y su régimen jurídico*, Réus, Madrid, 2012, p.110.

¹⁰⁸ La Doctrina Social de la Iglesia también se ha pronunciado con respecto al papel de la técnica y la ciencia. Concretamente, el Papa Francisco, en la *Encíclica Laudato si*, subraya que: “La tecnología ha remediado innumerables males que dañaban y limitaban al ser humano. No podemos dejar de valorar y de agradecer el progreso técnico, especialmente en la medicina, la ingeniería y las comunicaciones” (103). Sin embargo, advierte que también ese poder que aporta la ciencia y la técnica puede quedar en manos de un reducto de la humanidad que lo utilice con fines que entrañen un grave riesgo: “Pero no podemos ignorar que la energía nuclear, la biotecnología, la informática, el conocimiento de nuestro propio ADN y otras capacidades que hemos adquirido nos dan un tremendo poder. Mejor dicho, dan a quienes tienen el conocimiento, y sobre todo el poder económico para utilizarlo, un dominio impresionante sobre el conjunto de la humanidad y del mundo entero”. (104) La falta de valores y de conciencia agudizan aún más ese riesgo: “El hecho es que «el hombre moderno no está preparado para utilizar el poder con acierto» porque el inmenso crecimiento tecnológico no estuvo acompañado de un desarrollo del ser humano en responsabilidad, valores, conciencia” [...]«la posibilidad de que el hombre utilice mal el poder crece

1.2.2. Principialismo bioético

En el año 1978, la “Comisión norteamericana para la protección de los sujetos humanos en la investigación biomédica y comportamental”, presentó en el final de sus trabajos el *Informe Belmont*, donde hubo, por primera vez, una mención expresa a los principios fundamentales de la Bioética, tales como los de la *autonomía de la persona humana*, de la *beneficencia* y el de la *justicia*. En aquel momento, se configuró el principio de la autonomía de la persona a partir del principio de dignidad, el de la beneficencia como una minimización del mal, y el de la justicia como una búsqueda de la equidad. El primero de los tres principios enunciados, se puede decir, estaría limitado por el segundo, mientras que el tercero, en realidad, se aproximaría a la Bioética y a la moral social general.

Hay que advertir que el sistema norteamericano, fiel a su sistema del *Comon Law*, es más partidario de acudir a la casuística para resolver los conflictos que acudir a los principios, más propios de una fundamentación ética, característica del sistema europeo.¹⁰⁹

constantemente» cuando no está «sometido a norma alguna reguladora de la libertad, sino únicamente a los supuestos imperativos de la utilidad y de la seguridad” (105).Advierte de que la técnica se dirige al utilitarismo y al dominio, además de estar profundamente vinculada a intereses económicos: “El paradigma tecnocrático también tiende a ejercer su dominio sobre la economía y la política. La economía asume todo desarrollo tecnológico en función del rédito, sin prestar atención a eventuales consecuencias negativas para el ser humano. (109). Quienes tienen actitudes para lograr avances científicos y técnicos pueden considerarlo como dones divinos: “No es posible frenar la creatividad humana. Si no se puede prohibir a un artista el despliegue de su capacidad creadora, tampoco se puede inhabilitar a quienes tienen especiales dones para el desarrollo científico y tecnológico, cuyas capacidades han sido donadas por Dios para el servicio a los demás. Al mismo tiempo, no pueden dejar de replantearse los objetivos, los efectos, el contexto y los límites éticos de esa actividad humana que es una forma de poder con altos riesgos” (131).

¹⁰⁹

Al contrario que la tradición europea, la americana no busca tanto una fundamentación en principios filosóficos cuanto en valores ampliamente compartidos culturalmente. El principio de beneficencia va unido al de autonomía,

En un momento posterior al *Informe Belmont*, el libro *Principles of Biomedical Ethics*¹¹⁰, publicado en el año 1979 por Tom L. Beauchamp y James F. Childress, señaló no tres sino cuatro principios éticos como referencia, añadiendo a la lista anterior el principio de la *no maleficencia*. Así emerge el denominado principialismo bioético.¹¹¹

Conviene subrayar que la visión ofrecida a estos principios desde su inicio, deriva de las reacciones procedentes de momentos y hechos históricos, tales como las experimentaciones nazistas – donde seres humanos fueron tratados como meros objetos o como cobayas de laboratorio -; los avances científicos - que en efecto acababan ofreciendo una serie de opciones para los pacientes -; en la creciente ansia por el saber, como consecuencia de la experimentación del mundo cada vez más informado, con sociedades en las cuales los respectivos ciudadanos comienzan a verse como co-responsables. Su surgimiento y consolidación están directamente relacionados con los derechos humanos

matizado por el principio de justicia, para compensar las desigualdades introducidas por los dos anteriores. De esta manera, la tradición utilitarista centrada en los derechos individuales establece la preeminencia de la autonomía individual. Los conflictos tienden a ser resueltos recurriendo al método del "observador ideal" desarrollado por John Rawls en *A Theory of Justice* (1971).

En cambio, la tradición europea (continental) ha estado más influida por los intentos de fundamentación sobre principios absolutos, como es el caso del imperativo categórico kantiano, que generarían obligaciones morales absolutas: no maleficencia y justicia. Estos dos principios regulan el bien común y jerárquicamente son superiores (en caso de conflicto) al de autonomía, que se refiere al bien particular de cada individuo.

A.R. Jonsen y S. Toulmin, en *The abuse of casuistry* (1988) proponen que frente a la tiranía de los principios se rehabilite la casuística, sobre todo allí donde hay que tomar decisiones concretas (medicina, ética aplicada, derecho, administración pública). Las características de esta propuesta son: i) las decisiones se toman caso por caso; ii) las conclusiones son provisionales, atendiendo a la aparición de nuevas circunstancias que puedan matizar las opciones anteriores; iii) enfoque no deductivista sino analógico. Se recurre a máximas y valores generales que se aplican a cada caso; iv) taxonomía de casos, según sus semejanzas y diferencias. ("Introducción a la bioética". Disponible en <http://www.ugr.es/~eianez/Biotecnologia/bioetica.htm>. Consultado el 27 de agosto 2015.

¹¹⁰ BEAUCHAMP, T. L.; CHILDRESS, J. F., *Principles of Biomedical Ethics*, New York, Oxford University Press, 1979.

¹¹¹ PESSINI, L. & BARCHIFONTAINE, C. P., "Bioética: Do principialismo à busca de uma perspectiva latino-americana.", en S. I. F. Costa, V. Garrafa & G. Oselka (org.), *Iniciação à Bioética*, Brasília, Conselho Federal de Medicina, pp. 81-98.

y también con los conflictos morales derivados de los rápidos y constantes avances tecnológicos y científicos ¹¹². Esta creciente preocupación mundial por la reflexión ética está íntimamente relacionada con la ética de las investigaciones biotecnológicas, con especial atención al ser humano, ante su indiscutible vulnerabilidad y carencia de protección.

Los principios bioéticos, en efecto, guardan una clara relación con los derechos humanos, en la medida en que constituyen unos límites para la defensa del ser humano frente a las investigaciones biotecnológicas. En este sentido, partiendo de la relación entre derechos humanos y derechos fundamentales –respetando las distinciones entre los institutos, que serán abordadas en el Segundo Capítulo de esta investigación-, se concluye que la Bioética no sólo está vinculada a estos últimos, sino que sus principios están íntimamente relacionados con los principios por los cuales aquéllos deben regirse. ¹¹³ Esos cuatro principios bioéticos representan formas específicas de los que la ética convergente denomina “principios cardinales”: los principios de beneficencia y no-maleficencia se vinculan diacrónicamente, y pueden entenderse como los de conservación y realización vistos desde la perspectiva bioética. A su vez, los de justicia y autonomía aluden a la dimensión sincrónica, es decir, respectivamente, a los de universalidad e individualidad. A su vez, entonces, los de no-maleficencia y justicia están en la dimensión fundamentadora de la razón, en tanto que los de beneficencia y autonomía son propios de la dimensión crítica. Seguidamente, en los próximos ítems analizaremos los cuatro principios bioéticos.

¹¹² GARRAFA, V.; MACHADO DO PRADO, M., *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.

¹¹³ En esta parte seguimos la exposición de BELLOSO MARTÍN, N., “Sociedad tecnológica y cuestiones de bioética”, *cit.*, 13-74.

1.2.2.1. Principio de la autonomía de la persona humana

Se puede definir como la obligación de respetar los valores y opciones personales de cada individuo en aquellas decisiones básicas que le atañen vitalmente. Supone el derecho incluso a equivocarse a la hora de hacer uno mismo su propia elección. De aquí se deriva el consentimiento libre e informado de la ética médica actual.

En el Informe Belmont la autonomía se forma a partir de dos premisas básicas: 1) los individuos deben ser respetados como autónomos; 2) las personas que, por cualquier razón, tengan su autonomía disminuida, merecen protección.¹¹⁴ A la persona, siempre que esté suficientemente informada, se le deberán respetar las decisiones que adopte. El principio de la *autonomía*¹¹⁵ guarda una estrecha relación con el principio de dignidad de la persona humana, tomando como apoyo que la libertad de cada ser humano debe ser respetada. El principio de la autonomía está ciertamente arraigado en el “consentimiento informado”.¹¹⁶ Esto significa que el principio de la autonomía consiste en el reconocimiento de la capacidad que tiene el individuo de tomar decisiones que influyen directamente sobre su vida y su calidad de vida, en función de sus creencias personales y sus ideologías. Es decir, este

¹¹⁴ TREVIJANO ETCHEVERRIA, M., *¿Qué es la bioética?*, Salamanca, Sígueme, 1998.

¹¹⁵ BUISÁN, L., “Bioética y principios básicos de ética médica”, en *Materiales de bioética y derecho*, Barcelona, Cedecs, 1996, p. 114.

¹¹⁶ El consentimiento informado se podría definir como “el proceso constante y gradual por el que el médico capacita al paciente, con la debida información, para someterse o negarse a determinados procedimientos diagnósticos o terapéuticos de acuerdo con su propio parecer. Si se acepta la dignidad y autonomía de la persona para orientar su vida y darle un proyecto a su existencia, hay que reconocerle también el derecho a intervenir en los problemas que atañen a su salud. La noción de consentimiento informado da lugar a numeroso interrogantes tanto desde una perspectiva ética (¿Cómo valorar éticamente esa posibilidad? ¿Bajo qué condiciones sería plausible facilitar al enfermo el acceso a la información sobre su propio diagnóstico y tratamiento?) como desde el Derecho civil y la responsabilidad contractual. Sobre la perspectiva ética del consentimiento informado, Vid. LÓPEZ AZPITARTE, E., “Aspectos éticos del consentimiento informado” en *Proyección: Teología y mundo actual*, Nº 212, 2004, pp. 5-17; también, ROVIRA VIÑAS, A., “Dignidad, autonomía, libertad y consentimiento informado” *Revista de las Cortes Generales*, Nº 67, 2006, pp. 7-54.

principio es preciso en la afirmación de que la persona (o paciente) debe tomar decisiones relativas a los procedimientos biotecnológicos que le afecten o les puedan llegar a afectar. Con la finalidad de aclarar la significación del principio en examen, BELLOSO MARTÍN apunta como ejemplo una situación donde una persona necesita una transfusión de sangre ante un grave peligro de vida, pero por ser un Testigo de Jehová, rechaza la realización de este tratamiento, precisamente por sus creencias.¹¹⁷ Es decir, mediante el “consentimiento informado” la voluntad de la persona debe ser cumplida. Ello pone de manifiesto que el principio bioético de la autonomía guarda una íntima relación con el derecho fundamental a la libertad.

1.2.2.2. Principio de beneficencia

El principio de *beneficencia*¹¹⁸ tiene como base el reconocimiento del valor moral del otro. Este principio consiste en la interpretación de que la maximización del bien del otro, en realidad, supone la disminución del mal. Se trata de la obligación de hacer el bien. Es otro de los principios

¹¹⁷ BELLOSO MARTÍN, N., “Sociedad tecnológica y cuestiones de bioética”, *cit.*, *op. cit.*, p. 15: El rechazo de los testigos de Jehová a recibir transfusiones de sangre sobre la base de sus creencias religiosas es uno de los ejemplos más interesantes de la oposición entre el deber de beneficencia de los médicos (y del deber de preservar la vida) y la libertad de creencias religiosas. Tal conflicto es un producto de la diversidad ideológica y religiosa en las sociedades ideológica y religiosa en las sociedades actuales. Tras una revisión de las razones que los testigos de Jehová alegan para rechazar las transfusiones, cabe discutir los aspectos éticos y jurídicos que esto plantea. Entendemos que hay algunos supuestos en los que no está justificado el respeto a las decisiones de los testigos de Jehová, y en especial, apoyamos tal conclusión en una concepción de la autonomía personal en la que las creencias mínimamente racionales son necesarias para justificar el respeto a las decisiones es en las que está en juego un valor tan importante como la vida. Sobre este tema, Vid. PÉREZ TRIVIÑO, J.L., “Testigos de Jehová: entre la autonomía del paciente y el paternalismo justificado” en *InDret*, nº2, 210, pp.2-24. Disponible en: < <http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/viewFile/225359/306670>> (Acceso el 26.08.2015). También, vid. STC SENTENCIA 154/2002, de 18 de julio de 2002. Disponible en: < <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/4690>> (Acceso el 26.08.2015).

¹¹⁸ BUISÁN, L., “Bioética y principios básicos de ética médica”, *cit.*, p. 117.

clásicos hipocráticos. El problema es que hasta hace poco, el médico podía imponer su propia manera de hacer el bien sin contar con el consentimiento del paciente (modelo paternalista de relación médico-paciente). Por lo tanto, actualmente este principio viene matizado por el respeto a la autonomía del paciente, a sus valores, cosmovisiones y deseos. No es lícito imponer a otro nuestra propia idea del bien.

Este principio positivo de beneficencia no es tan fuerte como el negativo de evitar hacer daño. No se puede buscar hacer un bien a costa de originar daños: por ejemplo, el "bien" de la experimentación en humanos (para hacer avanzar la medicina) no se puede hacer sin contar con el consentimiento de los sujetos, y menos sometiéndolos a riesgos desmedidos o infligiéndoles daños. Como afirma Hans Jonas,¹¹⁹ aunque la humanidad tiene un interés en el avance de la ciencia, nadie puede imponer a otros que se sacrifiquen para tal fin. Matizado de esta manera, el principio de beneficencia apoya el concepto de innovar y experimentar para lograr beneficios futuros para la humanidad, y el de ayudar a otros (especialmente a los más desprotegidos) a alcanzar mayores cotas de bienestar, salud, cultura, etc., según sus propios intereses y valores.

También se puede usar este principio (junto con el de justicia) para reforzar la obligación moral de transferir tecnologías a países desfavorecidos con objeto de salvar vidas humanas y satisfacer sus necesidades básicas.

Conviene subrayar que este principio posee un doble sentido, abarcando, en efecto, la no maleficencia y la beneficencia, incluyendo no sólo la necesidad de abstención de la realización del mal, sino también la

¹¹⁹ El principio de responsabilidad es un imperativo de derecho ambiental, formulado por primera vez por Hans Jonas siguiendo la forma del imperativo categórico kantiano: "Obra de tal modo que los efectos de tu acción sean compatibles con la permanencia de una vida humana auténtica en la Tierra". JONAS, H., *Técnica, medicina y ética: sobre la práctica del principio de responsabilidad*. Ediciones Paidós Ibérica, 1997.

necesidad de realización del bien. Como apunta BELLOSO MARTÍN¹²⁰, el principio denominado de *no-maleficencia*¹²¹ consiste básicamente en no hacer daño al paciente, dado que algunos defienden que éste es más relevante que el principio de beneficencia. Este principio ya se formuló en la medicina hipocrática: *Primum non nocere*, es decir, ante todo, no hacer daño al paciente. Se trata de respetar la integridad física y psicológica de la vida humana. Es relevante ante el avance de la ciencia y la tecnología, porque muchas técnicas pueden acarrear daños o riesgos. En la evaluación del equilibrio entre daños-beneficios, se puede cometer la falacia de creer que ambas magnitudes son equivalentes o reducibles a análisis cuantitativo. Un ejemplo actual sería evaluar el posible daño que pudieran ocasionar organismos genéticamente manipulados, o el intento de una terapia génica que acarrearía consecuencias negativas para el individuo.

1.2.2.3. Principio de la Justicia

Consiste en el reparto equitativo de cargas y beneficios en el ámbito del bienestar vital, evitando la discriminación en el acceso a los recursos sanitarios. Este principio impone límites al de autonomía, ya que pretende que la autonomía de cada individuo no atente a la vida, libertad y demás derechos básicos de las otras personas.

Se pueden plantear conflictos no sólo entre miembros coetáneos de un mismo país, sino entre miembros de países diferentes (p. ej., acceso desigual a recursos naturales básicos), e incluso se habla de justicia para con las generaciones futuras.

¹²⁰ BELLOSO MARTÍN, N., "Sociedad tecnológica y cuestiones de bioética", *cit.*, p. 14-15.

¹²¹ BUISÁN, L., "Bioética y principios básicos de ética médica", *cit.*, p. 117.

Nuestra cultura ha sido más sensible al principio de autonomía, a costa del principio de justicia, pero es posible que la misma crisis ecológica nos obligue a cambiar este énfasis. La justicia e igualdad de los derechos de los seres humanos actuales y la preservación de condiciones viables y sostenibles para las generaciones futuras pueden hacer aconsejable, e incluso obligatoria, una cierta limitación del principio de autonomía, sobre todo en una sociedad de mercado que espolea el deseo desmedido de nuevos servicios y bienes, y en la que el individuo atomizado reclama ilimitadamente "derechos" de modo narcisista ¹²²

Este principio consiste 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 y religiosos” ¹²³.

1.2.2.4. La conflictividad de los principios y su papel en la fundamentación de la Biotecnología

Resulta imprescindible una fundamentación ética de la Biotecnología. Ni la ciencia ni la tecnología, particularmente el nuevo concepto de la tecnociencia, son ni pueden ser algo ajeno a la ética. Más bien podría afirmarse que se trata de una relación absolutamente inevitable. Precisamente porque tanto la ciencia como la técnica, la tecnología y la tecnociencia, constituyen, en definitiva, también formas de *poder*. No solamente representan formas de saber y de información, sino que, a su vez, ocurre que esa información y ese saber pueden ser

¹²² JONAS, H., *Técnica, medicina y ética: sobre la práctica del principio de responsabilidad*, cit.

¹²³ BELLOSO MARTÍN, N., “Sociedad tecnológica y cuestiones de bioética”, *cit.*, p. 15.

manejados para finalidades que implican una posesión de poder muy significativa.¹²⁴

El problema principal que deriva de la relación de la ética con la Biotecnología y con la tecnociencia en general es un problema que se escinde a su vez en dos conceptos: uno sería el de la *eticidad de la ciencia*, y el otro que podría denominarse, a la inversa o recíprocamente, la *cientificidad de la ética*.¹²⁵ La idea de la eticidad de la ciencia, o el problema de la posible eticidad de la ciencia, ha adquirido particular significación por el hecho de que, desde comienzos del siglo XX, y a partir de planteamientos de los filósofos neokantianos y de Max Weber, se insistió en que la ciencia debía ser valorativamente neutral. La idea de la neutralidad valorativa de la ciencia ha dado lugar a muchísimas discusiones. Muchas veces, para ilustrar el sentido de esa supuesta neutralidad, se ha comparado la ciencia con un martillo, o sea, se le ha otorgado un carácter meramente instrumental. El martillo, se dice, es algo con lo cual se pueden hacer cosas buenas, si, por ejemplo, se construye un mueble, pero se pueden hacer cosas malas si se usa para romper la cabeza del vecino. Con la ciencia, según esa óptica, pasaría algo análogo: ella, en sí misma, sólo constituye una forma rigurosa de saber, y si ese saber se usa bien, se logrará un beneficio; si se usa mal, se hará un perjuicio; pero ni el presunto beneficio ni el presunto perjuicio dependen de la ciencia como tal, sino de quien se sirve de ella. El argumento es simple y muy claro, y seguramente logra convencer a muchos. Pero parte de un supuesto falso: el de que ese saber se obtiene al margen de intereses muy concretos. Las cosas por saber son prácticamente infinitas.

¹²⁴ RODRÍGUEZ MERINO, José María, *Ética y derechos humanos en la era biotecnológica*, 4. ed., Madrid, Dykinson, 2015.

¹²⁵ En relación a este tema, seguimos lo expuesto por MELIENDI: "Ética y biotecnología: cuestión de principios", en *Agora Philosophica, Revista Marplatense de Filosofía*, Año III, N.º 5/6, diciembre, 2002, pp. 7-39. Disponible en <http://www.agoraphilosophica.com/Agora5-6/agora5-6-Maliandi.pdf>. Consultado el 01 de septiembre 2015.

El saber científico tiene que seleccionar sus objetos, y es en esta selección donde, desde un comienzo, se abandona la neutralidad, especialmente cuando ese saber tiene una proyección muy clara en el poder que confiere. La Biotecnología y, en general, la tecnociencia, es un buen ejemplo de cómo el respectivo saber que se va alcanzando depende de cuáles son los intereses de la empresa que financia justamente la obtención de ese saber. Ni la ciencia ni la técnica surgen, y se despliegan, al azar, sino siempre con propósitos muy específicos, propósitos que por lo general se vinculan con la adquisición de poder. El poder siempre entraña riesgos, porque se usa para imponer los intereses de unos por encima de los de otros. Esta posibilidad de elementos de riesgo que están ínsitos en todo lo que sea ciencia y en todo lo que sea tecnología, es lo que hace que la ciencia no pueda prescindir de sus implicaciones éticas. Es decir, que existe una fundamental responsabilidad moral del científico y del tecnólogo, una responsabilidad no sólo de tipo económico, o de lealtad al inversor que la posibilita, sino fundamentalmente frente a la comunidad y, en nuestro tiempo, frente a la humanidad en su conjunto.¹²⁶

En cuanto al otro lado de la cuestión, el de la científicidad de la ética,¹²⁷ se trata de saber si la reflexión sobre estas cuestiones es meramente, como lo propone la actitud científicista, un asunto del sentido común, es decir, que nadie necesita investigar ni estudiar en ética porque

¹²⁶ MALIANDI, R., *Ética y biotecnología: cuestión de principios*, cit., p.26.

¹²⁷ Jean Ladrière señala que hay por lo menos cuatro niveles en que los descubrimientos científicos y tecnológicos pueden favorecer el pensamiento ético. Primero, ampliando las incumbencias de la ética a nuevos ámbitos, como en el caso de la ingeniería genética. Segundo, provocando nuevos problemas éticos vinculados a aquella ampliación, y obligando así a nuevos esfuerzos reflexivos en torno de los fenómenos morales. Tercero, insinuando y alentando la creación de nuevos valores, es decir, ampliando no sólo su propia tematización, sino también la sustancia tematizada. Y cuarto, modificando la manera de plantear la cuestión de la determinación de las normas, por ejemplo, mediante la sugerencia de procedimientos motivacionales específicos o la analogía con los procedimientos metodológicos de la ciencia. Cf. LADRIÈRE. Jean. *El reto de la racionalidad. La ciencia y la tecnología frente a las culturas*, Salamanca, Sígueme, 1977, pp. 136 ss.

cada uno tiene el sentido común necesario para saber cuándo algo está bien y cuando está mal, o cuándo se debe o no se debe hacer. Pero ocurre que eso que se llama "sentido común" tiene una infinidad de variantes, al punto de que se ha señalado más de una vez la paradoja de que el sentido común es "el menos común de los sentidos" y hay muchos criterios en lo que respecta a la acción. La ética es una disciplina filosófica que representa el esfuerzo de la razón por hallar fundamentos de la acción moral. Es la única instancia desde la cual se puede ofrecer criterios racionales para esa acción. Desde luego, no digo que siempre tenga éxito – posiblemente lo tenga sólo excepcionalmente o jamás–, pero es ése su cometido, y cada vez que se procura obrar racionalmente, es decir, cada vez que se quiere realmente “pensar en lo que se hace”, en lugar de obrar ciegamente según los impulsos circunstanciales, se está ya reconociendo la necesidad de la ética. Aunque haya disparidad y discrepancia entre las teorías éticas, todas apuntan a lo mismo, y precisamente en su propósito es donde están tácitamente de acuerdo. Cuando se eluden los criterios racionales se corre el riesgo de que las acciones queden sometidas a la arbitrariedad, al capricho, o, lo que es más frecuente, a los intereses particulares y egoístas. En este sentido, la acción puede ser “racional” en el sentido de la racionalidad *instrumental* (que es la forma básica, pero también la más elemental de la razón); pero no puede serlo en el sentido de la “razón práctica”. Por cierto, muchos niegan que la razón sea algo más que razón instrumental; pero, de nuevo, hay que ver si se puede ser consecuente con esa opinión en los casos verdaderamente conflictivos de la interacción social.

El principlismo adquiere una particular relevancia en orden a clarificar la fundamentación ética de la Biotecnología. Concretamente, MALIANDI presta especial atención a los conflictos entre los principios en que se sustenta la Biotecnología, los principios de precaución y exploración, por una parte y, entre los de no-discriminación y respeto de

la diversidad, por otra, a los que vamos a hacer referencia seguidamente.¹²⁸

A partir del sistema de los cuatro principios bioéticos propuesto por Beauchamp-Childress, podría considerarse que los principios de beneficencia y no-maleficencia se vinculan diacrónicamente, y pueden entenderse como los de conservación y realización vistos desde la perspectiva bioética. A su vez, los de justicia y autonomía aluden a la dimensión sincrónica, es decir, respectivamente, a los de universalidad e individualidad. A su vez, entonces, los de no-maleficencia y justicia están en la dimensión fundamentadora de la razón, en tanto que los de beneficencia y autonomía son propios de la dimensión crítica.

Si los problemas éticos que suscita la Biotecnología son analizables en el marco de la bioética, entonces debería admitirse que los “principios” de ésta también tienen aquí alguna incumbencia. La conflictividad diacrónica aparece ahora en la oposición inevitable entre lo que se conoce como “principio de precaución”¹²⁹ y otro principio que

¹²⁸ MALIANDI, R., *Ética y biotecnología: cuestión de principios*, cit.

¹²⁹ El principio de precaución se menciona en el artículo 191 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (UE). Pretende garantizar un elevado nivel de protección del medio ambiente mediante tomas de decisiones preventivas en caso de riesgo. No obstante, en la práctica, su ámbito de aplicación es mucho más amplio y se extiende asimismo a la política de los consumidores, a la legislación europea relativa a los alimentos, a la salud humana, animal y vegetal. Según la Comisión, puede invocarse el principio de precaución cuando un fenómeno, un producto o un proceso puede tener efectos potencialmente peligrosos identificados por una evaluación científica y objetiva, si dicha evaluación no permite determinar el riesgo con suficiente certeza. El recurso al principio se inscribe, por tanto, en el marco general del análisis de riesgo (que incluye, al margen de la evaluación del riesgo, la gestión del riesgo y la comunicación del riesgo) y, más concretamente, en el marco de la gestión del riesgo que corresponde a la fase de toma de decisiones. La Comisión subraya que el principio de precaución solo se puede invocar en la hipótesis de un riesgo potencial, y que en ningún caso puede justificar una toma de decisión arbitraria. Por tanto, el recurso al principio de precaución solo está justificado si se cumplen las tres condiciones siguientes: i) identificación de los efectos potencialmente negativos; ii) evaluación de los datos científicos disponibles; iii) ampliación de la incertidumbre científica. *Comunicación de la Comisión sobre el recurso al principio de precaución*. Bruselas, 1.02.2000. COM(2000) 1. http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=URISERV:l32042www.unesco.org.uy/.../Maliandi_Etica_y_Biotecno. (Consultado el 01.09.2015).

podría denominarse “principio de exploración”.¹³⁰ El primero de éstos ha sido bien estudiado en los últimos tiempos por autores de trabajos bioéticos conscientes de los peligros que entraña la Biotecnología. Aquí planteamos la posibilidad de entenderlo como una especificación del clásico principio de no-maleficencia, y, por tanto, del principio cardinal de conservación. Tiene que ver, con el aspecto predominantemente médico de la Biotecnología, pero se extiende asimismo a los que pudieran considerarse como independientes de la medicina. El principio de precaución, además, se refiere en general a los peligros de la *tecnociencia*,¹³¹ agravados por el hecho de que la gente suele confiar en que todo lo que hacen los científicos garantiza la protección del género humano, sin tener información de que a menudo esas actividades acarrear o pueden acarrear desastres. Se suele carecer de información, por ejemplo, acerca de los muchos casos en que los avances tecnológicos se aplican antes de tiempo, es decir, antes de que hayan pasado por un período suficiente de prueba.

Los riesgos implícitos en experimentos biotecnológicos no se restringen a sus posibles efectos en algunas personas o en una zona determinada, sino que, en no raras ocasiones, pueden proyectarse a la humanidad en su conjunto, incluyendo generaciones futuras. La necesidad de una “ética del futuro” en el sentido en que la concibe Hans Jonas tiene que ver precisamente con estos riesgos y con la inexcusable exigencia ética de comprometerse en acciones que los reduzcan, los controlen y contribuyan a la difusión de la información pertinente.

¹³⁰ R. Maliandi sostiene un modelo de ética convergente, que es la que englobaría estos principios que propone: principio de precaución y principio de exploración. MALIANDI, R., *Ética y biotecnología: cuestión de principios*, cit..

¹³¹ En su forma más amplia, podría decirse que se trata de un principio del *sentido común*, que tanto exige, por ejemplo, no pasar semáforos en rojo, como no dejar encendido el gas o no llevar demasiado dinero encima. En tal sentido no es estrictamente un principio ético, sino lo que Kant llamaría un “consejo de la prudencia (*Klugheit*)”, o “principio pragmático”. Pero aquí se alude específicamente a la precaución con el manejo de nuevas tecnologías, no suficientemente dominadas, que pueden tener efectos nocivos en la población.

El principio de precaución, entendido como forma específica del de conservación y del de no maleficencia, representa, sin embargo, una exigencia opuesta a la que es propia del principio de *exploración* y en razón del cual se explican los mencionados derechos. Como indica Pfeiffer, lo que queda absolutamente claro en el principio de precaución es que las tomas de decisiones para la ejecución de acciones tecnológicas (y, en lo que aquí nos interesa, especialmente *biotecnológicas*) no pueden ya –es decir, no es ya moral ni jurídicamente lícito, aunque sea técnicamente posible– restringirse al criterio económico, de productividad y rentabilidad, aunque por cierto éste deba ser también tenido en cuenta. Parece innecesario insistir en que valores tales como la vida y la salud de la población (presente y futura) tienen prioridad sobre los valores meramente comerciales o financieros, aunque sean éstos, quizás desde siempre pero particularmente ahora, los que representan y otorgan el poder.¹³²

El principio de precaución va necesariamente ligado al concepto de "riesgo", ya que, a la vez, pretende minimizar este riesgo. Ello nos lleva a tener que reivindicar una cierta *precaución* con respecto a la propia *precaución*, es decir, no por querer ser tan vigilantes y atentos a los peligros, no permitir nuevos avances. Ello nos remitiría a un *a priori* de la conflictividad, es decir, a una oposición entre principios. Como el principio de precaución representa uno de los extremos del eje diacrónico, hay que admitir, en el otro extremo de ese eje, un principio contrapuesto, al que MALIENDI denomina "principio de exploración". Este sería también un principio *bio-tecno-ético*¹³³, entendido como un modo particular del principio cardinal de "realización" o del principio bioético de "beneficencia". Es cierto que se "debe" ejercer precaución ante acciones

¹³² PFEIFFER, María Luisa, *Transgénicos. Un destino tecnológico para América Latina*, Mar del Plata, Suárez, 2002.

¹³³ Sobre este término *vid* RODRÍGUEZ MERINO, José María, *Ética y derechos humanos en la era biotecnológica*, 4. ed., Madrid, Dykinson, 2015.

que, en el campo de la Biotecnología, ponen en funcionamiento fuerzas desconocidas, ya que existe el riesgo de que entre tales fuerzas algunas sean decididamente dañinas. Pero no es menos cierto es que entre ellas hay seguramente muchas que podrían ser muy benéficas; fuerzas que nos ayudarían a resolver muchos viejos y penosos problemas. Con todo, el problema estriba en los límites que caractericen a esa libertad de investigación.¹³⁴ (¿Quién establecería esos límites? ¿Qué criterios guiarían los límites a la libertad de investigar?).

Con respecto al otro eje de la conflictividad de principios en el área de la Biotecnología, es decir, el sincrónico –esto es, el de la oposición entre los principios de universalización y de individualización, y, en términos de los principios bioéticos clásicos, entre los de justicia y autonomía– nos encontramos con los principios que pueden ser denominados como de *no discriminación genética* y de *respeto de la diversidad genética*. El primero expresa la obligación de justicia frente a las posibilidades actuales de prever, por medio de chequeo genético, las enfermedades que, con mayor probabilidad, padecerá cada individuo, o a las posibilidades de predeterminar el código genético de un individuo, dotándolo de aptitudes especiales que le permitan ejercer supremacía sobre otros. El segundo se vincula con el problema general (de

¹³⁴ Hay que tener presente que aquí confluyen, por un lado, las exigencias de “control de la investigación científica” (por lo que ésta implica de riesgos para los ciudadanos) como las que promueven esa investigación (porque también pueden aportar beneficios para los ciudadanos).

El derecho de investigación también aparece, de modo más explícito, en el artículo 19, inc. 2, del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, de 1966, que “amplía y matiza” lo expresado en la *Declaración* de 1948. El referido inciso dice lo siguiente:”

Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

Sin embargo, en el inciso 3 del mismo artículo se advierte que esa libertad puede estar “sujeta a ciertas restricciones”, que deberán expresarse en Leyes y que asegurarán el “respeto a los derechos o a la reputación de los demás”, así como “la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas”

importancia ética y ecológica) de la “biodiversidad”, y sobre todo con el caso especial de la diversidad genética de la especie humana, que se expresa asimismo como autonomía genética de individuos y grupos. Ambos principios contienen exigencias racionalmente justificables, pero que apuntan en direcciones contrarias. El principio de no – discriminación genética tiene en cuenta valores universales: los vinculados con el ideal de la “igualdad” de todos los seres humanos. El segundo principio, de no discriminación genética es también, entonces, un principio anti-eugenésico, una exigencia racional de evitar el repertorio de actitudes injustas a que puede llevar la obsesión eugenista.¹³⁵ Así como el principio de justicia aparece, en lo biotecnológico, bajo la forma de principio de no discriminación genética, el principio de autonomía lo hace como principio de *respeto a la diversidad genética*. Se opone al de no discriminación genética, pues las diferencias genéticas, que aquel exige evitar, ahora se trata de conservar e incluso promover.

Concluye MALIANDI que

También la ética de la Biotecnología padece la condición de que ninguno de sus principios puede cumplirse plenamente sin incidir en la transgresión de alguno de los otros. Es lo que la ética convergente expresa como “imposibilidad de los óptimos” y justifica la postulación de un quinto principio (al que corresponde considerar, más bien, como un *metaprincipio*) representado por la exigencia de procurar el máximo equilibrio posible entre los cuatro. Se lo denomina

¹³⁵ A este respecto conviene tener presente el artículo 6º de la “Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos, de la UNESCO, del 11 de noviembre de 1997, donde declara lo siguiente: “Nadie podrá ser objeto de discriminaciones fundadas en sus características genéticas, cuyo objeto o efecto sería atentar contra sus derechos y libertades fundamentales y el reconocimiento de su dignidad”. En la misma Declaración se establece la consideración del genoma humano como “patrimonio de la humanidad” (Art. 1º), la separación entre la “dignidad humana “ y las “características genéticas”(Art 2º) , la exigencia de evaluar riesgos y ventajas de investigaciones, tratamientos y diagnósticos en relación con el genoma de un individuo, así como la de recabar consentimiento informado en ese respecto (Art. 5º), la exigencia de proteger la confidencialidad de los datos genéticos personales (Art. 7º), el derecho a reparaciones equitativas en caso de daños inferidos a causa de intervención en el genoma humano, y otras.

principio de convergencia. Básicamente, es la toma de conciencia de la pluralidad de principios y del *a priori* de la conflictividad, así como de la consecuente necesidad de no lesionar ninguno de los principios reconocidos.¹³⁶

1.2.3. Aplicaciones de la Biotecnología

A lo largo de este *ítem* nos vamos a centrar en el análisis de las aplicaciones prácticas de la biotecnología. Como se ha mencionado, la Biotecnología puede aplicarse en la industria alimentaria, en la agropecuaria, en la salud humana y en muchas otras áreas. Como forma de realizar una presentación introductoria – puesto que el tema de las biotecnologías será muy recurrente y paulatinamente se profundizará a lo largo de esta investigación – conviene, en este apartado, realizar una rápida referencia a algunas biotecnologías directamente vinculadas a los seres humanos. Nos detendremos en la investigación biomédica, en la reproducción humana asistida y en el diagnóstico prenatal y preimplantatorio. También haremos algunas breves reflexiones sobre la eutanasia y el aborto ante la renovada relevancia de estos temas en razón de las nuevas biotecnologías aplicables a los seres humanos.

1.2.2.1. Investigación biomédica

Al proponer una investigación centrada en las biotecnologías aplicables a los seres humanos, es necesario referirse a la investigación biomédica, en la medida en que guarda una relación directa con la puesta en práctica de las nuevas biotecnologías, así como con las personas humanas sometidas a la investigación científica. Partiendo del presupuesto de que la ciencia guarda una íntima relación con la ética, la investigación biomédica engloba a numerosos actores tales como los

¹³⁶ MALIANDI, R., *Ética y biotecnología: cuestión de principios*, cit., p.39.

profesionales de la salud y todos los que están relacionados con las investigaciones científicas, incluidos los integrantes de comités de ética inherentes a la investigación biomédica.

La investigación biomédica consiste en los conocimientos científicos dirigidos a un aumento de la calidad de vida de los seres humanos y a su vez implica la inclusión de estos en las experimentaciones. Esto significa que en la búsqueda de nuevas técnicas de diagnóstico, de tratamientos o medicamentos, se involucra la participación de los seres humanos. Es decir, cuando existe no sólo la necesidad de comprender la vulnerabilidad de las personas sometidas a la experimentación, sino también la responsabilidad por parte de los operadores de esta misma experimentación.¹³⁷ El tema excede los límites de esta investigación, afirmación basada en el número incontable de biotecnologías que ha involucrado y seguirá implicando la experimentación de seres humanos; en las diferentes vulnerabilidades de los seres humanos en el tiempo-espacio; en las diferentes participaciones de cada uno de los profesionales de las diversas áreas del saber y tantas otras. Así, en esta investigación, a pesar de la reconocida relevancia de un gran número de cuestiones, conviene plantear y seleccionar aquellas investigaciones biomédicas que más están vinculadas a la bioética – o a las cuestiones éticas.

La investigación biomédica conlleva una problemática consistente en el establecimiento de sus límites para la experimentación en seres humanos impuesta por los derechos humanos y fundamentales. La actuación de los profesionales de la salud no está exenta de responsabilidades éticas – principalmente los adscritos a la observación de los potenciales beneficios de la investigación ante los eventuales riesgos para el sujeto involucrado.

¹³⁷ MADERS, A., “Investigação biomédica e vulnerabilidade: um estudo acerca da responsabilidade dos profissionais da saúde nas pesquisas envolvendo seres humanos”, en *O mundo da saúde*, São Paulo, 38(2), 2014, pp. 228-236.

1.2.2.2. Reproducción humana asistida

En la reproducción humana asistida, casi intuitivamente, observamos su íntima relación con una vasta gama de nuevas tecnologías en el campo de la genética.¹³⁸ Podemos afirmar que las tecnologías de la reproducción humana asistida consisten en verdaderos nichos de una serie de otras nuevas biotecnologías aplicables a la especie humana.¹³⁹

Inicialmente las técnicas de reproducción asistida, representaron un tránsito paralelo al surgimiento y desarrollo de una serie de nuevas evoluciones biotecnológicas aplicables a los seres humanos, principalmente la denominada reprogenética. En la medida en que el hombre iba acumulando conocimiento con respecto a las técnicas de reproducción asistida, se vio la posibilidad de desarrollar otras técnicas relativas a la genética. Todo ello, planteaba interrogantes éticos con respecto a las nuevas biotecnologías aplicables a la especie humana, lo que ha hecho incontestable la relevancia del tema para asociarlo y estudiarlo desde la perspectiva jurídico-filosófico-social.

Las técnicas de reproducción asistida son las que se dirigen a sustituir la fecundación o incluso la gestación. Técnicas socialmente aceptadas cuando tienen como objetivo resolver las cuestiones de la infertilidad u otras dificultades en la procreación. Entre las técnicas de reproducción humana asistida se encuentran la inseminación artificial (IBA) homóloga *in vivo* - consistente en la inducción mecánica, en el

¹³⁸ Las técnicas de reproducción asistida, a pesar de que sean aplicables a otras especies, por una cuestión de método, en esta Tesis se analizarán desde la aplicación en seres humanos..

¹³⁹ Sobre esta relación entre reproducción humana asistida y otras innovadoras tecnologías *vid.* VIDAL MARTÍNEZ, J., “El principio de precaución, biotecnología y derechos inherentes a la persona”, en ROMEO CASABONA, C. (Ed.), *Principio de precaución, biotecnología y derecho*, Bilbao-Granada, 2004.

cuerpo de la mujer, con óvulos y espermatozoides suministrados por la propia pareja -; la inseminación heteróloga *in vivo* – en la cual la inseminación se realiza mediante el uso de material genético de al menos un donante externo a la pareja -; la inseminación homóloga *in vitro* con transferencia de embrión (FIVET conyugal) ¹⁴⁰ – método realizado en laboratorio, y no en el cuerpo femenino, de formación de embriones para posterior inclusión en el útero materno – y la FIVET heteróloga – en la cual al menos uno de los gametos que se utiliza para la formación del embrión proviene de un donante externo a la pareja. ¹⁴¹

La puesta en práctica de estas técnicas no está exenta de debates. La reproducción asistida cuenta con defensores y opositores, dado que cada una de las posiciones asume defensas diversas. Por una parte están los que rechazan la utilización, por ejemplo, de la FIVET heteróloga, en base a preceptos de la religión cristiana, en la medida en que la entienden como una modalidad de adulterio. ¹⁴² En esta sede, por una cuestión de método, cabe destacar que preferimos no ocuparnos de la moral religiosa, a pesar de la relevancia que reviste. Nuestra investigación se centrará en un análisis de la Biotecnología en sentido amplio y reconociendo la laicidad de muchos textos constitucionales. Nos centraremos en analizar sólo sobre los aspectos éticos ligados a las denominadas técnicas de reproducción asistida. Tales técnicas derivan de intrigantes cuestiones como la congelación de embriones; la elección del sexo de los hijos; las

¹⁴⁰ Sobre la inseminación artificial *in vitro* vid. BROWN, C. (ed.), *in vitro fertilization*, Baltimore, 1986.

¹⁴¹ Sobre as diferentes modalidades de procedimientos vid. BLÁZQUEZ, N., *La nueva ciencia de la vida*, cit., pp. 177-213.

¹⁴² En este sentido vid. BLÁZQUEZ, N., *La nueva ciencia de la vida*, cit., pp. 190: “Moralmente hablando, es obvio que el respeto a los derechos y a la dignidad de un hijo a nacer debe prevalecer sobre el derecho a procrear de cualquier forma. La inseminación artificial heteróloga puede realizarse *in vivo* o *in vitro*. Si, como queda dicho, mucho más cuando, además, la inseminación de los gametos *salvajes* o *adulterinos* son inseminados *in vitro*. Con un poco de reflexión no es difícil comprender la inmoralidad objetiva de la inseminación *in vitro* heteróloga. Nos hallamos ante una *adulteración* y deshumanización evidente del matrimonio y de la procreación humana.”

dificultades como la filiación y la identidad genética, entre otros temas que se podrían enumerar como resultado de la FIVET heteróloga.¹⁴³

A pesar de la relevancia de todos los métodos para una visión no sólo del conjunto de las técnicas de reproducción humana asistida, sino también de una serie de reflexiones jurídico-filosóficas, nos centraremos en el aspecto central de las FIVET, tal como la utilización, en la modalidad heteróloga, del material genético humano derivado de un donante externo a la pareja, haciendo hincapié en la técnica de reproducción humana asistida en la que se utiliza material genético humano derivado de un “donante”. Esto quiere decir que, socialmente y jurídicamente, se acepta la disposición de material genético humano con fines reproductivos mediante procesos biotecnológicos. Constatación aparentemente sencilla, pero que posee una elevada relevancia para el objeto de esta investigación – razón por la cual el tema será analizado sobre todo en el tercer capítulo de esta Tesis Doctoral (en el ámbito de los derechos de personalidad).

1.2.2.3. Diagnóstico prenatal y preimplantatorio

Las nuevas biotecnologías humanas permiten una serie de diagnósticos genéticos y representan uno de los campos más interesantes de los realizados en el ámbito prenatal y preimplantatorio. El diagnóstico prenatal es necesario en el análisis del material genético de los progenitores a fin de verificar los riesgos de transmisión de enfermedades o anomalías hereditarias. Esto significa que se opera sobre los ovocitos.

¹⁴³ Sobre algunas de las posibilidades técnicas que puedan desvelar debates éticos *vid.* EGOZCUE CUIXART, “Josep, Bioética y reproducción asistida”, en CASADO, M. (Ed.), *Materiales de Bioética y derecho*, Barcelona, CEDECS, 1996, pp. 259-272.

Por su parte, el diagnóstico preimplantatorio consiste en que el análisis genético de los embriones, puede realizarse mediante procedimientos de reproducción *in vitro*, con el objetivo de diagnosticar alguna enfermedad genética o cromosómica. Es decir, que los progenitores que poseen propensión a tener hijos pueden comprobar, antes de la implantación en el útero, si el embrión es portador de alguna anomalía genética. Biotecnología recomendada clínicamente en procedimientos de reproducción *in vitro*, ya sea con respecto al potencial diagnóstico de anomalías genéticas, ya sea en razón del aumento del potencial positivo de las técnicas de reproducción – en la medida en que embriones con anomalías, además de disminuir las posibilidades de éxito en la implantación, poseen mayores posibilidades de ocasionar un aborto espontáneo.¹⁴⁴

La distinción entre el diagnóstico prenatal y el preimplantatorio, a pesar de parecer de menor importancia, guarda gran relevancia desde la perspectiva ética. En procedimientos realizados antes de la concepción, la cuestión se presenta de forma que ocasiona menores debates, pero de hecho no carece de complejidad. Sin embargo, al plantearse un diagnóstico realizado con embriones humanos, los debates ganan relieve, en la medida en que existen posiciones en el sentido de que aquéllos consistirían en vidas humanas que detentan derechos de personalidad, mientras que otros entienden que incluso serían vidas humanas o que serían vidas humanas no detentadoras de derechos fundamentales. Es preciso recordar que un diagnóstico preimplantatorio conlleva una serie de otros interrogantes éticos como los derivados de un eventual riesgo de una selección artificial de la especie y el descarte de embriones “con problemas”. En este momento de la investigación lo importante es afirmar que mediante la Biotecnología es posible realizar el diagnóstico predictivo de una serie de problemas genéticos que pueden llegar a la prole de ciertos progenitores, o incluso un embrión en específico.

¹⁴⁴ EGOZCUE CUIXART, Josep, *Bioética y reproducción asistida*, cit., pp. 267-268.

1.2.2.4. Eutanasia

Los avances tecnológicos conllevan consigo una serie de beneficios para el hombre, principalmente los concernientes a un aumento en términos de salud y calidad de vida. Sin embargo, lo que se plantea desde las potenciales prolongaciones de la vida humana, hace emerger algunas incertidumbres e inquietudes. A la vez que nuevas tecnologías podrían conllevar una prolongación de la vida en patrones antes impensables, nos planteamos también que igualmente el sufrimiento de una persona puede aumentar no sólo en su dimensión temporal (por ejemplo, más tiempo de vida indeseada), sino también en términos cuantitativos (por ejemplo, el mantenimiento de la vida de un enfermo puede en cada momento significar un nuevo cuadro de enfermedades y dolores) y cualitativo (por ejemplo, el sufrimiento psíquico ante una vida sufrida interminable). Por ello surgen diversas cuestiones: la vida necesariamente – y forzosamente – ¿debe tener su tiempo de duración establecido por la tecnología? El fin de la vida ¿debe ser necesariamente determinado por la tecnología o para el ser humano debe existir alguna elección?

En esta investigación conviene realizar, a fin de evitar una derivación indeseada, un breve análisis de la eutanasia, sólo desde algunos aspectos que guardan estrecha relación con el objeto investigado.¹⁴⁵ El tema incluye una serie de importantes cuestiones, como la diferenciación entre eutanasia activa y pasiva; los medios para la realización de la eutanasia; la ortotanasia, entre otros – que, por su densidad y complejidad, demandarían una investigación propia. Así, aquí

¹⁴⁵ Para una mayor profundización de la eutanasia, entre otros, *vid.* ÁLVAREZ GÁLVEZ, Í., *La eutanasia voluntaria autónoma*, Madrid, Dykinson, 2002; BERNARD, C., *Como elegir su vida y la muerte*, Barcelona, Argos, 1981; DURKHEIM, E., *El suicidio*, Madrid, Akal, 1976; GAFO, J., *La eutanasia: el derecho a una muerte humana*, Madrid, Ediciones Temas de Hoy, 1990; MORIN, E., *El hombre y la muerte*, Barcelona, Kairós, 1974.

nos limitamos a destacar que la eutanasia activa se presume como una acción en el sentido de acelerar el fin de la vida, mientras que en la pasiva hay una inacción; es decir, una no aplicación de procedimientos capaces de garantizar un prolongamiento de la vida de un enfermo. Esto significa – de forma simple – que la eutanasia consiste en la “ayuda” a morir, así como en la “inacción” para mantener una vida indeseada.

La eutanasia es un tema acompañado de grandes polémicas, que además de cuestiones bioéticas, está vinculado con una serie de debates jurídico-filosófico-ideológicos. En efecto, existen posiciones opuestas, algunas favorables y otras desfavorables a la eutanasia. Bástenos, por ahora, dejar constancia de existen posiciones opuestas (favorables y desfavorables) con respecto a esta cuestión.

La eutanasia está interligada a los derechos de la persona, a los valores y a la ética. El hombre, según la Escuela de Salamanca (Domingo de Soto), no es dueño de su propia vida y cuerpo sino guardián y administrador, lo cual constituye un límite para la razón, la legislación y la actuación. Aspectos interesantes pero que, por la proximidad con las posiciones religiosas o incluso metafísicas – que escapan del espectro deseado de esta investigación - no se profundizará en los mismos. Lo que concierne, en este punto, es que a partir de la posición de la Escuela de Salamanca, la eutanasia debería ser reprobada. Por otro lado, existen posiciones como la de DWORKIN, que defienden que la vida pertenece a la propia persona, pudiendo ésta, a partir de su libertad, optar por la eutanasia. A su vez, entre las posiciones a favor y en contra existen diversos grados de posturas intermedias – aspectos que, a fin de evitar una derivación inadecuada, no serán objeto de un estudio detenido en esta Tesis Doctoral.

En la medida en que la Biotecnología aporta al hombre la capacidad de prolongar su vida, más que nunca, la eutanasia asume un puesto relevante en los estudios jurídico-filosóficos. Desde la reflexión de

que una vida sufrida, y sufrible, puede perdurar por tiempo cada vez mayor a ser definido por la tecnología, hay que preguntarse: ¿al “sufridor” debe ser impuesto el deber de vivir? O puede él decidir ¿cuándo y cómo terminar su vida? Reflexiones que serán retomadas con relación al análisis de la (in)disponibilidad de los derechos fundamentales en el Capítulo Tercero de esta Tesis Doctoral.

1.2.2.5. Aborto

En los estudios dedicados a la bioética, el aborto se presenta como un tema no sólo recurrente, sino también de gran relevancia. En la medida en que defendemos que la Biotecnología forma parte de un ámbito mayor como es el de la bioética, conviene realizar una rápida descripción de los aspectos puntuales del “aborto no espontáneo”¹⁴⁶. Por una cuestión metodológica, como en las anteriores cuestiones hemos hecho, restringiremos la descripción a los aspectos que guardan una íntima relación con el objeto de nuestro estudio. No abordaremos los aspectos médicos-técnicos adscritos a las modalidades de aborto inducido. Nos limitaremos a analizar sólo algunos aspectos centrales del aborto a partir de la bioética, en la medida en que ilustrará la evolución de nuestro estudio.

En una sociedad tecnológica en la que el hombre posee capacidad de realizar diagnósticos más precisos –por ejemplo, diagnóstico de la anencefalia del feto - el aborto asume una renovada importancia en los debates jurídico-filosóficos. En un tiempo en el que las nuevas biotecnologías permiten identificar problemas de salud y defectos físicos y psíquicos en el feto, se identifica la creciente posibilidad de la previsión de

¹⁴⁶ Lo que Diego Garcia denomina aborto provocado. GRACIA, D., *Fundamentos de bioética, cit.*, p. 315-317.

que el parto pueda asumir una posición destacada en la práctica médica, siendo objeto de debate filosófico-ideológico o jurídico-legislativo.

El aborto ha sido objeto de diferentes posiciones (y cada una de ellas, a veces, con fundamentos diversos). Se identifican principalmente tres grupos de posiciones: las favorables, las contrarias y las intermedias. Cada grupo se subdivide en premisas y justificaciones no idénticas, o incluso no comunicadas¹⁴⁷ (Derecho, Filosofía, Religión, etc.).

CASTILLO VEGAS¹⁴⁸ es contrario al aborto, y sostiene la ilegalidad moral del acto. Afirma que el embrión humano pertenece a la especie humana y, por lo tanto, consiste en un ser humano. Para el autor, siendo el embrión un ser humano, está dotado de personalidad – en la medida en que es una característica ínsita al ser humano y no deriva propiamente de la capacidad de ejercer derechos. Una posición que, a pesar de ser congruente, se basa estrictamente en la Filosofía, razón por la cual no podemos adoptarla en esta investigación (al menos en su integridad). En la misma línea de pensamiento se manifiesta BLÁZQUEZ, para quien el aborto consiste en una inmoralidad objetiva.¹⁴⁹ MACIÁ MANSO¹⁵⁰ igualmente defiende la idea de que el feto consistiría en una persona humana. El estudio de este autor guarda una peculiaridad consistente en el reconocimiento de una excepción a la ilegalidad moral del aborto, consistente en los casos en los que la vida de la madre corre riesgo.¹⁵¹

¹⁴⁷ El término “comunicadas” se ha utilizado aquí de forma intencional, en la medida en que ha sido necesario poner de manifiesto que las premisas y las justificaciones no son incomunicables, sino que a veces se utilizan aisladamente.

¹⁴⁸ CASTILLO VEGAS, J., “Las falacias del aborto”, en BELLOSO MARTÍN, N.; MOETIC, V.; NADAL SÁNCHEZ, H; NARCISO, L.J. (Organizadores) *O impacto das novas tecnologias nos direitos fundamentais*, Joaçaba, UNOESC, 2015.

¹⁴⁹ BLÁZQUEZ, N., *Bioética. La nueva ciência de la vida*, cit., p. 279.

¹⁵⁰ MACIÁ MANSO, R., *Ética, vida humana y aborto*, volumen 2, Madrid, Universidad Complutense, Facultad de Derecho, 2003.

¹⁵¹ A pesar de que no pretendemos aquí profundizar en el tema, es preciso apuntar que el autor busca la solución de un conflicto de derechos morales con respecto a las diferentes jerarquías.

Por su parte, DWORKIN¹⁵² aborda el tema desde una perspectiva constitucional americana, pero concretamente vinculada a una particular consideración filosófica, para justificar su posición a favor del aborto. El autor adopta la posición de que existe una diferenciación valorativa entre la madre y el feto (incluso a partir de la dependencia del feto a la madre para su viabilidad). Cuando el iusfilósofo presenta una dura y amarga constatación, diferenciando las “vidas reales” de los fetos y entiendo que las primeras merecen un valor diferenciado de aquélla que cuya inversión aún es ínfimo - feto.¹⁵³ Así, opta DWORKIN por separar la “vida humana natural” y lo que es valorado intrínsecamente, al buscar lo justo ante las diferentes concepciones del bien, alejándose de la idea de “una verdad absoluta”. Apunta el autor la necesidad de mantener un diálogo entre la moralidad privada y el derecho público – siempre con la cautela de alejar al Estado de las decisiones personales relativas al “sentido de la vida humana”. Esto significa que el iusfilósofo concentra su atención no en el análisis de que el feto sea o no una persona conforme al significado constitucional, sino en la imposibilidad por parte del Estado de decidir para los ciudadanos sobre el valor inherente a la vida.¹⁵⁴

La posición de DWORKIN es distinta de la adoptada por SINGER¹⁵⁵. El primero claramente exige “intereses críticos” de los agentes morales, mientras que el segundo aborda la cuestión de la moralidad abortiva oponiendo los intereses sensibles del feto y de los agentes morales involucrados. Esto significa que Peter Singer trabaja con una idea de diferenciación estrictamente biológica de la vida humana (feto) y de la persona humana (ser racional y autoconsciente).¹⁵⁶

¹⁵² Sobre la existencia de las posiciones citadas, *vid.* DWORKIN, R., *El dominio de la vida, cit.*, pp. 45-50.

¹⁵³ DWORKIN, R., *El dominio de la vida, cit.*, p. 137.

¹⁵⁴ DWORKIN, R., *El dominio de la vida, cit.*, p. 235.

¹⁵⁵ SINGER, P., *Ética práctica*, Tradução de Jefferson Luiz Camargo, São Paulo, Martins Fontes, 2006.

¹⁵⁶ Sobre esta diferenciación realizada por Peter Singer *vid.* MACIÁ MANSO, R., *Ética, vida humana y aborto, cit.*, pp. 1086-187.

Las relaciones entre bioética y derecho,¹⁵⁷ como ya sabemos, son controvertidas. Entre las diversas posiciones existentes, cabe apuntar dos posibles tendencias¹⁵⁸: i) legalista y rigurosa: pretender elaborar leyes muy detalladas adaptadas a los diversos casos que se piensa pueden surgir (pero con el riesgo, como se ha visto con algunas, de que los avances técnicos permitan encontrar huecos legales o creen determinadas paradojas, o que permitan soluciones no previstas por el espíritu de la ley); ii) Abierta e inductivista: se reconoce que no se pueden prever todos los avances y todas las situaciones posibles creadas por una tecnología que avanza a un ritmo tan rápido. Pero queda la necesidad de leyes generales que reconozcan principios claros, pero sin descender a demasiados detalles. Queda lugar para que la jurisprudencia vaya incorporando el espíritu de la ley en función de los nuevos contextos científicos y sociales.

CALLAHAN¹⁵⁹ ha planteado los dilemas específicos en la sociedad norteamericana en cuanto a las relaciones del Derecho con la Bioética: "Es como si al público se le presentara una simple y cruda disyuntiva: si piensas que algo realmente es moralmente importante, llévalo a los tribunales o aprueba una ley sobre ello; pero si piensas que hay que dejar aparte a los tribunales o que no debería haber leyes sobre eso, entonces, cállate y deja el tema en el campo de la elección privada. Y cuando decimos "elección privada" en este país, queremos decir una cosa: que no debemos emitir juicios morales sobre las elecciones de los demás, y mucho menos condenas de moral pública de las prácticas de diferentes grupos". El caso es que el tabú a discutir seriamente sobre los usos morales de la libertad y sobre la diferencia entre opciones morales responsables e irresponsables ha conducido mientras tanto a que gran

¹⁵⁷ <http://www.ugr.es/~eianez/Biotecnologia/bioetica.htm>

¹⁵⁸ MORENO MUÑOZ, M., *El debate sobre las implicaciones científicas, éticas, sociales y legales del Proyecto Genoma Humano. Aspectos epistemológicos*. Tesis de Doctorado, Universidad de Granada, 1996.

¹⁵⁹ CALLAHAN, D. , "Escaping from legalism: is it possible?", *Hastings Center Report* 26 (nov-dec), 1996, pp. 34-35.

parte de la moral sea elaborada en las cortes de justicia y enraizada en decisiones legales.

Aceptando el reto de CALLAHAN, MEILAENDER¹⁶⁰ reconoce que un punto clave estriba en que se tiende a pensar que las leyes están para promocionar las elecciones que cada uno hace. Se ha creado "un ideal del yo que está vacío de contenido, salvo el de la elección" (Callahan). Para Meilaender el problema no está sólo en el legalismo, sino en el hecho de que pensamos que la ley debe garantizar nuestras elecciones privadas, eliminándose con ello de la consideración pública una amplia gama de cuestiones morales. Y cita algunos ejemplos tales como: ¿Se tiene en cuenta el bien del feto como parte del bien común?; ¿se acepta que un ciudadano conceda el derecho a otro de quitarle la vida? ¿Eliminar al que sufre es un buen método para eliminar el sufrimiento?

Todas estas son cuestiones tanto morales como legales. Pero su respuesta dependerá del valor que queremos dar a las garantías jurídicas para el ejercicio de nuestra autonomía respecto de otros enfoques que podemos haber colocado en el "punto ciego" de nuestros debates. Lo que necesitamos es una comprensión de la ley que considere a los seres humanos como algo más que entidades aisladas de deseo y elección. Hay que tener claro (y someter a crítica) una antropología de base que arroja una visión del hombre como sujeto de deseos, aislado respecto de los demás, supuestamente capaz de una libertad ilimitada que sólo atiende a su propio narcisismo y a la plasmación de su voluntad. Pero ¿de dónde salen los deseos? ¿Cómo se ha decidido que la satisfacción de deseos es el máximo bien? ¿Qué fuerzas generan y manipulan los deseos supuestamente autónomos y "neutros" de los individuos? ¿No está al cabo la satisfacción de deseos y voluntades al servicio de un determinado sistema de intereses económicos espoleados

¹⁶⁰ EILAENDER, G. "Less law? Or different law?", *Hastings Center Report* 26 (nov-dec), 1996, pp.39-40.

mediáticamente? ¿Se puede obviar todo este cúmulo de factores reales concretos para seguir creyendo en la ficción del individuo autónomo abstracto?

Así, resulta dudoso que la ley debe guardar silencio en cuanto a temas como el aborto y la eutanasia, ya que inciden en el significado de ser miembro de una comunidad. Sin embargo, hay otros asuntos que parecen pertenecer más claramente al ámbito privado y sobre los que también la ley debería manifestarse porque se necesita una comprensión compartida. Ahora que contamos con FIV y tecnologías reproductivas y genéticas (incluyendo la clonación), ¿se puede mantener que es de incumbencia exclusivamente privada el modo de traer hijos al mundo? ¿No tendría la sociedad nada que decir si elijo tener un clon de mí mismo, o si elijo "mejorarlo" genéticamente, determinando con mi voluntad algunos de sus rasgos? ¿No tendrá ninguna consecuencia el que empecemos a considerar los hijos como bienes de consumo y de diseño, cuando "produzcamos" nuestra descendencia en lugar de procrear en un contexto de acogida diferente? ¿La ley no tendría nada que decir?

En la presente investigación, la asunción de una posición basada a partir de argumentos estrictamente filosóficos no resulta ser la más adecuada, en la medida en que la cuestión guarda una estricta relación con otras cuestiones – insertadas, por ejemplo, en el campo de la Biología y del Derecho. Por ello, en el presente estudio conviene adoptaremos una matriz igualitaria-liberal, alejada de un utilitarismo o de un consecuencialismo utilitarista y desvinculada de los aspectos metafísicos.

1.3 Ingeniería genética

Como parte de la Biotecnología conviene introducir una breve referencia al tema de la "ingeniería genética". En este apartado

pretendemos ofrecer una visión general de la genética (1.3.1) como un medio para visualizar un adecuado tratamiento del tema relativo a la ingeniería genética humana (1.3.2).

1.3.1 Genética: una visión general

El ser humano, como habitualmente se vislumbra en el entorno científico, cada día se encuentra con un nuevo descubrimiento científico-tecnológico. Descubrimientos estos distribuidos entre los más diversos ámbitos del conocimiento. Muchos descubrimientos de los más sorprendentes se encuentran en el campo de la Biotecnología, y, más específicamente, en la denominada genética. Las genetecnologías¹⁶¹ son las que suscitan mayor curiosidad, esperanza y temor. Técnicas estas que abren un abanico de posibilidades para la especie humana, y que generan toda una serie de interesantes interrogantes ético-sociales-jurídicos. Se abre un rico campo para los fervientes debates sobre los riesgos de la “libertad de investigación científica”, principalmente en lo que afecta a la aplicación de las nuevas biotecnologías genéticas en la especie humana. Es decir, de las posibilidades, derivadas de la capacidad biotecnológica, de alteración de la propia humanidad. Al mismo tiempo en que se indagan las potencialidades de la puesta en práctica de estas nuevas tecnologías en el campo de la genética humana, se va vislumbrando la cura de las más temibles enfermedades, o incluso la superación de una serie de “fragilidades” de la especie.

Los primeros pasos en el campo de la genética derivan de la interesante solución de un enigma consistente en el origen del hombre como especie y como individuo. A lo largo de la historia se han presentado diversos estudios sobre el tema, como relata FEITO

¹⁶¹ El término aquí utilizado abarca las denominadas tecnologías reproductivas, la ingeniería genética o tecnología génica y el análisis genómico. SPORLEDER DE SOUZA, P., *Bem jurídico penal e engenharia genética humana: contributo para compreensão dos bens jurídicos supra-individuais*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 164.

GRANDE, hasta el momento en que la ciencia tomó el camino indicado por Charles Darwin, con la defensa de la evolución de las especies, sosteniendo la hereditariadad.¹⁶² Al buscar respuestas para las cuestiones que han quedado sin resolver en la teoría de Darwin, especialmente en lo que se refiere a la variación y alteraciones en las especies, Gregor Mendel realizó experimentos que dieron origen a lo que hoy en día se conoce como genética. De sus experimentos con vainas, observó que las características de los seres provendrían de sus padres - que poseen las propiedades determinantes en cromosomas distintos. El descubrimiento de que las características de los seres procederían de partículas dobles – lo que hoy en día se denomina como genes – desveló la hereditariadad (transmisión de particularidades desde una generación a otra). Descubrimientos estos que han sido, en el transcurso del siglo XX, perfeccionados, hasta que en el año 1943 se descubrió el ADN (ácido desoxirribonucleico).¹⁶³ A partir de entonces, la ciencia ha ido evolucionando, ampliando el conocimiento sobre el genoma humano a niveles antes impensables. Se llega al punto de apuntar que cada individuo posee características genéticas únicas, lo que abre camino hacia el reconocimiento de una verdadera identidad genética. Identificación del ser humano que, de por sí, da lugar a algunas reflexiones, tales como la posibilidad de que tal información pueda ser utilizada por el “gran hermano” de ORWELL¹⁶⁴; la confidencialidad de los datos; la intimidad y privacidad del ser humano ante su identificación genética, entre otras.¹⁶⁵

¹⁶² FEITO GRANDE, L., *El sueño de lo posible*, cit., pp. 31-33.

¹⁶³ SPORLEDER DE SOUZA, P., *Bem jurídico penal e engenharia genética humana*, cit., pp. 165-166.

¹⁶⁴ ORWELL, G., 1984, Traduzido por Wilson Velloso, 29. ed., São Paulo, Companhia Editora Nacional, 2005.

¹⁶⁵ GONZÁLEZ DUARTE, R.; CASADO, M., “Bioética y genética”, en CASADO, M. (org.), *Materiales de bioética y derecho*, Barcelona, Cedecs Editorial, 1996, pp. 246-250.

La genética, en cuanto disciplina que integra la denominada biología molecular¹⁶⁶, se dedica al estudio de la transmisión hereditaria y de las partículas que la viabilizan (ADN – ácido desoxirribonucleico).¹⁶⁷ Es una ciencia que tiene como objeto de estudio la vida como un todo; es decir, que abarca desde los más simples microorganismos vivos hasta el ser humano. Aquí vamos a restringir el análisis a la genética aplicada a la especie humana, en relación cuestiones tales como la reproducción, especie y patrimonio, tanto desde una perspectiva de su investigación como de la alteración.

Desde una breve visión de los contornos que pueden proporcionarse a la denominada genética humana, observamos su íntima relación con las nuevas tecnologías en el campo de la biología, las biotecnologías, y, más específicamente, con las genetecnologías (técnicas que permiten la transferencia de genes, fragmentación y clonación, transformación genética, entre tantas otras). Con la evolución de las técnicas aplicadas a la genética humana se presentan nuevos escenarios científico-jurídico-filosóficos. Se delinea una realidad que está permeada por tecnologías, cuyos efectos futuros continúan siendo un verdadero misterio. El hombre, actualmente, tiene la capacidad técnica para intervenir sobre la naturaleza, la vida humana y más específicamente sobre la especie humana. Todo ello acarrea una creciente atención a los habitualmente denominados (bio)riesgos. Desde la posibilidad de que las nuevas biotecnologías podrían utilizarse de forma no benéfica para el ser humano, o incluso nefasto para la sociedad, emerge todo un debate en el ámbito de la Filosofía. Muchos defienden la necesidad de establecer unos límites a la tecnología con el fin de proteger la denominada constitución biológica humana, entendida como un respeto a las características

¹⁶⁶ Rama de la biología, de carácter multidisciplinar, que se dedica al estudio de los procesos biológicos a nivel molecular, en que una de las especialidades es la genética, FEITO GRANDE, L., *El sueño de lo posible*, cit., pp. 31-32.

¹⁶⁷ GARCIA, M., *Limites da ciência*, cit., p. 45.

fundamentales del hombre – temas que serán debidamente retomados y profundizados en el Segundo Capítulo de esta investigación.

De estas breves líneas, meramente introductorias con respecto a los problemas que analizaremos detenidamente a lo largo de este estudio, consideramos que la genotecnología carece de un debate interdisciplinario que vaya más allá de la mera visión desde el Derecho público o privado. Merece una reflexión desde la esfera de la Filosofía del Derecho. La incursión en el tema de la ingeniería genética humana resulta necesaria con el fin de desvelar un escenario realista – aunque a veces planteando panoramas futuristas – y facilitar un análisis de los temas propuestos sin ceñirnos exclusivamente a una teoría del miedo – como repetidamente se produce en la doctrina relativa al tema -, sino a partir de una aproximación a la realidad, a fin de poder obtener unas reflexiones tanto desde la perspectiva jurídica como filosófica.

La ingeniería genética está relacionada próximamente con las tecnologías reproductivas, con las terapéuticas, con el análisis genómico y con la experimentación humana. En esta investigación, aunque resulte relevante el análisis de la ingeniería genética no humana – ya que se inserta en toda y cualquier tipo de vida en el planeta – nos centraremos sólo en la humana.

1.3.2. Ingeniería genética humana

El fenómeno de la vinculación o recombinación del material genético ocasiona una combinación cuyo resultado determina un aumento de la variación genética. Éste puede darse de forma natural¹⁶⁸, mediante

¹⁶⁸ La naturaleza puede combinar material genético: mediante el denominado *crossing over* de cromosomas homólogos durante la formación de los gametos; para la fertilización; conjugación; transformación y transducción. Sobre el tema *vid.* KREUZER, H.; MASSEY, A., *Engenharia Genética e Biotecnologia*, *cit.*, p. 25.

una recombinación visualizada en la naturaleza, tras señalar las alteraciones y evoluciones en las características de los seres vivos a lo largo de las generaciones. Se trata de modificaciones en las especies, que derivan de una selección natural, que pueden ser impuestas por el ser humano. Incluso en la perspectiva de una recombinación natural, hay posibilidad de que el hombre intervenga en cuanto a la mejora de las especies domesticadas.¹⁶⁹ Es una modalidad que se lleva a cabo mediante la selección de los progenitores, por poseer unas características muy deseadas, por lo que se pretende una procreación destinada a una evolución cualitativa de la especie. Un ejemplo se puede encontrar en la obtención de bovinos que producen una mayor cantidad de leche o carne.¹⁷⁰ Otra modalidad habitualmente observada es la operación de injertos de una especie de planta en otra, ya sea con el fin de modificar alguna característica, o incluso de crear una nueva especie. Un ejemplo serían los injertos de ciruela, realizados en árboles que originalmente producían melocotones, obteniéndose una nueva fruta: la nectarina. Variación genética ésta operada hace milenios por el hombre.

La ingeniería genética, también identificada por algunos autores como “tecnología del ADN recombinante (ADNr)”, configura las tecnologías aplicadas sobre el material genético de seres vivos. Consiste en técnicas moleculares precisas que ligan los segmentos de moléculas de ADN de diversos orígenes.¹⁷¹ Se lleva a cabo mediante la técnica de ruptura de las barreras taxonómicas. Supera la evolución natural del hombre. Logra la capacidad técnica de realizar una mejora genética dirigida, mucho más precisa y eficiente desde el aspecto técnico-científico. Conlleva inusitadas capacidades, como la inclusión de un gen

¹⁶⁹ BORÉM, A.; SANTOS, F., “A biotecnologia”, *cit.*, p. 21.

¹⁷⁰ MOSER, A., *Biotecnologia e bioética*, *cit.*, p. 39.

¹⁷¹ A pesar de que la ingeniería genética y el cruce selectivo posean semejanzas, existen diferencias fundamentales, tales como la previsibilidad y la precisión. KREUZER, H.; MASSEY, A., *Engenharia Genética e Biotecnologia*, *cit.*, pp. 25-26.

de una especie en otra con la cual posee una inexpresiva proximidad. Se abre un sinfín de posibilidades ante la biodiversidad de nuestro planeta.¹⁷²

Otra de las posibilidades de aplicación de la ingeniería genética es la tecnología de ingeniería de proteínas – por ejemplo, utilizada para crear proteínas no existentes en la naturaleza -; tecnología del *chip* de ADN¹⁷³ – análisis de genes mediante *microchips* -; tecnología de la bioinformática – como métodos de organización de las informaciones biológicas -, entre tantas otras dirigidas a la solución de problemas alimenticios, de calidad del agua y del aire, de salud, entre otros. Sin embargo, a pesar de reconocer la importancia de las biotecnologías en los diversos campos, para el efectivo desarrollo de la investigación aquí propuesta, pretendemos ofrecer una visión de la ingeniería genética humana, habitualmente identificada, en la doctrina especializada, mediante la expresión “manipulación genética”.¹⁷⁴ La utilización del vocablo se hará en el sentido de “manipulación genética en un sentido estricto”.¹⁷⁵

DINIZ deduce que la ingeniería genética consistiría en el empleo de técnicas científicas de manipulación de genes operadas con el propósito de modificar la constitución genética de células y organismos. Representa una rama de la genética, inherente a la transferencia de informaciones génicas, derivadas de una fuente externa, para células u organismos, ocasionando alteraciones en éstas o en los respectivos receptores.¹⁷⁶ SILVEIRA y BORGES tratan la ingeniería genética, o tecnología del ADN recombinante, como la “tecnología que permite cortar y unir químicamente

¹⁷² PÉREZ SALOM, J., *Recursos genéticos, biotecnología y derecho internacional*, cit., p. 48.

¹⁷³ KREUZER, H.; MASSEY, A., *Engenharia Genética e Biotecnologia*, cit., pp. 28-29.

¹⁷⁴ La identificación de los términos, a pesar de ser mayoritaria, no es pacífica, habiendo autores que, incluso, las diferencian, creyendo que el término manipulación genética incorporaría sólo técnicas no terapéuticas. En este sentido *vid.* LEITE DOS SANTOS GOMES, C.; SORDI, S., “Aspectos atuais do projeto genoma humano”, en CORDEIRO LEITE SANTOS, M. (org.), *Biodireito: ciência da vida, os novos desafios*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2001.

¹⁷⁵ SPORLEDER DE SOUZA, P., *Bem jurídico penal e engenharia genética humana*, cit., p. 174-176.

¹⁷⁶ DINIZ, M. H., *O estado atual do biodireito*, cit., pp. 362 e ss.

el ADN y así transferir genes de una especie a otra, y, al hacerlo, crear nuevas formas de vidas.”¹⁷⁷ GARCIA apunta que la ingeniería genética “(...) una de las áreas de la Biotecnología: consiste en técnicas destinadas a transferir a la estructura de la célula algunas informaciones genéticas, permitiendo la proyección y la intervención modificativa”.¹⁷⁸ SOUZA defiende que “la ingeniería genética humana supone una modificación artificial (total o parcial) del genoma de cierta célula u organismo particular, dado que esto puede ser llevado a cabo de forma programada mediante la adición, sustitución o supresión de ciertos genes.”¹⁷⁹

De estas conceptualizaciones mencionadas, se observa la existencia de un mínimo común denominador, consistente en la percepción de que la ingeniería genética, aquí descrita a grandes rasgos, configura una modificación que opera artificialmente sobre el genoma (de una célula u organismo). Alteración ésta que se realiza de forma programada, intencional y dirigida a un fin específico. Se puede tomar como ejemplo la posibilidad de utilizar la ingeniería genética con el fin de realizar diagnósticos predictivos y terapia génica. También hay la posibilidad de desarrollo nuevos medicamentos y una serie de productos biotecnológicos.

Muchas de las genotécnicas implican posibilidades de alteración genética de seres humanos, lo que suscita interesantes reflexiones sobre su puesta en práctica. Por la evidente manipulación de material genético humano, el tema resulta aún más relevante para esta investigación, razón por la cual analizaremos este aspecto en las próximas páginas. Las modificaciones genéticas en seres humanos pueden obtenerse mediante finalidades diametralmente opuestas, es decir, por un lado las implementadas y dirigidas a los tratamientos (terapia genética) y, por otro,

¹⁷⁷ SILVEIRA, J.; CARVALHO BORGES, I., “Um Panorama da Biotecnologia Moderna”, *cit.*, p. 19.

¹⁷⁸ GARCIA, M., *Limites da ciência*, *cit.*, p. 45.

¹⁷⁹ SPORLEDER DE SOUZA, P., *Bem jurídico penal e engenharia genética humana*, *cit.*, pp. 175-176.

las que tienen fines no terapéuticos (investigación científica y otros). Caminos que, por toda su complejidad jurídico-filosófica, demuestran una especial importancia para el desarrollo de nuestra investigación. Importancia derivada, principalmente, del carácter dialógico entre las diversas modalidades de terapia, así como de las repercusiones ético-filosóficas de cada una de las modalidades, que demandan un análisis de forma puntual e individualizada – lo que realizaremos en apartados específicos.

1.3.2.1. Ingeniería genética humana terapéutica

Las nuevas biotecnologías dan lugar a nuevos paradigmas ético-jurídico-sociales. Se observa, principalmente en el campo de la ingeniería genética, una posible superación del monopolio por la naturaleza de la determinación del genoma del individuo humano. Asistimos a un tiempo en el que la tecnología en el campo de la genética puede alejar el azar de la naturaleza, realizando un cambio de panorama, abriendo la posibilidad, por la adición, supresión, sustitución o alteración de genes, estableciendo tratamientos y curas para enfermedades hasta ahora consideradas como incurables.¹⁸⁰ Una realidad permeada por la potencialidad de intervenciones humanas sobre su propio material genético, con el establecimiento de métodos de tratamiento y cura, correspondientes a la denominada terapia génica humana¹⁸¹.

¹⁸⁰ Aquí cubrimos las deficiencias, dijo por BALLESTEROS, inevitables. BALLESTEROS, J., "Más allá de la eugenesia: el posthumanismo como negación del *homo patiens*", en *Cuadernos de Bioética*, XXIII, 2012/1^a.

¹⁸¹ No podemos extendernos en el estudio de la ingeniería genética humana; sin embargo, conviene que dejemos constancia de la existencia de otros espectros de las biotecnologías que son capaces de proporcionar, o lo harán en el futuro, mejores terapias para el uso en los seres humanos. Así se deduce en esta investigación de la ingeniería genética humana – como tratamiento técnico no natural sobre material genético humano – con respecto a las susceptibles de uso humano - realización de productos farmacológicos desde material genético de plantas y animales; uso de plantas y animales transgénicos para la producción de

La terapia génica humana o genoterapia,¹⁸² entendida como la alteración del ADN de las células del individuo en la búsqueda de prevención, o incluso cura, de enfermedades genéticas - desde la “raíz del problema” - puede actuar sobre las discapacidades que tengan orígenes diversos. Se aplica en la corrección de problemas genéticos hereditarios, en los cuales el condicionante perjudicial para la salud deriva de características genéticas heredadas de los progenitores – pudiendo derivar de los genes procedentes de uno o más de los genitores¹⁸³, o incluso debido a la combinación de los genomas -, en los denominados no hereditarios - procedentes de anomalías en la formación de las células -, y en los congénitos – cuando se presentan anormalidades en el desarrollo embrionario.¹⁸⁴

Algunos autores defienden la utilización de un criterio de clasificación basado en el establecimiento de cuatro especies de terapias génicas, tales como las relativas a las técnicas aplicadas a las células somáticas; las técnicas aplicadas a las células germinales; las técnicas aplicadas con fines de mejora y, por último, las eugenésicas. Otros autores defienden que la división debe realizarse en dos grandes grupos, el primero a partir del tipo de células trabajadas y, el segundo, con la finalidad de utilizar nuevas genotécnicas. Se adopta, en esta investigación, este segundo criterio de clasificación, por considerar que es el que tiene mayor potencial para facilitar y difundir el tema.

medicamentos; biotecnología agrícola, entre otros. Sobre la ingeniería genética de uso humano *vid.* KREUZER, H.; MASSEY, A., *Engenharia Genética e Biotecnologia, cit.*, pp. 29-36.

¹⁸²

Sobre la nomenclatura *vid.* FEITO GRANDE, L., *El sueño de lo posible, cit.*, p. 97.

¹⁸³

Optamos por dejar de hacer uso del término “padres”, para evitar una restricción de género inapropiada, y especialmente, indeseada. Esto porque, al hacerse uso del término “padres” podría darse a entender, o incluso a inducir a la interpretación, de que se estaría limitando la procreación a los casos en los que existe una pareja (padre y madre), lo que no coaduna con la línea de la investigación propuesta. Nos ocuparemos en un apartado específico del origen del material genético humano, con la debida aclaración de la actual imposibilidad de limitación del origen del material genético humano.

¹⁸⁴

FEITO GRANDE, L., *El sueño de lo posible, cit.*, pp. 100-101.

Así, la terapia génica puede darse sobre dos tipos distintos de células, tales como las denominadas somáticas y las germinales. La interferencia en las células somáticas se caracteriza por la ausencia de hereditabilidad en las alteraciones operadas en el genoma del individuo; es decir, que no podrán transmitirse a los descendientes.¹⁸⁵ Se observa que en esta modalidad de tratamiento, el sujeto objeto de intervención, al menos *prima facie*, es el único afectado por el procedimiento. Razón por la cual, existe una mayor aceptación ético-social con respecto a esta modalidad de tratamiento, y de fácil correlación con otros métodos ampliamente difundidos y practicados, así como socialmente aceptados. Como ejemplo de los métodos a los que se aproxima la terapia genética sobre células somáticas humanas cabe citar los trasplantes de órganos y el desarrollo de avanzados medicamentos.

Por otro lado, está la interferencia en las células germinales, concerniente a la hereditabilidad; es decir, a la transmisión de alteración genética para los descendientes del sujeto objeto de tratamiento o experimentación. Esto significa que, en esta segunda modalidad, la terapia puesta en práctica no sólo ocasiona una modificación en el genoma del individuo humano, sino que afecta a las generaciones futuras. La terapia génica germinal, a diferencia de la somática, incluso para los casos en los que se aplica con fines terapéuticos, genera inquietudes jurídico-filosóficas, porque aún perdura la ignorancia sobre sus potenciales efectos futuros.¹⁸⁶ Conviene destacar que los temores no se limitan al desconocimiento de las implicaciones en las generaciones futuras, sino también, y especialmente, en la posibilidad de abrir camino

¹⁸⁵ RODRIGUES PETTERLE, S., *O direito fundamental à identidade genética na Constituição brasileira*, cit., pp. 23-27.

¹⁸⁶ PARLAMENTO EUROPEO, Resolución sobre problemas éticos y jurídicos de la manipulación genética, de 16.03.1989, n. 28; ROMEO CASABONA, M., *El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1994, pp. 367-369.

hacia una *neogenesis*.¹⁸⁷ Resulta evidente que no hay una valoración ética uniforme con respecto a los diversos tipos de células trabajadas por la ingeniería genética humana.

Así, la terapia génica humana en las células somáticas – pese a que no esté libre de toda y cualquier inquietud – se presenta como de más fácil aceptación ético-social. Situación justificada no sólo por la inexistencia (al menos *prima facie*) de transmisión de alteraciones genéticas - impuestas al sujeto objeto de tratamiento o experimentación - a sus descendientes, y restricciones para su utilización con fines eugenésicos, sino especialmente por su íntima relación con la existencia de los seres humanos. Se puede afirmar su aceptación dada su incidencia en la salud del hombre y en su calidad de vida – que, a su vez, guarda una íntima relación con los derechos fundamentales y, especialmente, con la dignidad de la persona humana; temas, estos, que profundizaremos en los Capítulos Segundo y Tercero de esta investigación.

La terapia genética humana con células germinales¹⁸⁸, como hemos mencionado, suele ser objeto de un fuerte rechazo ético-jurídico. Sin embargo, incluso esta modalidad, cuando no implique una efectiva hereditariadad, puede tener su desarrollo éticamente justificado. Sería el caso de técnicas aplicadas sobre material genético humano (células germinales) sin fines reproductivos; es decir, *in vitro* sin la intención de una posterior inclusión en un individuo humano, o una célula *totipotente* sin fines reproductivos. En este contexto tenemos situaciones – experimentación científica en material genético humano – que pueden alejar las barreras éticas y jurídicas impuestas a los demás casos de técnicas sobre células germinales. Citando a CASABONA, con quien

¹⁸⁷ RODRIGUES PETTERLE, S., *O direito fundamental à identidade genética na Constituição brasileira*, cit., pp. 34-35.

¹⁸⁸ MANTOVANI, F., “Investigación en el genoma humano y manipulaciones genéticas”, en ROMEO CASABONA, C. (Ed.), *Biotecnología y derecho: perspectivas en derecho comparado*, Bilbao-Granada, Comares, 1998, p. 207.

concordamos en este aspecto, siempre que no incluya, en la reproducción humana, el ámbito experimental de material genético con fines de investigación, debería permitirse para poder facilitar un elevado potencial de autoconocimiento de la especie humana, así como de cura de enfermedades como el cáncer, entre otras.¹⁸⁹ Tema que guarda una especial relevancia para este estudio y retomaremos, concretamente, en el Capítulo Tercero.

Conviene destacar que la ingeniería genética humana no se limita a las técnicas con fines terapéuticos, sino que hay una serie de capacidades técnicas (existentes o todavía en fase de desarrollo) que no poseen el mismo fin. De estas nuevas técnicas sin propósito terapéutico, o “ingeniería genética humana no terapéutica” derivan una serie de inquietudes, razón por la cual se pretende analizar, en un momento oportuno, un apartado propio y dedicado al tema.

1.3.2.1.1. Técnicas terapéuticas que no se refieren a la transmisión hereditaria

La ingeniería genética humana sobre células somáticas, como ya se ha mencionado, implica la modificación del genoma humano del individuo sometido a la técnica, sin que dicha modificación implique una hereditariadad. En esta modalidad de uso de la Biotecnología tenemos un amplio abanico de aplicaciones para la salud humana, sobre las cuales, pese a que no esté exenta de interrogantes jurídico-filosóficos, existe una mayor “tranquilidad” social. A fin de demostrar la puesta en práctica de esta modalidad técnica con fines terapéuticos, conviene presentar un adecuado tratamiento biotecnológico según el cual, un hombre parálítico presentó una sensible recuperación de sus funciones físico-motores.

¹⁸⁹ ROMEO CASABONA, C., *Genética y derecho*, cit., pp. 211-212.

1.3.2.1.1.1. Recuperación de paraplejía mediante técnica de implantación de células de la nariz: el caso Polaco

La ciencia, como ya venimos reiterando, ha alcanzado unos avances considerables que hace poco tiempo hubieran sido impensables o incluso limitados al campo de la imaginación de las mentes más fértiles. Son constantes los informes acerca de nuevas biotecnologías con finalidades varias. En el campo de la terapia genética humana, son muchas las novedades que aporta el ámbito académico-científico, siendo relevante, a título ilustrativo, una breve narración del reciente caso de la inusitada recuperación de un ser humano portador de paraplejía mediante trasplante celular.

Al final del año de 2014 médicos-científicos presentaron los resultados de un tratamiento experimental que permitió que un hombre paralítico volviera a caminar. Los hechos se refieren a la condición clínica de Darek Fidyka, un hombre de 40 años que, en el año 2010, cuando sufrió múltiples heridas de arma blanca quedó paralizado desde el pecho hacia abajo. Tras un innovador tratamiento, el paciente retomó la capacidad de caminar (ayudado también de un dispositivo de movilidad denominado andador), a la vez que también recuperó parte de las funciones de su vejiga, intestino y funciones sexuales.

Como la médula espinal de los seres humanos no posee un sistema de regeneración espontánea de los axones centrales lesionados, se pensaba que no existía una solución para los casos de lesiones más severas causantes de la parálisis. Hasta que un grupo de investigadores comenzó un tratamiento inédito, que proporcionó una mejora sustancial en el cuadro de salud del paciente (Darek Fidyka) al cual se le había diagnosticado un cuadro de lesión completa de la médula espinal (*classe American Spinal Injury Association A-ASIA A*). El tratamiento en cuestión

se sirvió de la utilización de células de la nariz del propio paciente – responsables del olfato – con fines terapéuticos. En una primera operación, los científicos extrajeron uno de los bulbos olfativos del paciente, del cual separaron las células de interés para que crecieran utilizando un procedimiento específico realizado en laboratorio (*in vitro*). Ya en la segunda operación, los médico-científicos introdujeron las células, obtenidas del primer procedimiento, en el lugar en el que la médula espinal del paciente presentaba daños. Aplicaron, mediante 100 micro inyecciones, cerca de 500 mil células en los extremos de la lesión medular, para que acto seguido le fuera realizado un injerto, en la médula, del tejido nervioso extraído del tobillo del paciente. Según los informes médicos, las células olfativas permitieron la adaptación de los tejidos nerviosos injertados, permitiendo la “revitalización” de la médula espinal del paciente. Los investigadores constataron que:

(...) El paciente mejoró la lesión desde la médula espinal ASIA A (sigla de *American Spinal Injury Association*) a la ASIA C. Hubo una mejora en la estabilidad del tronco, parcial recuperación de los movimientos voluntarios de las extremidades inferiores, y un aumento de la masa muscular del muslo izquierdo, así como una recuperación parcial de la sensibilidad superficial y profunda. Hubo también indicios de mejora de la sensación visceral y en la autorregulación vascular en el miembro inferior izquierdo. El patrón de recuperación sugiere la regeneración funcional de las fibras de larga distancia. Imágenes confirman que los injertos ligaron el lado izquierdo de la médula espinal, donde la mayoría de los nervios se habían implantado, y exámenes neurofisiológicos confirmaron la recuperación de la integridad del tracto corticoespinal y el carácter voluntario de las contracciones musculares. Para nuestro conocimiento, ésta es la primera indicación clínica de los efectos benéficos de los trasplantes de células autólogas medulares.¹⁹⁰

¹⁹⁰ TABAKOW, P. [et.al]. “Functional Regeneration of Supraspinal Connections in a Patient With Transected Spinal Cord Following Transplantation of Bulbar Olfactory Ensheathing Cells With Peripheral Nerve Bridging”, *Cell Transplantation*, Volume 23, Number 12, 2014, pp. 1631-1655, Traducción libre. En el original: “(...) The patient improved from ASIA A to ASIA C. There was improved trunk stability, partial recovery of the voluntary movements of the lower extremities, and an

Se observa que los médicos polacos, junto con investigadores de Londres, consiguieron poner en práctica la nueva Biotecnología, logrando el restablecimiento de las funciones corpóreas del paciente portador de paraplejía. Una tecnología que se limita sólo al paciente, sin que pueda causar ninguna modificación genética para las generaciones futuras. Un gran avance que puede proporcionar una nueva revolución en la medicina moderna – resultado de las técnicas genéticas terapéuticas. Dado que representa una técnica aplicada con fines terapéuticos, y sin que se hayan utilizado células embrionarias (principalmente aquellas con capacidad de dar origen a un nuevo ser humano), en un primer momento, se presenta como socialmente aceptable y éticamente justificable. Una nueva biotecnología que implica complejas relaciones interprivadas, en la medida en que culmina no sólo en intervenciones quirúrgicas, sino también en la manipulación de material corpóreo humano – aspecto que será debidamente analizado a lo largo de esta investigación.

1.3.2.1.2. Técnicas terapéuticas aplicables a la transmisión hereditaria

La ingeniería genética humana sobre células germinales, como se ha apuntado anteriormente, implica hereditariadad. Esto significa que la modificación genética impuesta al ser humano afectará a sus generaciones futuras. Esta transmisión de la modificación representa una de las principales inquietudes de la sociedad contemporánea al reflejarse

increase of the muscle mass in the left thigh, as well as partial recovery of superficial and deep sensation. There was also some indication of improved visceral sensation and improved vascular autoregulation in the left lower limb. The pattern of recovery suggests functional regeneration of both efferent and afferent long-distance fibers. Imaging confirmed that the grafts had bridged the left side of the spinal cord, where the majority of the nerve grafts were implanted, and neurophysiological examinations confirmed the restitution of the integrity of the corticospinal tracts and the voluntary character of recorded muscle contractions. To our knowledge, this is the first clinical indication of the beneficial effects of transplanted autologous bulbar cells.”

sobre la puesta en práctica de las terapias genéticas sobre células germinales. A fin de demostrar la puesta en práctica de esta modalidad técnica con fines terapéuticos, conviene que nos ocupemos del análisis de la reciente legislación aprobada en el Reino Unido, mediante la cual se permite un procedimiento específico de ingeniería genética que para muchos podría ser entendido como “la posibilidad de generar a un ser humano con tres padres”.

1.3.2.1.2.1. Reproducción asistida utilizando ADN de tres personas: reciente autorización Británica

La ingeniería genética humana que se refiere a la transmisión hereditaria, incluso cuando se aplica con finalidad terapéutica, presenta una serie de inquietudes. Siendo, probablemente, la ignorancia sobre sus efectos en las generaciones futuras la razón por la que la mayoría de los ordenamientos jurídicos optan por su prohibición (retomaremos este tema en el Capítulo Tercero).

Sin embargo, en un período reciente, más específicamente en febrero de 2015, el Reino Unido asume la posición de primer Estado en el mundo al permitir la concepción *in vitro* de niños con ADN de tres progenitores, siempre que el procedimiento se destine a evitar enfermedades hereditarias graves. Concretamente, la norma prevé la posibilidad de progenitores, que presenten un efectivo riesgo de transmitir mutaciones nocivas del ADN en las mitocondrias, de hacer uso de una genotécnica consistente en la extracción del núcleo de su célula fecundada para injertarlo en una célula saludable de una tercera persona (célula en la que las mitocondrias no presenten riesgo de transmitir mutaciones malignas). Es decir, un procedimiento en el cual se retira el ADN del núcleo del óvulo fecundado para insertarlo en el óvulo de una donante. Tecnología que, al ser aplicada y observándose el resultado

positivo, permite que el óvulo “manipulado” sea incubado en el cuerpo de la progenitora. En términos generales, la norma autoriza una especie de “trasplante de núcleo celular”, a fin de permitir a los progenitores la procreación saludable, así como evitar que un problema genético se propague para las generaciones futuras.¹⁹¹

Los científicos que trabajan con esta genotécnica afirman que, mediante su uso, se puede generar un niño libre de las discapacidades mitocondriales, y, por lo tanto, alejando el riesgo de desarrollo de enfermedades. La anomalía en las mitocondrias, transmitida por generaciones, puede ocasionar enfermedades graves, que pueden afectar a los principales órganos del cuerpo humano – posibilitando la manifestación desde la ceguera hasta la pérdida de masa muscular. Una técnica con increíble potencial terapéutico, pero que ni de lejos está libre de una serie de interrogantes jurídico-filosóficos, en la medida en que permite modificar los genes de un niño – que serán transmitidos a las generaciones futuras.

La polémica sobre esta técnica, y su autorización, no se resume con la hereditaria de la modificación genética operada, sino también con la propia identidad genética del nuevo ser humano. Esto porque, a pesar de que el núcleo de sus células posea características heredadas de sus progenitores, en sus mitocondrias estará el ADN de la donante. Así, los niños serán detentores de ADN de tres personas, pese a que los especialistas afirmen que el ADN mitocondrial consista en una diminuta parte del genoma como un todo, sumando algo como el 0,1% de los genes del ser humano. Además, afirman los científicos que, incluso poseyendo parte de ADN de la donante, las características físicas de los progenitores serían transmitidas a los herederos y su ADN compondría el núcleo de la célula. Según la metáfora utilizada por los genotécnicos, el

¹⁹¹ RODRIGUES PETTERLE, S., *O direito fundamental à identidade genética na Constituição brasileira*, cit., pp. 35-39.

procedimiento se aproxima a un simple cambio de batería de un portátil – elección de palabras ciertamente realizada en base a la función de las mitocondrias de producción de energía -, donde la máquina seguiría siendo la misma, independientemente de la sustitución de su fuente de alimentación.

Se observa aquí un buen ejemplo de ingeniería genética terapéutica sobre células *germinales* que, al poseer una legislación permisiva, ocasiona una serie de interrogantes desde la Filosofía del Derecho. Se cuestiona cuáles serían los efectos de tal permiso para la identidad, así como para el patrimonio de la humanidad. También surge el interrogante de cuáles serían los reflejos sobre la población no incluida en la norma, considerándose el denominado efecto mariposa – que brota de la simple interpretación de que seres modificados genéticamente se han procreado con los “hijos de la naturaleza”. Son preguntas que se vinculan a un juicio de valor como es la posibilidad de poner en práctica (y por sus efectos en la sociedad) la nueva genética.

Sin embargo, pese a que resulten interesantes los interrogantes antes mencionados, los que poseen mayor relevancia para la presente investigación se centran efectivamente en el material biológico humano implicado. Se plantea: a) ¿el material genético humano consiste en pertenencia, o en derecho de personalidad? b) ¿cómo explicar la disposición del material genético humano por parte de tercer donante? c) al tratarse de una técnica que implica material genético de tres personas, ¿cómo se opera la respectiva circulación en el mundo jurídico (sería por contrato)? Cuestiones éstas que guiarán los pasos de los próximos Capítulos de esta investigación.

1.3.2.2. Ingeniería genética humana no terapéutica

Con el avance en el campo de la ingeniería genética, el hombre alcanza la capacidad de realizar modificaciones electivas en organismos unicelulares y pluricelulares, llegando el ser humano, incluso, a poder inducir alteraciones en su propio genoma. Competencias que configuran un poder de dimensiones inconmensurables, que abarcan desde las posibles modificaciones de plantas y animales, hasta la creación de nuevos seres.¹⁹² MANTOVANI, cuando analiza el tema, apunta que a partir de la bioingeniería pueden realizarse “quimeras”, “híbridos”, la hibridación animal con la creación de “verdaderos monstruos” y la hibridación del ser humano con fines de investigación.¹⁹³

De esto se deriva que la ingeniería genética no está limitada a las posibilidades de tratar y prevenir los males genéticos, sino que incluye toda una vasta gama – y de dimensiones aún incalculables – de aplicaciones con finalidades diversas y dispersas. Así, la ingeniería genética, concretamente, extrapola las denominadas terapias génicas, pudiendo presentar muchas aplicaciones no terapéuticas. La “ingeniería genética no terapéutica”, así como en la terapéutica, puede ser aplicada sobre células somáticas y germinales. Las técnicas no terapéuticas aplicadas a las células somáticas pueden aplicarse desde la mera cosmética genética, en la cual se busca una mejora en la apariencia del individuo, hasta alguna forma de *doping* físico o psíquico. Capacidades técnicas sobre células somáticas que, a diferencia de las aplicadas con fines terapéuticos, presentan menor aceptación y plantean una serie de interrogantes jurídico-filosóficos. Cuestiones relacionadas tales como la negación al envejecimiento; los límites naturales del cuerpo (íntimamente ligados a la resistencia humana, fuerza, elasticidad, o incluso a la

¹⁹² MANTOVANI, F., Investigación en el genoma humano y manipulaciones genéticas, *cit.*, p. 209.

¹⁹³ MANTOVANI, F., Investigación en el genoma humano y manipulaciones genéticas, *cit.*.

específica capacidad para la realización de ciertas actividades); y los límites cognoscitivo, entre otras. Posibilidades técnicas que suscitan dudas sobre su validez ética, sobre todo cuando en la medida en que pueden suponer una vulneración del principio de dignidad de la persona humana.

A su vez, las técnicas no terapéuticas sobre células germinales, ante la hereditariadad, son las que merecen ser objeto de un una mayor prevención porque son las técnicas que presentan un mayor potencial de alejar a los seres humanos de sus características naturales: la hibridación; la elección de características genéticas para los seres futuros; la creación de monstruos, o incluso de un nuevo ser. La genotécnica no posee sólo el poder de modificar la naturaleza, sino de transformar la propia humanidad. Técnicas que conllevan consigo una serie de riesgos para la humanidad, especialmente los que se aproximan a una denominada “evolución artificial”, en que se puede plantear el establecimiento de un nuevo ser humano: ¿sería posible un post-humano? Lo que podría ocasionar, eventualmente, una sustancial amenaza a la esencia del ser humano, así como a su dignidad.¹⁹⁴ O, podría plantearse de otro modo, en el sentido de que tales alteraciones servirían de garantía de la dignidad humana, o incluso ayudarían a reconstruirla. En términos de procedimiento sobre células germinales, estamos hablando de la posibilidad de establecer profundas e irreversibles alteraciones en la especie humana, susceptibles de ser reproducidas y perpetuadas a través de la transmisión hereditaria.

Capacidades genotécnicas no terapéuticas que no han sido habitualmente descritas en las diversas publicaciones científicas, podrían fácilmente entenderse como meros ejercicios imaginativos. Más que nunca, los escenarios de la vida que nos presentaba HUXLEY¹⁹⁵, se

¹⁹⁴ SPORLEDER DE SOUZA, P., *Bem jurídico penal e engenharia genética humana*, cit., pp. 183-184.

¹⁹⁵ HUXLEY, A., *Admirável mundo novo*, São Paulo, Globo, 2009.

alejan del campo de la mera imaginación, para aproximarse a una verdadera potencialidad del hombre como resultado de los avances en el campo de la Biotecnología. Aquel “mundo nuevo”, que se presentó en una obra satírica como una pesadilla de su idealizador, con la descripción de un hipotético futuro donde los seres humanos serían “producidos” y “domesticados”, cada vez presenta una similitud mayor con la realidad. Actualmente, la técnica ya permite plantear la elección de características de los seres humanos futuros; es decir, la posibilidad de los progenitores – al menos desde un punto de vista estrictamente técnico – de poder escoger el sexo, el color de los ojos, la estatura, u otras características de su prole. Y, quien sabe, en un futuro próximo, definir, incluso, las aptitudes de sus herederos genéticos.

Ingeniería genética humana germinal que podría aplicarse con fines “neoeugenésicos”, mediante la implementación de cuidados biológicos bajo el argumento de que se está defendiendo el mantenimiento y la evolución de la especie humana. No podría parecer surrealista este tipo de afirmación, en la medida en que la historia de la humanidad observa la presencia de la eugenesia, así como el establecimiento de políticas biológicas y sociales dirigidas a una verdadera "selección" de la especie humana - la eugenesia¹⁹⁶. Conviene recordar, como ejemplo relativamente reciente, y de los más alarmantes, el proyecto eugénico¹⁹⁷ realizado durante el nazismo. “Selección” que históricamente se realizó de forma “positiva” (con la reproducción de personas hereditariamente sanas) o “negativa” (impedimento de

¹⁹⁶ El término “eugenismo” suele ser utilizado como doctrina político-social empeñada en la puesta en práctica de la ciencia denominada eugenesia.

¹⁹⁷ Al reconocerse la distinción entre los términos “eugenesia” y “eugenismo”, es preciso aclarar que el uso de la expresión “proyecto eugenésico” tiene como propósito incluir ambos términos (la ciencia y la doctrina político-social).

reproducción de personas con discapacidad, o con características indeseadas).¹⁹⁸

Hay autores que defienden que la eugenesia negativa debería ser socialmente aceptada e incentivada, especialmente en lo que concierne a su utilización con el fin de alejar la existencia de seres con severos problemas de salud, aprovechándose del potencial predictivo derivado de los actuales conocimientos en ingeniería genética humana – posición que permite una serie de interrogantes éticos, tales como: cuáles serían los criterios para el establecimiento de categorías de seres humanos “indeseados”; si podría reconocerse, como un nuevo derecho del hombre, la posibilidad de modificar su genoma; si sería éticamente aceptable (o justificable) la estandarización perfeccionista del genoma de la humanidad; ¿cuál sería la repercusión de una política eugenésica sobre la identidad genética, o incluso sobre el patrimonio genético? Cuestiones éstas que de forma directa, o indirecta, serán debidamente tratadas a lo largo de este estudio.

La ingeniería genética no terapéutica posee posibilidades cuyos límites técnicos aún resultan indefinidos, o incluso imposibles de ser visualizados correctamente. La técnica podría ser utilizada, como se ha mencionado, con fines de neo-eugenesia, hibridación, o incluso creación de “quimeras”. Por lo tanto, parece que la variedad de modificación genética en los seres humanos no tiene límites incluso en la ciencia moderna.

1.3.2.2.1. Neo-eugenesia

Los avances en el campo de la ingeniería genética humana germinal traen consigo una serie de interrogantes, dado que una de las

¹⁹⁸ BALLESTEROS, J., “Más allá de la eugenesia: el posthumanismo como negación del *homo patiens*”, en *Cuadernos de Bioética*, XXIII, 2012/1^a, pp. 17-18.

más comunes está vinculada a la posibilidad de aplicación de la técnica con eventuales fines neo-eugenéticos.¹⁹⁹ Neo-eugenesia como referencia a la posibilidad de que la nueva genética pueda estar infectada por los males de la antigua eugenesia²⁰⁰.

La primera aparición del término eugenesia se atribuye a Francis Galton, primo de Charles Darwin que la formuló tras largos años de investigación sobre la transmisión hereditaria de talentos y virtudes de carácter.²⁰¹ GALTON la define, en palabras de FEITO GRANDE, como “la ciencia que estudia las influencias que hacen posible la mejora de las condiciones innatas de una raza humana, con la intención de lograr su desarrollo hasta la superioridad máxima posible”.²⁰² Una visión de la ciencia que fue rápida y ampliamente difundida, alcanzando una considerable difusión en Alemania, Reino Unido, Estados Unidos de América, entre otros países. Iniciaron así diversos programas eugenésicos, algunos partidarios de la eugenesia positiva – que estimulaba la procreación de las personas con características deseables – y otros de la negativa – que desestimulaba la procreación para quienes detentaran características no deseables -, y un considerable sector defendía la aplicación de ambas en su conjunto. En la historia se observa que países como Dinamarca y Estados Unidos de América llegaron a establecer políticas públicas de esterilización – con fines esencialmente eugenésicos. Lo mismo se produjo en Alemania así como en otros.²⁰³ Los

¹⁹⁹ ROCA I TRÍAS, E., Derechos de reproducción y eugenesia. In ROMEO CASABONA, C. (ed.), *Bioteología y derecho: perspectivas en derecho comparado*. Bilbao-Granada: Comares, 1998, pp. 125-127.

²⁰⁰ Término que del griego eugenés, sería “bien nacido”. Sobre el origen del tema *vid.* ROLAND SCHRAMM, F., “Eugenia, eugenética e o espectro do eugenismo: considerações atuais sobre biotecnologia e bioética.”; OLIVEIRA LEITE, E., “Eugenia e bioética”, *cit.*, p. 28.

²⁰¹ CARONE SLABI CONTI, M., *Biodireito*, *cit.*, p. 57; BUCHANAN, A. [et. al.], *Genética y justicia*, Traducción de Cristina Piña, Madrid, Cambridge University Press, 2002, p. 28.

²⁰² FEITO GRANDE, L., *El sueño de lo posible*, *cit.*, p. 363.

²⁰³ Para un panorama histórico, incluso con la lista de una serie de países que establecieron políticas de eugenesia, *vid.* BUCHANAN, A. [et. al.], *Genética y justicia*, *cit.*, p. 28-34.

ejemplos más significativos de estos proyectos eugenésicos se dieron en el período nazi, principalmente con las experimentaciones científicas operadas en seres humanos.²⁰⁴

La clave de la eugenesia consiste en que es una ciencia que busca la mejora de los seres humanos. En un contexto en el cual el hombre logra una elevada capacidad en el campo de la ingeniería genética humana germinal, existe la posibilidad de que la eugenesia se convierta en una neo-eugenesia. Como apunta SGRECCIA²⁰⁵, del conocimiento procedente del Proyecto del Genoma Humano deriva un elevado riesgo que las técnicas de diagnóstico genético asuman nuevas finalidades eugenésicas – una neo-eugenesia. También podría llevarse a cabo mediante la capacidad técnica del ser humano de realizar modificaciones en su genoma, buscando un “perfeccionamiento”, que podría derivar en una nueva eugenesia.

Existe todo un debate sobre el fundamento de las ideas eugenésicas, ya que las características del ser humano no son determinadas exclusivamente por su genotipo, sino también por su interacción con el entorno (fenotipo).²⁰⁶ La eugenesia negativa, como propugna WINNACKER²⁰⁷, no sería fructífera, ya que los defectos genéticos en la especie humana están ampliamente difundidos, de manera que, incluso de la unión de dos seres considerados como

²⁰⁴ La puesta en práctica de proyectos eugenésicos o incluso de experimentaciones en seres humanos no fueron actos exclusivos de los alemanes sino que, por ejemplo, también los americanos realizaron incursiones similares.

²⁰⁵ SGRECCIA, E., *Manual de Bioética. I. Fundamentos e ética biomédica*, 2 ed., São Paulo, Loyola, 2002, p. 244.

²⁰⁶ Sobre el llamado “determinismo genético”, así como de su falta de cientificidad y uso estrictamente con objetivos de dominación y mantenimiento del orden vigente *vid.* ECHTERHOFF, G., *Direito à privacidade dos dados genéticos*, Curitiba, Juruá Editora, 2010, pp. 56-60; AZEVEDO, E., “Ética na pesquisa em genética humana em países em desenvolvimento”, en GARRAFA, V.; PESSINI, L., *Bioética: poder e injustiça*, São Paulo, Centro Universitário São Camilo, 2003, pp. 323-330.

²⁰⁷ WINNACKER, E., “O que nos é permitido e o que não nos é permitido: o justo e o injusto nas objeções atuais à engenharia genética na ótica de um cientista”, en DE BONI, L. A.; SALZANO, F. (org.), *Ética e genética*, Porto Alegre, Edipucrs, 1998, pp. 210-222.

"aceptables y deseables", podrían surgir nuevos defectos (mutaciones genéticas). Defiende el autor que lo mismo se produce en la eugenesia positiva, puesto que la propia individualidad genética (heterogeneidad) considera oportuno que el estímulo para la reproducción de seres con características óptimas ocasione, eventualmente, el surgimiento de seres "indeseables".

Sin embargo, en el presente estudio, el que estamos aludiendo a la neo-eugenesia obedece a que la ingeniería genética humana puede ser utilizada con finalidades eugenésicas – en el sentido de alteración del genoma con el fin de una mejora de la especie humana. Todo ello origina nuevos interrogantes en relación a la Biotecnología, como los derivados de la posibilidad de alteración del genoma humano a causa de ciertos intereses políticos²⁰⁸ o económicos (¿quién define las características de la humanidad que deben ser perpetuadas o prohibidas?)²⁰⁹; la estandarización perfeccionista del genoma de la humanidad²¹⁰; la modificación completa de la especie humana, con el fin de producir seres específicos para ciertas actividades; el establecimiento de aberraciones humanas.²¹¹ La ingeniería genética humana germinal, ¿haría posible el proyecto de un ser post-humano?

²⁰⁸ Sobre la "biolítica eugenésica" relacionada con la ingeniería genética humana, principalmente desde una observación filosófica, *vid.* SLOTERDIJK, P., *Regras para o parque humano: uma resposta à carta de Heidegger sobre o humanismo*, Traducción de José Oscar de Almeida Marques, 3ª ed., São Paulo, Estação Liberdade, 2000.

²⁰⁹ ROMEO CASABONA, C., *Del gen al derecho*, *cit.*, pp. 245-299; MANTOVANI, RDGH (1994), p. 98.

²¹⁰ ESER, "Derecho penal, medicina y genética", en BARBEDO SANTOS (ed.), *Ingeniería genética y reproducción asistida*, p. 274; WILKIE, T., *Projeto genoma humano: um conhecimento perigoso*, Rio de Janeiro, J. Zahar, 1994, p. 208.

²¹¹ Sobre el tema *vid.* SPORLEDER DE SOUZA, P., *Bem jurídico penal e engenharia genética humana*, *cit.*, p. 200.

1.3.2.2.2. Hibridación

La ingeniería genética humana germinal, además del potencial eugenésico mencionado en el apartado anterior, tiene otras posibilidades altamente cuestionables desde el punto de vista ético. Las más llamativas son las capacidades técnico-teratológicas - susceptibles de ser realizadas mediante la hibridación génica o molecular – y que consisten en la viabilidad de crear nuevos seres.²¹² La hibridación genética puede darse sin la modificación del genoma humano, dando origen a un ser resultante de la conjugación de material genético de diversas personas (no sólo de dos, sino de múltiples individuos) – intraespecífica.²¹³

Aquí, principalmente, conviene dejar constancia de la dificultad que tiene el Derecho y la Filosofía del Derecho, para tratar las cuestiones de filiación (¿deberán ser los progenitores quienes inicien el procedimiento, o todo y cualquier donante de material genético?) o incluso patrimoniales (el ser humano procedente de esta técnica ¿tendría derechos patrimoniales con relación a los implicados?). Se vislumbra que esta técnica podría, mediante la manipulación de los genes, permitir una verdadera selección de caracteres del futuro individuo – que serían transmitidos a sus herederos – ocasionando tal vez una verdadera mejora en la especie humana. Éstos sólo algunos ejemplos de los interrogantes que cabe plantearse. Sin embargo, para mantenernos en el enfoque en el objeto de la presente investigación, cabe aclarar que, tal técnica – si se permitiera – ocasionaría, necesariamente, la confluencia de voluntad de un grupo de individuos de compartir material genético para dar origen a un nuevo ser. Se delinea la posibilidad de un escenario en el que la tradicional visión de la humanidad puede ser superada, donde el material genético humano tendría tránsito hacia la hibridación – tema que guarda una particular

²¹² SPORLEDER DE SOUZA, P., *Bem jurídico penal e engenharia genética humana*, cit., pp. 191-192.

²¹³ SPORLEDER DE SOUZA, P., *Bem jurídico penal e engenharia genética humana*, cit., p. 200.

relevancia con esta investigación que trataremos paulatinamente a lo largo de los próximos Capítulos.

Conviene también hacer referencia a la hibridación interespecífica, consistente, esencialmente, en la fusión de gametos, donde se crean seres vivos mediante la fecundación de células germinales de especies diversas. Esto significa que, mediante ingeniería genética humana germinal, se hace posible la realización de seres humanos híbridos – que serían los derivados de la fecundación de un gameto humano con un gameto no humano. Aquí se encuentra lo que se pueden denominar seres humanos transgénicos”. La ingeniería genética humana germinal abre las puertas a la creación de nuevos seres vivos – con un genoma modificado.²¹⁴

De aquí derivan una serie de interrogantes, como los relativos a la puesta en práctica de la capacidad técnica para la realización de seres humanos monstruosos, diseñados con finalidades específicas. Ello implicaría la superación del ser humano. Algunas biotecnologías – principalmente las que se destinen objetivamente a la alteración de las características humanas – si se ponen en práctica podrían producir un cambio de paradigma para el Derecho y la Filosofía. En “un mundo donde la tecnología y la ciencia viajan en avión y el Derecho intenta acompañarla en bicicleta”, ciertamente se debe plantear, desde la Filosofía del Derecho, lo que implican estas nuevas biotecnologías.

1.3.2.2.3. Quimeras

Al surgimiento de seres vivos a partir de la fusión de una célula, o de un embrión con – en el mínimo - otro que poseyera informaciones genéticas distintas, se le da el nombre de “quimeras” – con analogía a los

²¹⁴ SPORLEDER DE SOUZA, P., *Bem jurídico penal e engenharia genética humana*, *cit.*, p. 200.

legendarios seres monstruosos de la mitología griega. Un proceso consistente en la composición de material genético, en fase de totipotencia, con un mínimo de cuatro progenitores, para dar origen a una nueva vida.

Así, tal y como sucede en la hibridación, las “quimeras” pueden dar curso a una combinación de material genético de seres de una misma especie (intraespecíficos), o de especies distintas (interespecíficos). Se observa que, a pesar de que se presente levemente distinta, la producción de “quimeras”, tal como la hibridación, puede consistir tanto en la formación de un ser vivo con múltiples progenitores de la misma especie, como con la “mezcla” de lo humano con una o más especies. Biotecnología humana que guarda una serie de interrogantes de los cuales, para el desarrollo de esta investigación, dos son de gran relevancia: 1) ¿existe un debate real acerca de la puesta en práctica de estas nuevas biotecnologías? 2) Aunque existiera un debate, ¿no debería hacerse uso de la Filosofía del Derecho para no sólo comprender, sino también para ofrecer las claves y marcar el rumbo para manejar la cuestión del tránsito del material genético humano?

1.4. Por una delimitación personal de la Biotecnología

A lo largo de este Capítulo hemos constatado que el hombre se encuentra en una sociedad tecnológica, puesto que los más espantosos avances se encuentran en el campo de la denominada Biotecnología – tecnología aplicada sobre la vida. Al encontrarnos con esta constatación, hemos presentado brevemente la conceptualización técnico-científica, y realizado algunas reflexiones con respecto al marco jurídico-filosófico, constatando algunas insuficiencias en el ámbito de la Biotecnología. Hemos adoptado la posición de defensa de que resulta necesario superar algunos conceptos de la Biotecnología, como aquellos que resultan

inconcebibles a la hora de armonizarlos con la defensa de los derechos humanos. Como ya hemos analizado en el apartado pertinente, hemos pretendido clarificar la superación de los conceptos (1.2.3) y otras concepciones doctrinales que resultaban imprecisas – porque dificultaría un trabajo que aspira a una concreción y certeza de la ciencia -. Consideramos que la Biotecnología merece un ámbito abierto, ya que se le atribuyen sólo contornos no estáticos para poder establecer su conexión con la realidad. La sociedad tecnológica imprime un ritmo acelerado (y de dimensiones no cuantificables) de avance en el campo de las técnicas aplicadas a la vida humana – lo que no nos permite trazar un concepto único y cerrado.

Así, a partir de la investigación realizada, consideramos que la Biotecnología, integrante de una disciplina más amplia como es la Bioética, se refiera a técnicas aplicables por el hombre, sobre el propio ser humano sobre los demás organismos vivos. Sin que aquí se pretenda establecer un concepto, consideramos que la afirmación anterior permite, del modo más genérico, ofrecer contornos válidos y eficientes para la Biotecnología a fin de permitir debates como los pretendidos en esta investigación. En otras palabras, es a partir de una noción abierta y no estática de la Biotecnología, como podemos comprender su relación con los aspectos técnicos, además de otros (p. ej. la transdisciplinariedad) y posibilitar su interpretación en cuanto punto de encuentro entre hombre-sociedad-filosofía-derecho. Por lo tanto, optamos por una más noción amplia, pero no carente de pilares esenciales, frente a un entramado de conceptos imprecisos y a veces en conflicto.

**CAPITULO II – LAS
GENETÉCNICAS Y SU
PROYECCIÓN EN LOS
DERECHOS
FUNDAMENTALES**

2.1. Genetécnicas aplicables a la especie humana y aproximación a la realidad

El ser humano alcanza un grado de conocimiento técnico y científico antes impensable. En el campo de la genética, en particular, en cada momento puede desarrollarse una nueva biotecnología aplicable al ser humano. Se presenta un gran potencial biotecnológico de cura de las enfermedades o incluso de los defectos genéticos. Ese potencial de modificación del hombre, así como de la especie humana, provoca una serie de reflexiones, – tal y como hemos adelantado en el Capítulo Primero de esta investigación. Cabe preguntarse si todas las genetécnicas deben aplicarse y, en caso de aceptación total o parcial de esta premisa, ¿cuál sería el contexto en el que se deben observar y poner en práctica? El objetivo central de este Capítulo el de intentar dar respuesta a estas y otras cuestiones que derivan de la genetécnica.

En primer lugar, cabe señalar que, por un recorte epistémico intencionado, en el presente estudio – a pesar de reconocer la importancia de otras técnicas tales como las derivadas de la informática, mecánica, mecatrónica, entre otras – nos centraremos en el análisis de las nuevas biotecnologías, principalmente en el campo de la ingeniería genética humana – lo que aquí denominaremos genetécnica humana. Dividiremos el Capítulo, por una opción metodológica, en cuatro partes distintas, pero no desconectadas entre sí. La primera parte de este Capítulo Segundo se dedicará a ofrecer una panorámica sobre dicha mejora genética del ser humano (2.1), lo que esencialmente se realizará en base a los recientes debates y posiciones filosóficas acerca de las biotecnologías aplicadas al hombre y a la humanidad. Por lo tanto, para

comenzar, realizaremos una sumaria e ilustrativa apreciación sobre la “polémica Habermas-Sloterdijk” (2.1.1) con el fin de caracterizar no sólo la necesidad de atención de los temas propuestos, sino también con el fin de no fragmentar el discurso jurídico-filosófico so pena de graves errores científicos.

En segundo lugar porque, considerando que las genéticas humanas, ya sea por aplicarse al ser humano (en cuanto individuo, o incluso como especie), ya sea como resultado de sus posibles efectos y consecuencias, demandan una fundamentación iusfilosófica de la cuestión. Analizaremos una visión “post-humana” (2.1.2) – por su particular vinculación con el tema. Enfoque que se desprende del deber de conocimiento del tema ofrecido por la doctrina acerca de la puesta en práctica de las nuevas biotecnologías – aquí con especial énfasis en el fenómeno denominado transhumanismo, con la intención de desarrollar un análisis informado y adoptar una posición personal. Razón por la cual, con el fin de garantizar la objetividad de la investigación, realizaremos un análisis bajo la perspectiva bioconservadora (2.1.2.1), para seguidamente considerar el transhumanismo – como postura altamente permisiva con respecto a la tecnología que se ocupa de la mejora del ser humano (2.1.2.2). Ítems de la investigación destinados a una comprensión de los estudios filosófico-sociológicos vinculados a la puesta en práctica de las nuevas genéticas y para poder aproximarlas al Derecho.

La segunda parte del presente Capítulo (2.2) se dedicará a analizar algunos aspectos legales de la Biotecnología, pretendiendo focalizar el tema en dos aspectos centrales e importantes, tales como la patente de invenciones biotecnológicas – con especial atención a las patentes de material genético humano – y a la investigación con embriones humanos. La tercera parte del Capítulo (2.3) se destinará al estudio de las genéticas a partir de los derechos fundamentales con una breve aproximación a los derechos más íntimos del ser humano incorporados en

una colectividad, donde realizaremos un necesario y adecuado trabajo de establecimiento de contornos de estos derechos (2.2.1), a fin de permitir el análisis de la puesta en práctica de la genotécnica humana. En la cuarta y última parte del presente Capítulo, presentaremos la toma de una posición personal ante la (in)viabilidad de defensa de la práctica genotécnica humana (2.4).

2.1.1. Mejora de la especie humana

La Biotecnología, principalmente debido al sustancial esmero de la ingeniería genética, traza una ruta para ofrecer una mayor calidad de vida al ser humano. Calidad en el sentido de garantizarle una mayor salud, con menos dolor y sufrimiento. Aspira a ofrecer curas para enfermedades que, concretamente, disminuyen la calidad de vida del hombre, tales como la diabetes y los problemas cardíacos crónicos, o incluso intenta erradicar las dificultades impuestas por la demencia y por la ceguera, entre otros factores limitantes. Se vislumbra una vida no sólo cualitativa, sino cuantitativamente aumentada debido a la mejora de la especie humana. Sin embargo, se observa la existencia de unas líneas de trabajo poco precisas con respecto al incremento de la especie en un sentido terapéutico o en el de perfeccionamiento.

En la doctrina especializada en el tema, se observa una constante preocupación en el sentido de una búsqueda de la distinción entre la Biotecnología humana terapéutica (mencionada en el Primer Capítulo, en el ítem 1.3) y consistente en un mejoramiento humano. Como apunta PESSINI, en el medio académico la intervención para mejorar al ser humano recibió el término de “perfeccionamiento” y se caracterizó como una oposición a la terapia.²¹⁵ Se deduce que la intervención para mejorar

²¹⁵ PESSINI, L., “Bioética e o pos-humanismo”, *cit.*, p. 229: “La cuestión de la búsqueda biotecnológica de la mejora humana no ha entrado todavía en la agenda

al ser humano se refiere a la puesta en práctica de nuevas biotecnologías por su refinamiento además del mantenimiento o recuperación de su salud.²¹⁶ Las biotecnologías humanas, cuando se utilizan con finalidades diferentes de las necesidades médicas reconocidas, pueden consistir en una verdadera búsqueda por la implementación de mejoras (esmeros).

A pesar de que la cuestión, *prima facie*, parezca sencilla (terapia diferente con respecto a la intervención para mejorar al ser humano), cuando se observa de forma más detenida se presenta sensiblemente compleja y multifacética.²¹⁷ Afirmación que deriva de algunas reflexiones – que ciertamente no son las únicas – como: a) la falta de concreción en la identificación de la “enfermedad”; b) la imposibilidad de asumir la viabilidad de establecer un criterio único-fijo-rígido de “normalidad”; c) la dificultad de la comprensión de que incluso las técnicas utilizadas con finalidad terapéutica pueden consistir en una mejora humana, entre otras. Se observa aquí que las nociones de salud y enfermedad son mudables en el espacio-tiempo, así como los “criterios de normalidad” – que pueden asemejarse bastante, a veces por una falta de científicidad o incluso por una demanda de la sociedad del espectáculo²¹⁸, a la “moda”.²¹⁹ Y, no

de la bioética pública. En los círculos académicos recibió atención bajo la rúbrica de “perfeccionamiento”, entendido en contraposición a la “terapia”. Esta distinción nos proporciona un buen punto de partida para entrar en la discusión de las actividades que han hecho posible “ir más allá de la terapia”. Terapia, en esta visión, es el uso del poder biotecnológico para tratar las personas con enfermedades conocidas, discapacidades o daños, intentando restaurarlos a un estado normal de salud y funcionamiento. perfeccionamiento (*enhancement*), por contraste, es el uso del poder biotecnológico destinado a modificar, por intervención directa, no los procesos de enfermedades, sino el funcionamiento “normal” del cuerpo y psique humanas, para aumentar sus capacidades y *performance* naturales.”

²¹⁶ En este sentido *vid.* JUNGEST, E., “What does enhancement mean?”, en PARENS, C. (ed.), *Enhancing human traits*, Washington, Georgetown University Press, 1998, pp. 25-43.

²¹⁷ La diferenciación entre cura y mejora a veces se presenta demasiado compleja, en la medida en que una misma técnica, aplicada a un mismo “problema”, dependiendo del contexto, puede caracterizar a una u otra. Sobre el tema *vid.* SANDEL, M., *Contra a perfeição: Ética na era da engenharia genética*, Traduzido para o português por Ana Carolina Mesquita, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2013.

²¹⁸ DEBORD, G., *A sociedade do espetáculo*, E-book, eBooksBrasil.org, 2003.

hay que olvidar, por ejemplo, que un tratamiento quirúrgico correctivo-estético, en cuanto posiblemente terapéutico para la *psique*, puede consistir en mera cosmética desde el punto de vista de la funcionalidad del cuerpo humano. Se desprende así una ínsita complejidad.

Se llega a sí a una distinción entre la Biotecnología aplicada con fines terapéuticos con respecto a la que tiene fines de mejora, que consistiría en un criterio insuficiente para poder establecer unas líneas argumentativas para las situaciones concretas en la sociedad tecnológica. Insuficiente a causa de su abstracción, imprecisión e inestabilidad en el tiempo-espacio. La “diferenciación” tiene como principal función facilitar la comprensión, aunque de forma deliberadamente sencilla, con respecto a la cuestión del uso de técnicas a fin de intervenciones para mejorar al ser humano.

Con los galopantes avances en el campo de la Biotecnología, principalmente en lo que concierne a las técnicas genéticas sobre el ser humano, se ha abierto la posibilidad de manipulación con diversas finalidades y numerosas consecuencias. Se observa que el hombre, que creó la sociedad tecnológica y hoy en día experimenta con ésta una verdadera simbiosis, es capaz de realizar tanto unas posibles cosméticas genéticas como una alteración de su propia esencia. Tal como las plantas, animales, y microorganismos, el hombre puede ser sometido – al menos desde la técnica – a la tecnología. Aquí surgen cuestiones que parten de los tratamientos médicos mediante la Biotecnología hasta las modificaciones genéticas impuestas deliberadamente. Se visualiza la capacidad técnica de producción de seres humanos transgénicos o incluso de una nueva especie humana.²²⁰ Tal como pronosticara

²¹⁹ Sobre biotecnología y deseos de la sociedad de consumo *vid.* CAMBRÓN, A., “Bioética y Derecho: normar los cuerpos”, *UDC*, Rev. 1, 1997.

²²⁰ Realidade antevista pela ficção. WELLS, H. G., *A ilha do Dr. Moreau*, E-book, Virtualbooks, 2003.

HUXLEY²²¹, se vive un tiempo en el que la técnica permite la “fabricación” de seres humanos con características específicas – operadas deliberadamente con el fin de promover una mayor eficiencia en sus actividades precipuas -, o incluso “genéticamente domesticados”.

Se refuerza lo ya mencionado: lo que en un determinado momento consistía en un fantástico ejercicio imaginativo de las mentes más creativas, en la contemporaneidad rehace un verdadero potencial técnico del hombre. La Biotecnología – que como se ha mencionado en el capítulo primero incluye la ingeniería genética humana (1.3) – abre el camino para la imposición artificial de la mejora genética del ser humano. De las nuevas genotécnicas humanas se puede imaginar la imposición de mejoras físicas y psíquicas (lo que se puede denominar *doping* genético realizado en el campo somático o germinal); el alejamiento de enfermedades físicas y psíquicas (realizados de forma somática o germinal); la alteración de características del individuo, quien tal vez lo convierte en el más propenso a una cierta actividad física o intelectual, o incluso nos ofrece la visión de cómo debería y podría ser el hombre en el futuro. Más distante, aunque no impensable, sería identificar la técnica utilizada para la modificación del hombre, e incluso de la especie humana, con la creación de superhombres o monstruos. Lo que podría denominarse aquí “mejora del ser humano” y que nos proporciona una serie de interesantes reflexiones sobre el futuro de la humanidad. ¿Será el hombre, tal y como los conocemos, superado, o incluso diseñado como un producto de obsolescencia programada? ¿Se camina hacia “un futuro post-humano”? ¿Cuál sería el papel del “transhumanismo” en este escenario?

²²¹ HUXLEY, A., *Admirável mundo novo*, cit..

2.1.2. La polémica Habermas-Sloterdijk

Las nuevas biotecnologías, más concretamente las genéticas, pueden utilizarse con un fin de mejora – esmero – del ser humano en cuanto individuo, o incluso de la especie humana. Esta posibilidad abre debates fervientes en las diversas áreas del saber, y los más importantes se encuentran en la Filosofía. Conviene recordar que la Biotecnología, en cuanto subelemento del más amplio conjunto que es la Bioética, representa un campo fértil para los filósofos. Espacio para debates acalorados, a veces tortuosos, o incluso fragmentados o distorsionados en el ámbito de la bioética y la Biotecnología. Prueba de esta afirmación es el intenso “vals”, que bailaron Peter Sloterdijk y Jürgen HABERMAS, condicionado por las controversias sobre la “naturaleza humana”.

La denominada “polémica HABERMAS-Sloterdijk” remonta a la exposición titulada “Reglas del parque humano”, presentada por SLOTERDIJK en un coloquio, realizado en Alemania en el año 1999, dedicado a Heidegger y Levinas. Una exposición en la que el ponente provocó a que la platea abordara temas relativos a las nuevas técnicas de manipulación genética y a la defensa de la superación del humanismo, entre otros. Dado que, para el ponente, lo más relevante de su elocución, envuelta por especulaciones en el campo de la genética, consistió en el nuevo tratamiento ofrecido a la relación entre el humanismo y los medios de comunicación, así como a la revisión propuesta del motivo del espacio, en el cual operaba una inversión de la prioridad heideggeriana de la dimensión ontológica sobre la óptica. Factores que al entender de SLOTERDIJK fueron bien comprendidos por teólogos y filósofos de diversas nacionalidades. Sin embargo, en su opinión, los reporteros que estaban presentes, ajenos a la lógica de su presentación, se aferraron al

vocabulario utilizado para redactar en sus crónicas equivocadas interpretaciones.²²²

Los periodistas habían sido atraídos esencialmente por expresiones utilizadas por Sloterdijk que, tomadas fuera de contexto, sonaban muy fuertes. Por ejemplo, al declarar la falencia del humanismo ante la tarea de domesticar la animalidad humana, el filósofo cuestionó si no se estaría encaminando hacia una reforma de las calidades de la especie – lo que fue difundido por los reporteros como la defensa de una antropotécnica – en cuanto tecnología antropológica. Situación que se repitió – distorsión de la elocución – ante la afirmación de que la humanidad podría, frente a la técnica, asumir la “selección prenatal”, haciendo parecer que el filósofo estaría afirmando que ésta debería ser aplicada.

Debido al alboroto causado en los medios de comunicación, después de pocos meses, tuvo inicio la “polémica”. Se dio, en efecto, con la publicación de dos artículos, el primero de ASSHEUER, denominado “El proyecto Zarathustra”²²³, en que el autor afirmaba que Sloterdijk estaba exigiendo una revisión tecnológica de la humanidad, aludiendo con el título del texto a la fantasía del superhombre; el segundo, publicado por MOHR, titulado “Creador del súper-hombre”²²⁴, en el cual el autor afirmaba que Sloterdijk estaba defendiendo la selección prenatal y el nacimiento opcional, además de hacer uso de la técnica genética como crítica social aplicada y, finalmente, afirmando que el discurso del autor de “Reglas para el parque humano” estaría permeado de retórica fascista.

²²² SOLOTERDIJK, P., *Reglas para o parque humano, cit.*, p. 61.

²²³ En el original: “Das Zarathustra-Projekt”. ASSHEUER, T., “Das Zarathustra-Projekt.”, *Die Zeit*, n. 36/1999. Disponible en: http://www.zeit.de/1999/36/199936.sloterdijk1_.xml. Consultado el 15 de mayo de 2015.

²²⁴ En el original: “Züchter des Übermenschen”. MOHR, R., “Züchter des Übermenschen”, *Der Spiegel*, 36/1999. Disponible en: <http://www.spiegel.de/spiegel/print/d-14718468.html>. Consultado el 15 de mayo de 2015.

Al encontrarse con los aludidos artículos, SLOTERDIJK respondió mediante un texto dividido en dos cartas: la primera dirigida a ASSHEUER, y la segunda a HABERMAS (aparentemente por entender que éste sería el verdadero autor de las críticas que venía sufriendo). El texto denominado “La teoría crítica ha muerto”²²⁵ presentó una breve respuesta a ASSHEUER, y se centró ampliamente criticando a HABERMAS. En un cierto pasaje, SLOTERDIJK acusa a HABERMAS de que nunca tuvo la intención de debatir el tema, sino que sólo se limitó a explicar la confusión y el mal entendimiento y la mala interpretación del contenido de su conferencia.²²⁶ SLOTERDIJK escribió una larga carta, con duras críticas a HABERMAS, a la que este último le respondió con algunas breves líneas, en el mismo medio de comunicación, en que afirmaba no poseer ningún tipo de interés en el trabajo de aquél, así como negando cualquier participación suya en dicha “polémica”.²²⁷ El enfrentamiento entre HABERMAS y SLOTERDIJK²²⁸, de una forma u otra,

²²⁵ En el original: “Die Kritische Theorie ist tot”, SLOTERDIJK, P., “Die Kritische Theorie ist tot”, *Die Zeit*, 37/1999. Disponible en: <http://www.zeit.de/1999/37/199937.sloterdijk.xml>. Consultado el 15 de mayo de 2015.

²²⁶ SLOTERDIJK, P., “Die Kritische Theorie ist tot”, *Die Zeit*, 37/1999: “Bitte beachten Sie die Formulierung "bis auf weiteres". Sie drückt aus, dass ich der Obergrenze meiner Toleranz nahe bin. Sie haben, Herr Habermas, mit zahlreichen Leuten *über* mich geredet, niemals *mit* mir. In unserem argumentierenden Gewerbe ist das bedenklich; bei einem Theoretiker des demokratischen Dialogs ist es unverständlich. Mit Ihren Reden haben Sie, um nach dem zu urteilen, was ich im indirekten Rücklauf höre, für Aufregung gesorgt. Über Wochen hin, scheint es, haben Sie im Groben gepolt und im Feinen agitiert. Sie haben zwischen Hamburg und Jerusalem umhertelefoniert, um andere zu Ihrem Irrtum zu bekehren. Sie haben Kollegen, die meine Elmayer Rede bedenkenswert fanden, sogar massiv unter Druck gesetzt. Mehr noch, Sie haben Raubkopien des Textes angefertigt (der Ihnen privatim überlassen worden war) und diese, unter Verletzung aller guten kollegialen, akademischen und publizistischen Sitten, an Journalisten, die Ihre Schüler waren und sind, geschickt, begleitet mit einer expliziten Anleitung zum Falschlesen und mit einer Aufforderung zum Handeln. Sie haben Teilnehmer der Elmayer Tagung mit latent erpresserischen Vorwürfen überschüttet, dass sie *in situ* nicht so exzentrisch wie Sie auf meine Rede reagiert hatten. Sie haben bei einem Mitarbeiter der *ZEIT* sowie bei einem Autor des *Spiegels* Alarmartikel in Auftrag gegeben, bei denen Ihr Name nicht fallen sollte. Zuerst blies Ihr Schüler Assheuer ins Horn, dann hat auch der Mohr seine Schuldigkeit getan.”

²²⁷ HABERMAS, J., “Post vom bösen Geist”, *Die Zeit*, 38/1999. Disponible en: http://www.zeit.de/1999/38/Post_vom_boesen_Geist. Consultado el 15 de mayo de 2015.

²²⁸ Hay autores que afirman que Habermas jamás ha reconocido que la obra “El

siguió presentándose en los diversos medios de comunicación durante algún tiempo más.²²⁹ La polémica se acaloró aún más con la portada del *Spiegel*, de 27 de septiembre de 1999, en la cual aparecían las imágenes del Superhombre, de Nietzsche, de la Oveja Dolly y de Adolf Hitler, entre otros.²³⁰ El título de la portada, dedicada a la polémica, fue “El proyecto genético del Super-hombre: Hitler, Nietzsche, Dolly y la nueva querrela de los filósofos”²³¹, incurriendo en una aparente distorsión del *Übermensch* de Nietzsche, para aproximarlos a los personajes de los *comics*.

El alboroto ocasionado por la exposición de SLOTERDIJK, y especialmente la denominada “polémica HABERMAS-SLOTERDIJK”, acabó reforzando el debate sobre una serie de cuestiones relativas a la Biotecnología, principalmente las que permitan la mejora del ser humano, o incluso la modificación del genoma de la especie humana: una cuestión densamente polarizada (entre los que la defienden y los que la rechazan).

A pesar de la relevancia de dicha polémica, principalmente por el hecho de que incita a reflexionar sobre las genéticas, conviene – bajo pena de imprecisión científica – señalar que la ponencia de SLOTERDIJK fue muy distorsionada. Razón por la cual, en este sentido, conviene que no detengamos en una breve exposición de la elocución del filósofo en examen, a partir del libro en el que se plasmó.²³² SLOTERDIJK, en la exposición que dio origen a este apartado, caracteriza el humanismo como el fenómeno que establece la amistad mediante la escritura – presenta el libro como una carta a un destinatario a distancia. Delinea la

futuro de la naturaleza humana” consistiría en una crítica directa a Peter Sloterdijk. En este sentido *vid.* FREITAG, B., *Dialogando com Jürgen Habermas*, Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 2005, pp. 221-230.

²²⁹ También con entrevistas concedidas en Brasil, sobre el tema *vid.* ALMEIDA MARQUES, J., “Sobre as regras para o parque humano de Peter Sloterdijk”, *Revista Internacional de Filosofia e Práticas Psicoterápicas*, São Paulo (PUC), Vol. IV n. 2, 2002, pp. 363-381.

²³⁰ La portada “Der Spiegel 39/1999”, publicada el 27 de septiembre de 1999, está disponible en: <http://www.spiegel.de/spiegel/print/d-14838490.html>.

²³¹ En el original: “Gen-Projekt Übermensch Hitler, Nietzsche, Dolly und der neue Philosophen-Streit”.

²³² SLOTERDIJK, P., *Regras para o parque humano*, *cit.*

sociedad literaria como una oposición al salvajismo. Apunta el humanismo como un desembrutecimiento del ser humano, que está vinculado al ejercicio de una inhibición (hábito de la lectura como capaz de domesticar) en oposición a la desinhibición (teatros). Apunta el autor la relevancia no sólo de las cartas, sino de sus intérpretes, para que se haga posible una amistad a distancia. Declara SLOTERDIJK que “en la perspectiva erotológica, la hipotética amistad de los escritores de libros y de cartas con los receptores de sus mensajes representa un caso de amor a distancia – y este es exactamente en el sentido de Nietzsche, que sabía que la escritura es el poder de transformar el amor hacia el próximo o a lo que está más próximo en el amor a la vida desconocida, distante, aún venidera.”²³³ Apunta el autor que este modelo de amistad, que históricamente se firmó, cayó en desuso con la llegada de una moderna sociedad de masas, donde se establecieron nuevas bases “post-literarias, post-epistolares y, por tanto, post-humanistas.”²³⁴ Se observa que este “post-humanismo” es utilizado por el autor en el sentido de que, en las sociedades modernas la comunicación supera las fronteras del texto (por ejemplo, la radio, la televisión e internet), reduciendo las amistades derivadas de la escritura).

SLOTERDIJK, a diferencia de lo que le fue imputado, no hace ninguna defensa a la producción en laboratorio de seres súper-humanos (lo que le puede haber sido atribuido ante la visión descontextualizada de la utilización en el discurso del término *Übermensch*²³⁵). Sin embargo, hay referencias en su elocución en cuanto a las “posibilidades”, debido a la aplicación de la ingeniería genética y otras biotecnologías, de futuros inciertos. El autor, en suma, reconoce el deber de plantear las genéticas, ya que al tratarse de una realidad, las reflexiones no

²³³ SLOTERDIJK, P., *Regras para o parque humano, cit.*, pp. 9-10.

²³⁴ SLOTERDIJK, P., *Regras para o parque humano, cit.*, p. 14.

²³⁵ Término alemán, utilizado por Nietzsche para caracterizar un “más allá del bien y del mal”, haciendo alusión a la transvaloración de los valores y a un proceso continuo de superación. Sobre el tema *vid.* NIETZSCH, F., *Assim falava Zarathustra*, Tradução de José Mendes de Souza. EbookBrasil.org, 2002.

pueden realizarse como en épocas en las que las personas no detenían opciones y dejaban el tema “en manos de la naturaleza”. Apunta el autor que la abdicación no sería una opción válida.

De la “polémica” aquí aludida, resulta relevante – hasta este punto de la investigación – la demostración de que los temas relativos a la Biotecnología, principalmente las tecnologías aplicadas al material genético que permitan modificar la realidad o la propia esencia del ser humano, deben ser observados por la Filosofía y por la Filosofía del Derecho. Dado que tales estudios merecen ser acompañados de los debidos cuidados (que atraviesan por la adecuada comprensión de la Biotecnología – expuesta en el Capítulo Primero), para poder analizar el fenómeno denominado transhumanismo, y entender el significado del afirmado “post-humano”, aproximando las genéticas humanas al Derecho y a la realidad.

2.1.2. El “post-humano”

En la segunda parte de este Capítulo vamos a bordar el tema desde una perspectiva filosófica-sociológica, y analizaremos las potencialidades de la puesta en práctica de algunas genéticas.

El arte suele presentar – en las representaciones imaginarias de los tiempos, presente y futuro - la existencia de seres pintorescos. A veces la ciencia ficción exhibe a los interlocutores la figura de los *cyborgs*²³⁶, de los clones, o incluso de seres especialmente diseñados a

²³⁶ SOUZA COUTO, E., *Corpos voláteis, corpos perfeitos: estudos sobre estéticas, pedagogias e políticas do pós-humano*, Salvador, EDUFBA, 2012, p. 20: “(...) el *cyborg* es un organismo cibernético, un híbrido de máquina y organismo especiales apropiados para los tiempos en los que vivimos, un compuesto biológico-técnico: una parte es dada, otra es construida; una criatura de la realidad social y también de ficción.”

partir de nuevas tecnologías.²³⁷⁻²³⁸ Historias que presentan diversos avances que, entre un mar de posibilidades, permiten la fusión de la tecnología con el cuerpo humano. Mundos permeados por nuevas ideas y nuevas posibilidades derivadas de la confluencia de diversas tecnologías - identificadas por las mentes más creativas. Obras que demandan la visión y reflexión sobre la superación de la idea de que las criaturas manufacturadas deberían, necesariamente, ser máquinas, así como de que la inteligencia artificial podría ser realizada en un cuerpo estrictamente mecánico.²³⁹ Se deduce la simbiosis.

A partir del arte se da el primer paso del camino hacia la interpretación de la Biotecnología, principalmente cuando se aplica al campo humano y supera el contexto de un simple proceso y producto para alcanzar el espectro de una modalidad de capacitación del capital humano.²⁴⁰ La Biotecnología humana hace que el hombre sea capaz de asumir el control sobre su vida, permitiéndole desatarse de las amarras que le eran impuestas y reduciendo, sensiblemente, la sujeción a un

²³⁷ SILVA, T., “Nós, ciborgues: o corpo elétrico e a dissolução do humano”, en SILVA, T. (org.), *Antropolgia do ciborgue: as vertigens do pós-humano*, Belo Horizonte, Editora Autêntica, 2000, p 13-14: “Implantes, trasplantes, injertos, prótesis. Seres portadores de órganos ‘artificiales’. Seres genéticamente modificados. Anabolizantes, vacunas, psicofármacos. Estados ‘artificialmente’ inducidos. Sentidos farmacológicamente intensificados: la percepción, la imaginación, la tensión. Super-atletas. Super-modelos. Super-guerreros. Seres ‘artificiales’ que superan, localizada y parcialmente (por en cuanto), las limitadas calidades y las evidentes fragilidades humanas. Máquinas de visión mejorada, de reacciones más ágiles, de coordinación más precisa. Máquinas de guerra mejoradas por un lado y otro de la frontera: soldados y astronautas casi ‘artificiales’; seres ‘artificiales’ casi humanos. Biotecnologías. Realidades artificiales. Clonaciones que confunden las distinciones entre reproducción humana y reproducción artificial. Bits y bytes que circulan, indistintamente, convirtiéndolos igualmente en indistintos: cuerpos humanos-eléctricos.”

²³⁸ DICK, P. K., *Androides sonham com ovelhas elétricas?*, São Paulo, ALEPH, 2012.

²³⁹ SILVEIRINHA CASTELLO BRANCO, P., “Imagem, corpo, tecnologia. Um novo sujeito pós-humano?”, en *Atas do II Encontro Anual da AIM*, editado por Tiago Baptista e Adriana Martins, Lisboa, AIM, pp. 27-39. Disponible en: <http://aim.org.pt/atas/pdfs-Atas-IIEncontroAnualAIM/Atas-IIEncontroAnualAIM-03.pdf>. Consultado el 12 de mayo de 2015.

²⁴⁰ Sobre la biotecnología y su proximidad con la capacidad humana *vid.* PESSINI, L., “Bioética e o pós-humanismo”, en PESSINI, L.; SIQUEIRA, J.; SAAD HOSSNE, W. (orgs), *Bioética em tempo de incertezas*, São Paulo, Centro Universitário São Camilo, Loyola, 2010.

“juego de dados” de la naturaleza. El arte, en toda su previsión, suele dejar claro que la tecnología puede utilizarse para diversos propósitos, siendo estos, en efecto, determinados por el hombre (y no por la propia técnica). Se evidencia, incluso en escenarios ficticios y/o futuristas, que los objetivos de la tecnología no derivan de ella, o incluso de los poderes en ella contenidos, sino que derivan de sus usuarios. Los seres humanos (demasiado humanos²⁴¹) son los que dictan los rumbos de las nuevas biotecnologías, principalmente ante la potencialidad de esmero del propio hombre.

El término “post-humano” fue presentado en el año 1977 por Ihab Hassan²⁴², como identificador del odio del hombre sobre sí mismo. El autor trabajó con la idea de que algo más allá de lo humano derivaría de la insatisfacción del hombre consigo mismo. A pesar de su primera aparición en la década de los setenta del siglo XX, el término estuvo hibernado hasta mediados de los años noventa, cuando de los avances de las tecnologías emergieron nuevos debates, cuando filósofos, científicos y artistas comenzaron a utilizarlo en el ámbito de los fenómenos derivados de los más recientes avances tecnológicos, principalmente en la previsión de una hibridación entre hombre y máquina. El término así trabajaba con la transposición de la ontología tradicional, identificando nuevos límites físicos y psíquicos que delineaban la noción de lo humano. Tiempo en el que emergen debates sobre la posibilidad de construir computadoras con inteligencia artificial, el *interface* hombre-máquina en el que se crearían seres super-inteligentes o incluso la expansión del intelecto humano y/o otras características por la Biotecnología. El post-humano, por lo que se puede deducir, consistiría en

²⁴¹ NIETZSCHE, F., *Humano, demasiado humano*, Tradução de Paulo Cesar de Souza, São Paulo, Companhia de Bolso, 2005.

²⁴² HASSAN, I., “Prometheus as Performer: Toward a Posthumanist Culture?”, *The Georgia Review*, vol. 31, n. 4 (winter 1977), pp. 830-850. Disponible en: <http://www.jstor.org/stable/41397536>. Consultado el 24 de mayo de 2015.

la pérdida de singularidad, en la medida en que el hombre dejaría de ser aquél ofrecido por la naturaleza.

MORAVEC²⁴³, en 1988, se manifestó a favor de reconocer un posible mundo “post-biológico”. Espacio de elocución, en que proponía la liberación del pensamiento esclavizado a un cuerpo mortal, cuando el término “post-humano” ganó fuerza en los estudios filosófico-sociológicos. En los años 90 del siglo pasado, STELAC presentó, en su arte, la idea de cuerpo obsoleto. Partió el artista de la defensa de que el cuerpo humano, en lugar de una mera “imposición natural”, asumiría la condición de un objeto de proyecto que tendría como finalidad una nueva conciencia del mundo. Afirmación que se basó en la idea de que el hombre buscaría, o venía buscando, una mayor autonomía y eficiencia energética, así como un incremento en su capacidad intelectual. Defendía así que el hombre debería superar sus limitaciones.²⁴⁴ COUTO sostiene que el término post-humano, a partir de los años 1990, recibió diversas connotaciones. Sin embargo, se utiliza esencialmente para apuntar a una construcción y reconstrucción del cuerpo humano, una simbiosis entre el hombre y la máquina.²⁴⁵

Así, a pesar de una cierta elasticidad en el uso del término “post-humano”, se desprende un núcleo esencial en el uso de la noción de un ser humano desarrollado por la tecnología. Este término guarda una proximidad con la idea de un cuerpo humano desarrollado, es decir, una condición humana ampliada. Y es por ello que se utiliza comúnmente para caracterizar los estudios que aspiran a incorporar, intercambiar y sustituir las características esencialmente humanas a través de las tecnologías. En esta investigación asume también un aspecto relevante la visión del

²⁴³ MORAVEC, H., *Mind Children: The Future of Robot and Human Intelligence*, Cambridge, Harvard University Press, 1988.

²⁴⁴ STELAC, “Das estratégias psicológicas às ciberestratégias: a protética, a robótica e a existência remota”, en DOMINGUES, D. (org.), *A arte no século XXI: a humanização das tecnologias*, São Paulo, Editora Unesp, 1997, p. 57.

²⁴⁵ SOUZA COUTO, E., *Corpos voláteis, corpos perfeitos*, cit., p. 27:

término que interpreta una realidad inherente a una constante condición transitoria que refleja la puesta en práctica de la tecnología. Desde la fluidez de la *interface* entre hombre y tecnología, que se identifican con la contemporaneidad (por ejemplo, mediante técnicas cada vez más apuradas de ingeniería genética humana) podemos reflejar y constatar una posible y eventual alteración de la naturaleza humana. En las palabras de FULLER²⁴⁶: el ser humano 1.0 era el biológico, el 2.0 es el post-humano (más que humano).

Esta interacción entre lo biológico y lo tecnológico, a pesar de que pueda parecer algo distante, o incluso un ejercicio de futurología, representa de hecho una realidad. El ser humano, por ejemplo, convive con los procedimientos de cirugía plástica (embellecedora y reconstructiva), que a menudo implican la inclusión, en el cuerpo humano, de materiales considerados como innaturales. El uso de prótesis con fines terapéuticos es una realidad muy conocida – se observan seres humanos dotados de “partes” construidas con titanio, silicona u otro material industrial. Un hombre manufacturado – formado ya no por elementos estrictamente naturales. Un hombre que detenta un “hipercuerpo” deja de ser un ejercicio de imaginación. Y, lo más interesante, materiales corpóreos humanos que transitan por el mundo exterior, ocasionando una red de intercambio de órganos, células y moléculas (tránsito al que aludiremos en los Capítulos siguientes).²⁴⁷

La tecnología deja al hombre una vasta gama de poderes, que a su vez implican complejas idealidades sobre lo que es el ser humano. Se presenta un mundo nuevo, en que se vislumbra la posibilidad de

²⁴⁶ FULLER, S., *Humanity 2.0*, UK, Palgrave Macmillan, 2011.

²⁴⁷ LÉVY, P., *O que é o virtual*, São Paulo, Editora 34, 2007, p. 30: “Una sangre desterritorializada corre de cuerpo en cuerpo a través de una enorme red internacional de la cual ya no se pueden distinguir los componentes económicos, tecnológicos y médicos. El fluido rojo de la vida irriga un cuerpo colectivo, sin forma, disperso. Haciendo eco en el hipercórtex que expande hoy en día sus axones por las redes digitales del planeta, el hipercuerpo en la humanidad extiende sus tejidos quiméricos entre la epidermis, entre las especies, más allá de las fronteras y de los océanos, de un margen a otro del río de la vida.”

coexistencia con los seres híbridos – ya no humanos, o tal vez “más que humanos” -, entre otras posibilidades. Un mundo ya no limitado a lo humano como conocido hasta entonces, sino relativo a la posibilidad de establecer una heterogeneidad orgánica. Un mundo en el que hay convergencia tecnológica, donde se supera la evolución biológica para alcanzar una evolución técnica, en la cual lo humano cedería territorio al ámbito “post-humano”.²⁴⁸ Un tiempo en el que nos planteamos: puesto que es posible establecer un ser humano perfeccionado, ¿por qué éste no debería existir?.

El mundo se permea de una nueva realidad. Una realidad anunciada por FOUCAULT²⁴⁹ en la que lo “humano” asume la posición del tema que nos hace meditar. Al plantear las potencialidades de las biotecnologías humanas, hay quien defiende que el humanismo puede encontrar su término, posiblemente caracterizado en los signos con la adición del prefijo *post*. Independientemente de una concordancia, o no, con el término “post-humanismo”, lo cierto es que la doctrina reconoce el fin de una época de la historia humana (algunos apuntan en el fin de los fines). De modo más pronunciado LECOURT sostiene que la humanidad habría expulsado a sí misma de su ser, caracterizando una deshumanidad.²⁵⁰ El autor destaca que “debido a estos nuevos métodos de creación, de ahora en adelante seremos incitados a modificar incluso el concepto que cada uno de nosotros puede formular sobre sí mismo, en cuanto ser humano.”²⁵¹ Emerge el reconocimiento de que la tecnología puede modificar lo que en un dado momento se consideró como las bases intangibles de la naturaleza humana.

²⁴⁸ SOUZA COUTO, E., *Corpos voláteis, corpos perfeitos, cit.*, p. 25.

²⁴⁹ FOUCAULT, M., *As palavras e as coisas: uma arqueologia das ciências humanas*, Tradução de Salma Tannus Muchail, 8 ed., São Paulo, Martins Fontes, 2000.

²⁵⁰ LECOURT, D., *Humano pós-humano: a técnica e a vida*. Tradução de Luiz Paulo Rouanet, São Paulo, Loyla, 2005, p. 13.

²⁵¹ LECOURT, D., *Humano pós-humano, cit.*, p. 15.

En la historia de la humanidad muchas fueron las versiones de lo humano, descritas y formuladas desde las diversas perspectivas: desde el Derecho, de la Filosofía, de la Sociología, de la Política, de la Biología, entre otras. Versiones que de hecho no se construyeron en sólo un día, cuanto menos con respecto a la visión del hombre a partir de un único día. Versiones que en efecto nunca se presentaron exentas de errores, dramas y convulsiones. Por lo que resulta legítimo preguntarse si ¿sería posible refutar sin más una rebuscada concepción de lo humano? Aquí conviene destacar que en esta investigación el surgimiento del término “post-humano” no se ha tratado en un contexto negativo (peyorativo), sino con tintes de optimismo (por los que identificaban la tecnología de superación de las dificultades y discapacidades humanas como algo positivo). Dado que una connotación negativa (o incluso catastrófica) emergió, en momento posterior, de posiciones “biocatastróficas”. Aquí una constatación (sin ningún juicio de valor): la delimitación de lo “post-humano” evolucionó del optimismo hacia el catastrofismo.²⁵²

Se constata, por tanto, la ausencia de un concepto único para lo “post-humano”, así como la imposibilidad de extraer una línea filosófica única para el ámbito del tema. En razón de la ambivalencia, nos ocuparemos de caracterizar una perspectiva bioconservadora (2.1.2.1), así como de una altamente permisiva para la puesta en práctica de las genéticas humanas (2.1.2.3), hasta llegar a una toma de posición personal.

2.1.2.1. Perspectiva bioconservadora

La perspectiva bioconservadora tiene como mayor exponente a FUKUYAMA²⁵³. Los bioconservadores suelen observar las

²⁵² LECOURT, D., *Humano pós-humano*, cit., pp. 39-40.

²⁵³ FUKUYAMA, F., *Our posthuman future*, cit..

potencialidades de las nuevas biotecnologías humanas a fin de alertar de los riesgos procedentes de su puesta en práctica. Los bioconservadores apuntan que lo humano corre el riesgo de abandonar su humanidad – lo que acabaría conduciendo a la condición de lo “post-humano”. Un proceso de transformación del hombre que tuvo inicio con el surgimiento y expansión de las tecnologías de información – que modificaron sensiblemente la sociedad²⁵⁴⁻²⁵⁵, y que tiene su potencial drásticamente ampliado a causa de la “revolución biotecnológica”.²⁵⁶ En suma, para los bioconservadores el hombre corre el riesgo de dejar de ser aquel humano hasta entonces conocido – tal como había previsto HUXLEY²⁵⁷. Autores que entienden que existen condiciones esenciales de lo humano que acaban por ser denegadas por el poshumanismo. En este sentido se manifiesta BALLESTEROS, que al refutar el poshumanismo, recorre un trayecto basado en nociones religiosas para defender que, incluso, el sufrimiento humano es atributo de su humanidad.²⁵⁸

Los bioconservadores, a pesar de que en su mayoría no refuten los avances tecnológicos empleados en la cura de las enfermedades, se aproximan a la posición de BALLESTEROS, en el sentido de que existen males incurables (o al menos deberían ser vistos como incurables) justamente para fines de subsistencia de las condiciones esenciales de lo humano. FUKUYAMA se posiciona expresamente contra el uso de la tecnología que se dirige, o implique, una modificación de la naturaleza

²⁵⁴ PESSINI, L., “Bioética e o pós-humanismo”, *cit.*, p. 225.

²⁵⁵ BELLOSO MARTÍN, N., “La protección de los derechos fundamentales en la era digital: su proyección en la propiedad intelectual”, *CEFD*, nº 18, 2009.

²⁵⁶ Sobre el tema *vid.* BOSTROM, N.; SANDBERG, A., “The wisdom of nature: an evolutionary heuristic for human enhancement”, en SAVULESCU, J.; BOSTROM, N. (Eds.), *Human enhancement*, Oxford: Oxford University Press, 2009, pp. 375-416; JOTTERAND, F., “At the roots of transhumanism: from the Enlightenment to a post-human future”, *Journal of Medicine and Philosophy*, v. 35, n. 6, 2010, p. 617-621; VILAÇA, M.; MARQUES DIAS, M., “Transhumanismo e o future (pós)humano”, *Physis Revista de Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, 24 [2], 2014, p. 341-362.

²⁵⁷ HUXLEY, A., *Admirável mundo novo*, *cit.*.

²⁵⁸ BALLESTEROS, J., “Más allá de la eugenesia: el posthumanismo como negación del *homo patiens*”, en *Cuadernos de Bioética*, XXIII, 2012/1^a, pp. 20-21.

humana, bajo el argumento de que ésta podría afectar a la dignidad de la persona humana. El autor parte de una postura social-política fuertemente contraria a la puesta en práctica de nuevas biotecnologías orientadas a la mejora del ser humano.

Conviene señalar que no somos partidarios de una postura ampliamente refractaria a las nuevas biotecnologías humanas, cuanto menos entendemos que estas últimas deben ser vislumbradas como una imposición de un estado poshumano. Concretamente, en el presente estudio, no se corroboran las posiciones como la sustentada por BALLESTEROS²⁵⁹ y KASS²⁶⁰, que se aproximan a problemas de salud humana, o incluso a sus deficiencias, como un atributo metafísico que carezca de respeto. Por el contrario, defendemos que el hombre debe buscar su dignidad, incluso mediante el uso de las nuevas biotecnologías. Así, la postura bioconservadora, fundada esencialmente en el mantenimiento de la “naturaleza humana” o en aspectos estrictamente religiosos, aquí brevemente presentada, no es la adoptada para el desarrollo de esta investigación.

2.1.2.2. Perspectiva transhumanista

El transhumanismo fue descrito por MORE²⁶¹ como una clase de filosofías que orientan al hombre en el camino de lo post-humano - en

²⁵⁹ BALLESTEROS, J., “Más allá de la eugenesia: el posthumanismo como negación del *homo patiens*”, *cit.*

²⁶⁰ Kass, L., “Ageless Bodies, Happy Souls: Biotechnology and the Pursuit of Perfection”. *The New Atlantis*, 2003, p.1: “A maioria das dádivas concedidas pela natureza possuem as suas próprias naturezas, específicas da espécie: são cada uma de um dado tipo. Baratas e humanos igualmente recebem dádivas, mas têm naturezas diferenciadas. Transformar um homem em uma barata – como não precisamos de Kafka para nos mostrar – seria desumanizante. Tentar tornar um homem em algo mais do que um homem poderia também o ser. Precisamos mais do que uma apreciação genérica pelas dádivas da natureza. Precisamos ter uma particular consideração e respeito pela dádiva especial que é a nossa própria natureza dada.”

²⁶¹ MORE, M, *Transhumanism: toward a futurist Philosophy*, 1990.

cuanto comprometido con el progreso. Apunta el autor una diferenciación con respecto al humanismo, en la medida en que reconoce las posibles modificaciones en la naturaleza y las posibilidades de alteración en la vida debido a las nuevas tecnologías. Un proceso continuo inherente a una expansión ilimitada del ser humano, concentrado en la ambición de superación de los límites. Según este autor, el transhumanismo consistiría en una filosofía de posibilidades y deberes de esmero físico, mental y social mediante procesos racionales.

Los intentos de establecer algún tipo de definición del transhumanismo son diversos; sin embargo, sin que se observe una mayor precisión, tal como reconoce BOSTROM²⁶². El autor, en el intento de trabajar con una delimitación del transhumanismo lo acaba atribuyendo la condición de un movimiento de interpretación y valoración de las posibilidades de mejora del ser humano mediante las nuevas tecnologías.²⁶³ A su vez, HUGHES²⁶⁴ lo define como el uso de la razón para transponer las limitaciones humanas. A pesar de la inexistencia de un concepto único, los más diversos autores tratan el transhumanismo como un medio de eliminación de las enfermedades, de mejora del cuerpo y de la mente, del prolongamiento de la vida y del alejamiento de una serie de límites humanos.²⁶⁵

²⁶² BOSTROM, N.; SANDBERG, A., "The wisdom of nature: an evolutionary heuristic for human enhancement", en SAVULESCU, J.; BOSTROM, N. (Eds.), *Human enhancement*, Oxford, Oxford University Press, 2009, pp. 375-416.

²⁶³ BOSTROM, N., *What is transhumanism?* Disponible en: <http://www.nickbostrom.com/old/transhumanism.html>. Consultado el 20 de mayo de 2015.

²⁶⁴ HUGHES, J., *The politics of transhumanism*, Março de 2002. Disponible en: <http://www.changesurfer.com/Acad/TranshumPolitics.htm>. Consultado el 20 de mayo de 2015.

²⁶⁵ Transhumanist Declaration, 2009. Disponible en: <http://humanityplus.org/philosophy/transhumanist-declaration/>. Consultado el 15 de mayo de 2015; ERSSON, I.; SAVULESCU, J., "Moral transhumanism". *Journal of Medicine and Philosophy*, v. 35, n. 6, 2010, p. 656- 669; PEARCE, D, "Transhumanism 2011", *Interview with Aron Vallinder* (Människa plus). Disponible en: <http://www.hedweb.com/transhumanism/overview2011.html>. Consultado el 13 de mayo de 2015; JOTTERAND, F., "At the roots of transhumanism: from the Enlightenment to a post-human future", *cit*, pp. 617-621; FUKUYAMA, F.,

La Declaración Transhumanista,²⁶⁶ establece los principios del movimiento. Un texto en el cual se defiende que el ser humano está efectiva y continuamente afectado por las diversas tecnologías, y que aquél puede ser muy beneficiado por éstas. Presenta el transhumanismo como un medio de superación de las discapacidades físicas y psíquicas, del envejecimiento humano, y, por así decir, del sufrimiento involuntario muchas veces impuesto a la especie. Abarca un esfuerzo de investigación multidisciplinar, con especial enfoque en el campo de la Biotecnología humana, con el fin de analizar, calcular, administrar los riesgos y acelerar las técnicas con fines benéficos. Un método que se afirma preocupado por todas las cuestiones políticas vinculadas a las nuevas tecnologías, que aspira a garantizar el respeto a la autonomía privada individual y el bienestar del hombre. Así, un movimiento que afirma, primordialmente, la evolución tecnológica de mejora de la vida humana, así como la amplia disponibilidad de aquéllas y la garantía de la libertad de su uso.

Se deduce que los transhumanistas trabajan desde una nueva modalidad de iluminismo. Un renovado movimiento racional dirigido a una evolución de la especie humana mediante el uso de las evoluciones tecnológicas: un “iluminismo biológico”. El movimiento atribuye al hombre, a partir de criterios racionales, una auto-tutoría. Alejando la naturaleza del gobierno sobre la especie humana – naturaleza que es vista, por los transhumanistas, como un comandante desorganizado que impone un lento ritmo al proceso evolutivo -, para invertir al propio hombre.²⁶⁷ Atribuye al ser humano la dirección de la mejora sobre la propia vida. Queda así manifiesto que el transhumanismo es un movimiento derivado

“Transhumanism: the world’s most dangerous idea?”, *Foreign Policy*, v. 144, September 1, 2004, pp. 42-43.

²⁶⁶ Transhumanist Declaration, 2009. Disponible en: <http://humanityplus.org/philosophy/transhumanist-declaration/>. Consultado el 15 de maio de 2015.

²⁶⁷ DUPUY, J-P, “O transumanismo e a obsolescência do homem”, en NOVAES, A. (Org.), *A condição humana: as aventuras do homem em tempos de mutações*, São Paulo, Agir, 2009, pp. 89-122.

del humanismo secular (en la medida en que pueden hoy en día considerarse como “humanistas racionales”²⁶⁸).

Los transhumanistas apuntan que las características humanas, incluso las biológicas, deben sufrir alteraciones que proporcionen salud, felicidad y vida larga. Una visión que concretamente guarda una íntima relación con el utilitarismo.²⁶⁹ Reflexión que es validada a partir de la visión de la acertada tabla de valores transumanista propuesta por BOSTROM²⁷⁰. Tabla donde queda establecido como valor central del transhumanismo la posibilidad de explorar los campos de lo transhumano y post-humano, dado que sus condiciones básicas serían la seguridad global, el progreso tecnológico y la libertad de elección. Presenta, también, lo que BOSTROM denomina valores derivados, que serían: a) la inexistencia de algo erróneo en adulterar - rechazo a la idea de arrogancia -; b) la libertad individual en el uso de tecnologías de mejora – libertad morfológica -: c) la paz y la cooperación internacional; d) el aumento de la interpretación, mediante el estímulo del debate público, pensamiento crítico, entre otros medios; e) el aumento de la inteligencia individual y colectiva, mediante la tecnología; f) el falibilismo filosófico, abriendo espacio al reexamen de supuestos hechos a medida en que la tecnología avanza; g) la diversidad (especies, razas, credos, entre otros); h) el bienestar; i) el salvar vidas, mediante procedimientos de extensión de la vida, investigaciones sobre antienvjecimiento, criogenia, entre otros. Finalmente, incluso los transhumanistas reconocen la existencia de riesgos derivados de la puesta en práctica de las nuevas tecnologías sobre el ser humano y toman en consideración la posibilidad real de incidencia de los daños.

²⁶⁸ YOUNG, S., *Designer evolution: a transhumanist manifesto*, New York, Prometheus Books, 2006.

²⁶⁹ Sobre el principio de la máxima felicidad *vid.* SANDEL, M., *Justiça: o que é fazer a coisa certa*, Tradução para o português de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo, 12^a ed., Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2013, pp. 43-74.

²⁷⁰ BOSTROM, N., “Transhumanist Values”, *cit.*, p. 87-101.

Conviene destacar que, también entre los transhumanistas, no existe un consenso como la obligación o no de imposición de mejora al ser humano.²⁷¹ Uno de los científicos transhumanista que defienden la existencia de una verdadera obligación de la aplicación de la Biotecnología para alcanzar una mejora del ser humano, es HUGHES.²⁷² Por otro lado, hay otros autores como BOSTROM²⁷³ y SANDBERG²⁷⁴ que defienden enérgicamente la libertad morfológica (de elección individual con respecto al esmero humano). Diversidad de opiniones que en primer lugar podrían aparentar que no son relevantes, hasta que se encuentren con el interrogante de SANDEL²⁷⁵: la opción por no adherirse a la mejora humana no podría, en un cierto momento, ¿ser vista como algo que podría generar una nueva modalidad de prejuicios? En un futuro, ¿habría respeto a las condiciones de salud (o falta de ésta) de la persona que optó por no estar de acuerdo con la mejora humana (propia o de sus descendientes)? Aquí queda se evidencia que la dificultad con respecto al transhumanismo no queda adscrita al espectro conceptual, sino que también se refiere a la propia dimensión de la puesta en práctica de las tecnologías y su influencia sobre el hombre y la humanidad.

Al delinear no sólo los contornos del transhumanismo, sino también una interpretación sobre su influencia en el derecho contemporáneo – en cuanto fenómeno filosófico – tenemos que analizar la propuesta realizado por FULLER. El autor, en la obra *Humanidad 2.0*²⁷⁶, presenta una serie de interesantes posiciones sobre el mundo, la tecnología, el hombre y la humanidad. Posiciones que no sólo desvelan algunos de los rasgos

²⁷¹ VILAÇA, M., *Melhoramentos humanos, no plural. Pela qualificação de um importante debate filosófico*, *Kriterion*, Belo Horizonte, no prelo, 2014; VILAÇA, M., “Qual natureza humana? Que aperfeiçoamento? Qual futuro? Reflexões em torno do conceito de natureza humana ampliada”, *Ethic@*, Florianópolis, v. 12, n. 1, jun. 2013, pp. 25-51.

²⁷² HUGHES, J., *The politics of transhumanism*, *cit.*.

²⁷³ BOSTROM, N., “Transhumanist Values”, *cit.*.

²⁷⁴ SANDBERG, A., *Humanism as core value of transhumanism*. Disponible en: <http://www.tecnoumanisti.org/sandberg.htm>. Consultado el 12 de mayo de 2015.

²⁷⁵ SANDEL, M., *Contra a perfeição*, *cit.*.

²⁷⁶ FULLER, S., *Humanity 2.0*, *cit.*.

significativos del denominado transhumanismo, sino que conllevan interesantes reflexiones filosóficas y de Filosofía del Derecho. El autor, al pretender presentar lo “humano 2.0”, aclara que este “nuevo ser” no se desinteresa por el “humano 1.0”. Alerta el autor que el “humano 1.0” sería aquel que se establece en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, dotado de un “cuerpo humano natural” – a pesar de afirmar que la auto-experimentación o incluso los tratamientos médicos considerados como normales (o socialmente aceptables) pueden, aunque sutilmente, alejar al ser de la “naturalidad”.

Al pretender profundizar la cuestión, Steve Fuller defiende que lo humano consistiría esencialmente en un concepto (o incluso en una capacidad) definida y protegida por el derecho. Apunta que lo humano, en el mundo jurídico, asume la condición de algo determinado y que de esta determinación derivan los términos de la vida de cada hombre – especialmente debido a la igualdad material entre las personas. Se deduce en este punto que el autor entiende que el transhumanismo sería la mejor forma de comprender al hombre coexistente con las demás formas de vida del planeta, lo que por sí mismo lo definiría como un fenómeno más denso y contemporáneo que el humanismo (con respecto al post-humanismo). Discurso realizado por el autor a partir de la idea de que el humanismo consistiría en una educación para el ser humano y la humanidad, una noción de humano en la comunidad, ambos sin precisar quién estaría dentro o fuera.

Por consiguiente, FULLER no restringe sus estudios al ámbito de la Biotecnología – esta restricción es realizada aquí para mantener la objetividad de la investigación -, sino que trabaja con la tecnología entendida como un todo. Así, para el transhumanismo figuras como el *cyborg* - término derivado de *cyber* (‘cibernético’) y *organism* (‘organismo’), - representa la interacción máquina-hombre que son objeto de atención, como se deduce, por ejemplo, de los estudios de

WARWICK.²⁷⁷ El autor deja claro en su obra que la transcendencia del cuerpo humano débil consiste en la plataforma de un transhumanismo (al menos de su noción del fenómeno), alejándose del fetiche de que el hombre debe mantenerse como “deseado por la naturaleza” – lo que, para el autor, no sería más que una herencia dejada por la religión relativa a que el ser humano es la imagen de Dios.

En suma, para sus adeptos, el transhumanismo consistiría en una forma de organización y potenciación del proceso evolutivo (tal y como ya se ha observado en la naturaleza de forma no eficiente). Ese fenómeno implica una convergencia para impedir que la ciencia y la tecnología se manifiesten de forma fragmentada. Y, lo que resulta más importante, desde este punto de vista, es que lo "post-humano" derivaría del alejamiento del hombre de la naturaleza. En efecto, tenemos que para los críticos se habría alejado bastante de la naturaleza, mientras que para el transhumanismo no se habría alejado demasiado.²⁷⁸ Así, los transhumanistas acaban asumiendo la postura defensiva del amplio uso de las nuevas tecnologías sobre el ser humano, sin que esto implique el desconocimiento de la existencia de riesgos de resultados indeseados, pero interpretan que estos riesgos son aceptables si se comparan con las posibles mejoras que pueden llegar a obtenerse (aquí es evidente la justificación utilitarista). Uno de los defensores más conocidos del principio de la proactividad es KURZWEIL, científico responsable de obras en el área de la salud, inteligencia artificial y transhumanismo, entre otras.²⁷⁹ Principio utilitarista que hace contrapunto al principio de precaución.

²⁷⁷ WARWICK, K., *I, Cyborg*, University of Illinois Press, 2004.

²⁷⁸ FULLER, S., *Humanity 2.0*, *cit.*.

²⁷⁹ Mayores informaciones sobre el científico pueden consultarse en su página en internet: <http://www.kurzweilai.net>. Sobre la defensa, por el autor, del principio de proactividad y su visión de futuro *vid.* KURZWEIL, R., *A era das máquinas espirituais*, Tradução para o português de Fábio Fernandes, São Paulo, Editora Aleph, 2007; KURWEIL, R., *Como criar uma mente: os segredos do pensamento*

Por lo tanto, conviene dejar claro que, a pesar de que en este estudio nos alejamos de una posición bioconservadora, no somos transhumanistas. El uso de la tecnología, concretamente de la biotecnología humana, de forma irrefrenable e ilimitada, no nos parece adecuado, cuanto menos defendible. Consideramos que las nuevas biotecnologías humanas, incluso las que eventualmente tengan el potencial de mejorar al ser humano, siempre que se destinen al libre desarrollo de la personalidad y a la garantía de la dignidad de la persona humana, merecen ser debatidas y ocasionalmente permitidas.

2.2. Algunos aspectos legales concernientes a la Biotecnología

2.2.1. Patentes de seres vivos

En este apartado, realizaremos una rápida visión de la “protección jurídica ofrecida a las invenciones”, principalmente las registradas con “patente” sobre los seres vivos. El sistema de “patentes” consiste en el establecer una relación entre el Estado y el inventor, en la medida en que el primero aspira a la publicidad de su invención con el fin de fomentar el desarrollo tecnológico – destinado al establecimiento del estado de la técnica – mientras el segundo pretende garantizar sus derechos sobre su creación.²⁸⁰ En esta relación *dualógica* al inventor se le atribuye una especie de privilegio, por un plazo de tiempo determinado que consiste en el impedir que otros puedan hacer uso comercial del invento (siempre que exista su divulgación).²⁸¹

humano, Tradução para o português de Marcello Borges, São Paulo, Editora Aleph, 2013.

²⁸⁰ CASADO, M., “Implicaciones ético-jurídicas de las patentes biotecnológicas”, en MAYOR ZARAGOZA, F.; ALONSO BEDATE, C. (coords.), *GEN-ÉTICA*, Madrid, Ariel, 2003.

²⁸¹ LUCÍDIO LEÃO BARCELLOS, M., “Patentes na area da Biotecnologia e Direitos Fundamentais.”, en BRAGA AVANCINI, H., LUCÍDIO LEÃO BARCELLOS, M.

La patentabilidad consiste en la posibilidad de establecer un registro protector de invenciones. Para que se haga posible la patente, de forma simple, debe tener como requisitos la novedad²⁸², la actividad inventiva²⁸³ y la inexistencia de un impedimento legal. En otras palabras, la patente consiste en la instrumentalización (titularidad) del bien incorpóreo (dominio). Aunque el tema de las patentes sobre seres vivos no es objeto de esta investigación, conviene hacer algunas precisiones al respecto.

2.2.1.1. Patentes de microorganismos vivos, plantas y animales

El tema sobre “patente de seres vivos” es bastante amplio, denso y complejo. No vamos a realizar un análisis pormenorizado de las “patentes”, sino una simple presentación que nos permita reflexionar acerca de la protección sobre los inventos relativos al material vivo. Como sabemos, el tema está regulado tanto por la legislación derecho internacional como por la nacional.

2.2.1.1.1. Donde todo tuvo inicio: la patente de materia viva en suelo americano

Vamos a realizar un breve recorrido histórico con algunas puntuales referencias a la patente de seres vivos en el escenario norteamericano. En EEUU, la patente de plantas ya estaba prevista en el *Plant Patent Act* de 1930 (35 E.U.A. Code § 161 – *Patents sea Plants*)²⁸⁴.

(org.), *Perspectivas atuais do direito de propriedade intelectual* [documento eletrônico], Porto Alegre, EDIPUCRS, 2009, p. 151.

²⁸² VIZZOTTO, A., *A função social das patentes sobre medicamentos*. São Paulo, LCTE Editora, 2010, p. 93.

²⁸³ DANNEMANN, G. [et al.], *Patentes e marcas no exterior : o que fazer? por que fazer? como fazer? : um guia prático sobre como proteger sua marca ou patente no exterior*, Rio de Janeiro, SEBRAE/RJ, 2004, p. 13.

²⁸⁴ 35 U.S. Code § 161: “Whoever invents or discovers and asexually reproduces any distinct and new variety of plant, including cultivated sports, mutants, hybrids, and newly found seedlings, other than a tuber propagated plant or a plant found in an

²⁸⁵ – lo que puede caracterizarse como un marco inicial de las patentes sobre seres vivos. En EEUU las patentes además de consistir en una materia objeto de previsión constitucional, son reguladas por una serie de reglamentos como los *Plant Patent Act*, *Plant Variety Protection Act*, *American Invent Act*, entre otros.

La patente, a pesar de estar contemplada en una antigua legislación relativa a las plantas, tiene como marco inicial de los debates sobre la patente de seres vivos la decisión de la Suprema Corte de EEUU en el caso *Diamon vs Chakrabarty* (1980)²⁸⁶ – primer reconocimiento de patente sobre una bacteria creada por el hombre. El caso versaba sobre la patente de una bacteria, desarrollada y producida mediante ingeniería genética, que “devoraba” el petróleo bruto. Característica ésta que se establecía en su potencial industrial, en la medida en que podría ser utilizada para la contención y limpieza del vaciado de petróleo. Es preciso referir que el Poder Judicial americano, en la aludida decisión, se manifestó en el sentido de que no existiría impedimento legal, en aquel Estado, para realizar patente de materia viva.

2.2.1.1.2. Harvard *mouse*: emblemática patente de animal transgénico

Una nueva fase en los debates sobre las patentes en el campo de la Biotecnología emergió con el caso del “ratón de Harvard”. En la Universidad de Harvard, Philip Leder y Timothy Stewart llevaron a cabo

uncultivated state, may obtain a patent therefor, subject to the conditions and requirements of this title.

The provisions of this title relating to patents for inventions shall apply to patents for plants, except as otherwise provided.”

²⁸⁵ ONWUEKWE, C. B., “Plant Genetic Resources and the Associated Traditional Knowledge”, *cit.*, p. 139: “(...) The United States was the first to blaze this expansionista trail whith the passing of the Plant Patent Act (PPA). (...)”

²⁸⁶ 447 US 303, 206 USPQ 193 (1980).

una investigación que consistía en insertar, en el ADN²⁸⁷ de un ratón de laboratorio, un gen humano hereditario y causante del cáncer. Se trataba de un procedimiento genético mediante el cual los investigadores crearon un animal con un elevado potencial para desarrollar una enfermedad característicamente humana.²⁸⁸ Ello incrementaba la posibilidad de estudiar un tumor maligno, lo que elevó el pequeño animal transgénico a una condición de extrema relevancia para las investigaciones dirigidas al cáncer y a su eventual cura.²⁸⁹

Esta investigación conllevó una disputas legales en las que acabó implicado el *Oncomouse*,²⁹⁰ de la empresa que financiaba los proyectos de investigación, la cual reivindicaba los derechos sobre los descubrimientos;²⁹¹ lo que determinó que las patentes (propiedad), relativas al “ratón transgénico”, fueran requisadas en EEUU, Canadá, Japón y en Europa, por la Universidad de Harvard.

En cuanto a EEUU, se registraron algunas patentes tales como la US4.736.866A, relativa a un mamífero transgénico no humano, cuyas células germinales y células somáticas contenían una secuencia recombinante *oncogene* activado²⁹² -; la US5.087.571A , relativa a métodos que permitían injertar células en animales transgénicos no-

²⁸⁷ Abreviatura del ácido desoxirribonucleico.

²⁸⁸ USA 4.736.866 A

²⁸⁹ BLAUG, S.; CHIEN, C.; SHUSTER, M. J., “Managing innovation: university-industry partnerships and the licensing of the Harvard mouse”, *Nature Biotechnology*, Volume 22, Number 6, June 2004, p. 761: “(...) The Oncomouse technology provides an important tool useful for the initial testing of many new and promising cancer treatments.(...)”

²⁹⁰ *Oncomouse* es una marca registrada por la empresa Du Pont.

²⁹¹ La empresa Du Pont había donado 6 (seis) millones de dólares para el proyecto de investigación de Harvard, hecho que le garantizó la licencia exclusiva sobre las invenciones. Sobre el tema *vid.* BLAUG, S.; CHIEN, C.; SHUSTER, M. J., “Managing innovation”, *cit.*, p. 761-763.

²⁹² “Recombinant activated oncogene; early transgenic animal patent.” Disponible en: <http://www.google.com/patents/US4736866>. Consultado el 12 de septiembre de 2014.

humanos;²⁹³ y la US5.925.803A, relativa a métodos de prueba haciendo uso de ratones transgénicos con el *oncogene*²⁹⁴. Las dos primeras patentes ya han expirado y la tercera expirará en el año 2016.²⁹⁵ Con relación al análisis de las solicitudes de registro, el *United State Patent Office* (USPO) basó la viabilidad de las patentes en los argumentos de que el animal que sufrió modificaciones genéticas consistiría en una obra del intelecto humano y que por eso no correspondería a ninguno que se encuentre en la naturaleza.

En cuanto a la solicitud de patente por parte de Europa, del *Harvard Oncomouse*, que recibió el indicativo 85304490.7, inicialmente fue denegada. La decisión inicial denegatoria se apoyó en la premisa de que los animales no podrían ser patentados. En un momento posterior, el Instituto de Patentes Europeo – que incluye las patentes de los signatarios de la Convención de Múnich sobre la Patente Europea - modificó su posición y adoptó la interpretación de que sería posible la patente del *Oncomouse*.²⁹⁶ Dicha autorización de patente dio lugar a una severa presión²⁹⁷, de diversos orígenes, sobre el Instituto de Patentes Europeo, que, por último, se manifestó en el sentido de que el “Ratón de Harvard” no consistía en una variedad de animal encontrado en la naturaleza, razón por la cual no estaría incluido en las normas prohibitivas de patentes. Desde el punto de vista ético y moral, el órgano echó mano

²⁹³ “Culturing cells containing recombinant activated oncogene sequence.” Disponible en: <http://www.google.com/patents/US5087571>. Consultado el 12 de septiembre de 2014.

²⁹⁴ “Testing method using transgenic mice expressing an oncogene.” Disponible en: <http://www.google.com/patents/US5925803>. Consultado el 12 de septiembre de 2014.

²⁹⁵ CROUCH, D., *Harvard's US OncoMouse Patents are All Expired (For the Time Being)*. Disponible en: <http://patentlyo.com/patent/2012/09/harvards-us-oncomouse-patents-are-all-expired-for-the-time-being.html>. Consultado el 17 de septiembre.

²⁹⁶ El texto completo de la decisión se puede consultar en el sitio oficial de la institución, o más concretamente, en el siguiente enlace: <http://www.epo.org/law-practice/case-law-appeals/pdf/t030315ep1.pdf>.

²⁹⁷ KLAFFKE, O.; ABBOTT, A., “Europeans protest against patente for Harvard mouse”, en *Nature: International weekly jornal of science*, Vol. 361, n. 6413, 1993, p. 574.

de un “criterio de equilibrio utilitarista”, al afirmar que los beneficios para el avance de la medicina derivados de la patente eran sensiblemente superiores a los perjuicios que deberían de soportarse. El órgano europeo acabó por hacer uso de las lagunas e interpretaciones destinadas a las normas aplicables (principalmente en lo que se refiere al artículo 52 y 53 de la Convención de Múnich sobre la Patente Europea), además de un argumento utilitarista no utilizado habitualmente por los órganos europeos, con el fin de confirmar la controvertida patente.

El “Ratón de Harvard” - en cada lugar con procesos y debates de diversos órdenes - tuvo su patente garantizada en Canadá, Japón, Bélgica, Dinamarca, Irlanda, España, Alemania, Finlandia, Francia, Grecia, Nueva Zelandia, Luxemburgo, Portugal, Suecia y Austria. Es decir, la Patente de vida animal dejó de ser un ejercicio de imaginación, o mero debate académico, para convertirse en una realidad en diversos países.

2.2.1.2. Patentes de material genético humano

El tema “patentes de material genético humano” posee una serie de facetas. Vamos a limitarnos a presentar una visión general del tema en diversos Estados, con el fin de demostrar que: 1) la patente de material biológico humano, al menos en algunos Estados, es una realidad; 2) el material genético humano, al ser patentable, puede ser objeto del derecho de propiedad. Para el desarrollo de este apartado se opta por el análisis de un caso americano emblemático – cuyo panorama general se pretende desarrollar en el apartado siguiente.

2.2.1.2.1. El emblemático “caso Moore”

A pesar de que en EEUU no exista ninguna normativa con respecto a una política permisiva como la de una patente de material genético humano, conviene hacer referencia al emblemático “Caso Viva”. John Moore fue un paciente de la UCLA²⁹⁸ Medical Center al que, en el año 1976, le diagnosticaron una especie rara de leucemia, y con una alta probabilidad de que le acabara causando la muerte.²⁹⁹ Con estas circunstancias, los médicos comenzaron a realizarle frecuentes exámenes, especialmente en su sangre. En un determinado momento, los médicos que le trataban constataron que su bazo poseía una hinchazón desorbitada, y que podría romperse, razón por la cual sugirieron su pronta extracción.³⁰⁰ Una vez que el médico David Golde, científico de la UCLA, extrajo los tejidos humanos estableció su trabajo de investigación y encontró características muy especiales en el bazo de Moore que estimulaban la producción de células blancas (células que ayudan en la lucha contra la infecciones). Mediante la Biotecnología, el investigador desarrolló una célula replicante capaz de producir un elevado número de células como las encontradas en el bazo de Moore.

En el año 1981, la UCLA solicitó la patente de la célula en cuestión, atribuyendo la invención a los investigadores David Golde y Shirley Quan, y en el año 1984, fue admitida la patente.³⁰¹ Registro (propiedad) éste que dio origen a una serie de demandas judiciales por iniciativa de Moore, en lo que se refiere, especialmente, a una participación en las ganancias sobre los productos derivados de las investigaciones sobre su cuerpo.³⁰² En las demandas que interpuso Moore, afirmaba que los médicos, a pesar

²⁹⁸ University of California - Los Angeles.

²⁹⁹ STANTON, A. A., “Forfeited Consent: Body Parts in Eminent Domain”, en GIBSON, J. (Org.), *Patenting Lives: life patents, culture and development*, Inglaterra, Ashgate Publishing Company, 2008, pp. 95-98.

³⁰⁰ El informe detallado del caso *Moore* puede consultarse en: http://biotech.law.lsu.edu/cases/consent/Moore_v_Regents.htm.

³⁰¹ US patent 4438032.

³⁰² STANTON, A. A., “Forfeited Consent”, *cit.*, p. 95-102.

de haber previsto el potencial científico, extrajeron sus células sin ningún tipo de información. Aducía, en los exámenes judiciales, que la indicación de extracción de su bazo habría sido motivada no por la necesidad de tratamiento médico, sino con el fin de garantizar la investigación. Moore denunciaba que jamás hubo un consentimiento suficientemente informado para la extracción de sus tejidos.³⁰³ La *Superior Court of Los Angeles County* rechazó las demandas. La Corte básicamente fundamentó su decisión en el sentido de que los tejidos utilizados en las investigaciones no estaban contemplados en el derecho de propiedad del paciente.

En 1988, la *California Court off Appeal*, en la línea de intentar aceptar y facilitar la demanda de Moore, utilizó el fundamento de que la sangre de un paciente, así como sus tejidos, serían propiedad suya, lo que a su vez le garantizaría el derecho sobre todo y de cualquier producto que derivara de los mismos. Es decir, en la decisión en cuestión, el Poder Judicial americano, basándose en el derecho del demandante a la parte de las ganancias que derivaron de la patente y en el derecho de propiedad, entendió que la extracción de tejidos no significaba que estuviera renunciando a sus derechos. La decisión favorable a la solicitud de Moore causó un alboroto en el entorno científico y de la industria farmacéutica. Se comenzaron inflamadas afirmaciones de que el mantenimiento de tal sentido de interpretación implicaría un evidente retroceso, en la medida en que se estaría afectando directamente el desarrollo y el mantenimiento de las investigaciones biomédicas. Por lo tanto, en el año 1990, la *California Supreme Court* modificó la decisión, tomando como fundamento, esencialmente, la libertad de investigación.

³⁰³ STANTON, A. A, "Forfeited Consent", *cit.*, p. 97: "(...) But just as Moore begun ask questions, about eight years after his initial visit, and before he was able to voice his surprise and suspicion, he was served a consente form for the use of his bodily substances for research by Golde. He circled *no* indicating that he did not wish to participate in any research. However, unbeknown to Moore, Golde's patent on the Mo Cell line, the one he created from Moore's cells, was just a couple of weeks from gaining approval.(...)"

En 1991, al juzgar el nuevo recurso de Moore, la *US Supreme Court* entiende como improcedente el pleito, adoptando la posición de que el paciente no tendría derechos sobre los tejidos extraídas de su cuerpo, aunque estos poseyeran un sensible valor científico. Se observa que la decisión final no permitió que se tratara el bazo del paciente - o incluso sus células - como propiedad privada, sino que utilizó una argumentación en el sentido de que el tejido extraído consistiría en un *res nullius* y de que hubo el consentimiento informado del paciente. La Corte adoptó la interpretación de que la cosa abandonada dejaría de ser propiedad del paciente y - al haber consentimiento - era perfectamente admisible que recibiera un uso diverso por aquél que lo detentara. La patente fue mantenida en sus términos y los médicos - y laboratorios - garantizaron el derecho de utilizar los beneficios y ganancias que derivaran de la misma. Se pone de manifiesto aquí que en EEUU existe un precedente de patente de material biológico humano, siempre que exista el consentimiento del paciente, así como que el material biológico puede asumir la condición de propiedad.

2.2.1.3. Marcos reguladores para las patentes de material genético humano

Las legislaciones que regulan las patentes son muy numerosas. Vamos a centrarnos en algunas de material genético humano que merecen una especial atención. Tomaremos como referencia normativas como la del *Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights* o Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos sobre Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio - TRIPS - y la Directiva 98/44/CE.

2.2.1.3.1. TRIPS

El Acuerdo acerca de los Aspectos de los Derechos sobre Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (TRIPS) establece una serie de criterios para las patentes,³⁰⁴ y para el desarrollo del presente estudio nos centraremos en el análisis de su artículo 27, que prevé la posibilidad de que cada país signatario establezca unos límites a la “patente de plantas y animales” en sus respectivos ordenamientos jurídicos.³⁰⁵ Esto significa que el acuerdo internacional opta por no prohibir la patente relativa a las plantas y animales, pero sin establecer ningún tipo de obligatoriedad ante la permisividad de esta modalidad de patentes en cualquiera de los Estados signatarios. Así, queda bajo la competencia de los signatarios la decisión con respecto al tema de las patentes de plantas y animales.

2.2.1.3.2. Directiva 98/44/CE

La Convención de Patente de la Comunidad Europea, además de establecer una cierta armonización con respecto a los requisitos de patentabilidad, permitió que una única solicitud de registro generara un efecto sobre la totalidad de los países signatarios.³⁰⁶ Un sistema de Patentes que presentó dos fases bien distintas: una primera fuertemente contraria al registro de transgénicos de plantas y animales, y una segunda

³⁰⁴ Sobre el tema *vid.* MELGAR FERNANDEZ, M., *Biotecnología y propiedad intelectual: un enfoque integrado Del derecho internacional*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, pp. 151-166.

³⁰⁵ Sobre el tema *vid.* ONWUEKWE, C. B., “Plant Genetic Resources and the Associated Traditional Knowledge: Does the Distinction between Higher and Lower Forms Matter?”, en GIBSON, J. (Org.), *Patenting Lives: life patentes, culture and development*, Inglaterra, Ashgate Publishing Company, 2008, p. 143.

³⁰⁶ Sobre el tema *vid.* HOWARD, T., *The legal framework surrounding patentes for living materials*, en GIBSON, J. (Org.), *Patenting Lives: life patentes, culture and development*, Inglaterra, Ashgate Publishing Company, 2008, p. 9.

en la cual, pese a la Directiva 98/44/CE³⁰⁷, comenzó a admitirlo con algunas exigencias puntuales. Un sistema de Patentes, con sensibles diferencias con respecto al americano, que a menudo produce, en casos concretos, decisiones con fundamentos muy semejantes.³⁰⁸

Para una comprensión del tema de las patentes de seres vivos, a través de la Directiva 98/44/CE, destacaremos las observaciones más relevantes con respecto a la patente relacionada con el material genético humano. Como primer paso para el desarrollo de este apartado conviene observar lo dispuesto en el artículo 2.1 de la Directiva en el cual se contempla la noción de material biológico como el que contenga una información genética y que sea capaz de auto reproducirse o ser reproducido por medios biológicos. La propia Directiva trae en su cuerpo algunos principios aplicables a la patente relativa a la materia biológica, y los más relevantes que conviene destacar son: 1) el cumplimiento de los requisitos básicos de patentabilidad; 2) la moralidad y el orden público como límites para las patentes.

La Directiva, siempre que se cumplan los requisitos de patentabilidad permite la patente de material biológico, incluso de aquél encontrado en la naturaleza, pero separado del entorno natural o producido mediante ingeniería genética. Así, a pesar de la exclusión de una patente sobre el cuerpo humano, prevista en su artículo 5.1, derivada de la prohibición de la apropiación sobre el ser humano, se observa que la Directiva permite, en su artículo 5.2, la patente de material genético humano separado que posea una aplicación industrial. De hecho, tales patentes sobre material genético humano deben respetar los límites principiológicos, así como la lista orientativa contemplada en el artículo 6.2 de la Directiva. Cabe aquí señalar que el citado artículo aleja las

³⁰⁷ Directiva de Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de Julio de 1998, relativa a la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas.

³⁰⁸ Pudiéndose tomar como ejemplo de esta afirmación la Patente del Harvard *Oncomouse* en Europa.

patentes de los procedimientos modificativos de la identidad genética germinal del ser humano, lo que incluiría, de hecho, los tratamientos genéticos terapéuticos. Aquí tenemos un aspecto que ocasiona sensibles debates, en la medida en que se prohibirían las patentes de tratamientos para enfermedades genéticas – como sería el caso del trasplante de mitocondrias recientemente legislado en Inglaterra y mencionado en capítulo anterior (1.3.2.1.2.1).

La Directiva 98/44/CE, ya sea desde aspectos centrales sobre la patente de material genético humano, ya sea por su ámbito de aplicación o incluso su combinación con otras normas, conlleva acalorados debates de los que no podemos ahora hacernos eco. Lo relevante para esta investigación es esencialmente la comprensión de que esta norma que, pretendiendo incentivar la investigación y armonizar las legislaciones de los Estados integrantes de la Comunidad Europea³⁰⁹, establece la posibilidad de patentar el material genético humano.

2.3.2. Investigaciones con embriones humanos

Un tema que guarda una alta complejidad consiste en la autorización de las investigaciones con células madres obtenidas de los embriones humanos reimplantados. En los siguientes ítems, vamos a tratar exclusivamente la cuestión atinente al uso de embriones humanos “inviabiles”. Partiremos del examen del estado de la cuestión en el contexto español y en el brasileño.

³⁰⁹ Sobre la reluctancia de algunos Estados *vid.* MELGAR FERNANDEZ, M., *Biotecnología y propiedad intelectual, cit.*, pp. 189-210.

2.3.2.1. España: la autorización de investigación con pre-embriones

En una realidad en la que las investigaciones con células madres son una constante, resulta imprescindible partir de si se autoriza la investigación con embriones en el Estado español. Por lo tanto, tomando como referencia la Ley de Investigación Biomédica española³¹⁰ se pretende, en el presente apartado, responder a la pregunta: los embriones humanos pre-implantados ¿detentan derechos fundamentales en España? Cuestión ésta que genera intensos debates – muchos de los cuales, principalmente los procedentes del campo de la metafísica, no abordaremos aquí.

Como primer paso para el desarrollo de este apartado conviene apuntar que la legislación española establece una diferenciación entre el embrión concebidos *in vitro* con desarrollo inferior a los catorce días y a los implantados en el cuerpo femenino. La ley establece el primero como que es un pre-embrión, adoptando la interpretación de que aún no habría asumido una condición de humano y, por lo tanto, permitiendo su uso y destrucción, en cuanto bien, con fines terapéuticos. La Ley de Reproducción Asistida³¹¹, en su artículo 15, permite la investigación con los embriones independientemente de su viabilidad biológica. Conviene señalar que la misma ley establece que los pre-embriones, al no existir una manifestación expresa en el sentido contrario por parte de los progenitores, superado el plazo de cuatro años desde que se congelaron, podrán ser objeto de donación automática con fines de investigación. En los casos en los que los progenitores concuerden con la utilización de los pre-embriones para eventuales investigaciones, se tienen por debida la realización de una cadena de consentimientos informados: el primero, para el acceso de las técnicas de pre-producción asistida; el segundo, para referirse a un destino diverso de la reproducción y con el uso en investigaciones; el tercero, con el fin de la participación de los pre-

³¹⁰ Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación Biomédica. BOE de 4 de julio de 2007.

³¹¹ Ley 14/2006, de 26 de mayo, de Reproducción Asistida. BOE 27 de mayo de 2006.

embriones en un proyecto específico, así como para que pueda ser trasladado a otro lugar de almacenaje.³¹² A pesar de que aquí no se pretende su tratamiento pormenorizado, es preciso destacar que las leyes en cuestión apuntan a otros requisitos para la investigación de dichos pre-embryones.

A partir de la legislación reguladora de la investigación con pre-embryones, el Estado español adoptó la posición de que aquél podría considerarse que consiste en un bien jurídico, incluso susceptible de cesión (entre los bancos de datos genéticos, por ejemplo) y no en una persona humana. Tema éste que implica debates jurídicos-filosóficos en los que ahora no podemos extendernos y nos limitamos a reseñar. En primer lugar, hay una posición doctrinal en el sentido de que este pre-embrión consistiría en una vida humana, lo que le garantizaría el derecho fundamental a la vida e implicaría unos obstáculos para la puesta en práctica de las investigaciones o incluso sobre su uso a fines terapéuticos.³¹³

Además, hay que destacar la decisión adoptada, por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), en el caso *Brüstle vs. Greenpeace*.³¹⁴ La TJUE aclaró, cuando se le solicitó cuál sería la interpretación correcta de la Directiva 44/98/CE que en su artículo 6.2 prohíbe la patente de “embriones humanos”, que todo óvulo humano fecundado consiste en un embrión, así como también todo óvulo no fecundado en que se inserta un núcleo de célula humana madura o incluso el no fecundado estimulado para partenogénesis. La decisión, como apunta ALBERT, despejó cualquier duda acerca de que tal pre-

³¹² Sobre el tema *vid.* OLAYA GODOY, M., *Régimen jurídico de la tecnología reproductiva y la investigación biomédica con material humano embrionario*, Madrid, Dykinson, 2014, pp. 352-356.

³¹³ En el sentido de que el pre-embrión sea una vida humana *vid.* CASTILLO VEGAS, J., “Las falacias del aborto”, *cit.*; HARRANZ, G., “El embrión ficticio: historia de un mito biológico: el autor explica su libro”, *Cuadernos de Bioética*, v. XXV, n. 2, mayo-agosto 2014, pp. 299-312.

³¹⁴ *Sentença Olivier Brüstle vs. Greenpeace*. Assunto C-34/10, DOCE C-362/5, 10.12.2011.

embrión consiste en una persona humana, lo que, para la autora, implicaría una necesaria revisión de las leyes que autorizan la investigación sobre ellos, en la medida en que concretamente afectan a derechos fundamentales.³¹⁵ Para concluir este apartado – sin que aquí se opere ningún juicio de valor – es que en el derecho español la investigación con embriones, en las condiciones y los casos antes especificados, es una realidad, y es posible el tránsito de este material (donación para la investigación y la cesión entre biobancos).

2.3.2.2. Brasil: la autorización de investigación con embriones inviables

Ahora nos ocuparemos de analizar si la investigación con embriones inviables está autorizada legalmente en Brasil. Partimos del mismo interrogante que hemos formulado para el caso español: en Brasil, los embriones humanos inviables (y pre-implantados) ¿detentan derechos fundamentales? Como hilo conductor para una comprensión del tema existe una sentencia esclarecedora, adoptada por el Supremo Tribunal Federal brasileño, en la Acción Directa de Inconstitucionalidad nº 3.510/2005.³¹⁶

³¹⁵ ALBERT, M., “El caso Brüstle v. Greenpeace y el final de la discriminación de los embriones reimplantarios”, *Cuadernos de Bioética*, v. XXIV, n. 3, 2013, pp. 475-496.

³¹⁶ ADI 3510/2005. ENMIENDA: “CONSTITUCIONAL. ACCIÓN DIRECTA DE INCONSTITUCIONALIDAD. LEY DE BIOSEGURIDAD. IMPUGNACIÓN EN BLOQUE DEL ART. 5º DE LA LEY Nº 11.105, DE 24 DE MARZO DE 2005 (LEY DE BIOSEGURIDAD). INVESTIGACIONES CON CÉLULAS-MADRE EMBRIONARIAS. INEXISTENCIA DE VIOLACIÓN DEL DERECHO A LA VIDA. CONSITUCIONALIDAD DEL USO DE CÉLULAS-MADRE EMBRIONARIAS EN INVESTIGACIONES CIENTÍFICAS PARA FINES TERAPÉUTICOS. DESCARACTERIZACIÓN DEL ABORTO. NORMAS CONSTITUCIONALES CONFORMADORAS DEL DERECHO FUNDAMENTAL A UNA VIDA DIGNA, QUE COMIENZA POR EL DERECHO A LA SALUD Y A LA PLANIFICACIÓN FAMILIAR. IMPUGNACIÓN DE LA UTILIZACIÓN DE LA TÉCNICA DE INTERPRETACIÓN CONFORME PARA AÑADIR A LA LEY DE BIOSEGURIDAD CONTROLES INNECESARIOS QUE IMPLICAN RESTRICCIONES A LAS INVESTIGACIONES Y TERAPIAS POR ELLA DESTINADAS. IMPROCEDENCIA

Como primer paso en la búsqueda de una respuesta al interrogante que determina la existencia de este apartado, conviene reavivar la idea de que en la sociedad tecnológica se vislumbra una constante investigación sobre las células madres embrionarias – aquellas células primarias, con potencial de transformarse en células especializadas³¹⁷, que se encuentran en los embriones – con el fin de desarrollar terapias para los diversos problemas de salud (principalmente los derivadas de daños en tejidos celulares, como la muerte del tejido a causa de problemas cardíacos; desórdenes degenerativos de neuronas como en el mal de Parkinson; lesiones en la médula espinal o incluso quemaduras que destruyen las células de la piel³¹⁸). La nueva Biotecnología, en el ejercicio de su función precípua, intenta responder al anhelo de la sociedad actuando directamente sobre el ser humano y su salud.

En la Acción Directa de Inconstitucionalidad nº 3.510/2005, juzgada por el Supremo Tribunal Federal brasileño (STF), la Procuraduría General de la República pretendía la declaración de inconstitucionalidad del artículo 5º de la Ley 11.105, de 24 de marzo de 2005 – Ley de Bioseguridad -, por permitir la investigación con células madres embrionarias obtenidas en embriones humanos siempre que estos sean inviábiles – o que haya transcurrido el plazo de 3 (tres) años desde su congelación – y si se respetan algunas otras exigencias. En la acción de la Fiscalía General de la República brasileña (*Procuradoria Geral da*

TOTAL DE LA ACCIÓN. I - EI CONOCIMIENTO CIENTÍFICO, LA CONCEPTUACIÓN JURÍDICA DE CÉLULAS-MADRES EMBRIONARIAS Y SUS REFLEJOS EN EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY DE BIOSEGURIDAD”.

³¹⁷ Las células-madre pueden auto-replicarse o transformarse en otras células específicas, como las musculares, nerviosas, cardíacas, sanguíneas y epidérmicas. Para una observación más detallada del tema *vid.* HOLLAND, S., *Bioética: enfoque filosófico*, Tradução de Luciana Pudenzi, São Paulo, Centro Universitário São Camilo, Loyola, 2008, pp. 26-30; GOUVEIA KRELL, O., *Reprodução humana assistida e filiação civil: princípios éticos e jurídicos*, Curitiba, Juruá, 2006; REZENDE MACHADO, M.; GRANZINOLI GARRIDO, R., “Dentes coo Fonte de células-madres: uma alternative aos dilemas éticos”, *Revista de Bioética y Derecho*, n. 31, mayo 2014, pp. 66-80.

³¹⁸ Estos y otros ejemplos son observados en los estudios de HOLLAND. HOLLAND, S., *Bioética*, *cit.*

República), en la condición de pleiteador, defendía la posición de que el artículo de Ley vulneraba los principios constitucionales de inviolabilidad del derecho a la vida y de la dignidad de la persona humana – adoptando la interpretación de que el embrión consistiría en un “ser humano”. En su argumentación la Procuraduría General de la República defendía que la existencia de la vida humana se remonta al momento de la fecundación (penetración del espermatozoide en el óvulo), razón por la cual la utilización de embriones congelados para investigación con fines terapéuticos, así como su destrucción, violaría los derechos fundamentales de la persona humana.

Del examen del contenido completo de la decisión proferida por el STF, se detecta que los juzgadores adoptaron una posición diferente con respecto a la defendida por la Procuraduría General de la República ante la atribución de los derechos fundamentales a los embriones *in vitro* pre-implantados. Afirmación que resulta evidente a partir del voto proferido por el entonces Relator Ministro Ayres Britto.³¹⁹ De este voto se extrae que el STF adoptó la interpretación de que el embrión pre-implantado (recuérdese que el juicio trataba de una cuestión relativa a un embrión inviable) incluso consistiría en una posibilidad de vida humana. En este sentido, el embrión pre-implantado no podría considerarse una persona humana, y, por lo tanto, un poseedor de derechos fundamentales. El embrión, según los argumentos analizados en la decisión, consistiría en un bien que merecería la debida atención infra-constitucional. Cabe señalar que la decisión de ninguna manera se aleja del hecho de que el embrión consista en “una vida humana”, estableciendo también que una “persona humana constitucional” es siempre detentora de derechos fundamentales.

³¹⁹ ADI 3510/2005, Rel. Min. **Ayres Britto**, juicio del 29-5-2008, Plenario, *DJE* de 28-5-2010. Disponible en: <http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBD.asp?item=42>, consultado el 17 de noviembre de 2014.

Uno de los ministros, durante el juicio, hizo uso de un ejemplo hipotético para realizar algunas interesantes consideraciones. En el ejemplo invitaba a reflexionar sobre, en el caso de un incendio en una clínica de fertilización artificial, a quién se optaría por salvar: ¿a un “niño” o una “placa de Petri con dos blastocitos”? Una situación en la que, salvo alguna excepción (que no podría consistir en una premisa), llevaría a la respuesta de dar primacía al salvamento de los niños. Esto significa que es evidente la existencia de una diferencia sustancial entre las dos vidas, en la medida en que a los niños, obviamente, se les reconoce una vida en concreto (y no una vida por desarrollar). Siguiendo el razonamiento del Ministro del STF, surge otra reflexión ante la alteración del ejemplo hipotético con la sustitución de los “blastocitos” por un “ser humano adulto” y, por lo tanto, se plantea la cuestión: ¿quién debería salvarse, el “niño” o el “adulto”?³²⁰ Aquí las opiniones pueden dividirse a partir de diversos argumentos, en la medida en que ambos implicados constituyen las vidas humanas en concreto. Una labor operada en una decisión con el fin de realizar una diferenciación entre una “vida humana” (que incluye el material biológico humano) y la “persona humana constitucional”.³²¹

No obstante la caracterización informada en el párrafo anterior, los Ministros del STF optaron por avanzar en cuanto a la “diferenciación de

³²⁰ Ejemplo posiblemente inspirado en las reflexiones sobre el “dilema del tranvía” (al apretar un botón puede salvar a cinco personas sacrificando solamente la muerte de una) - idealizado por Philippa Foot – y el del “hombre gordo” (al empujar a una persona obesa frente al tren puede salvar a cinco personas amarradas a los raíles) – idealizado por Judith Jarvis Thomson. Sobre el tema *vid.* FOOT, P., *The Problem of Abortion and the Doctrine of the Double Effect in Virtues and Vices*, Oxford, Basil Blackwell, 1978; THOMSON, J., “The Trolley Problem”, *Yale Law Journal*, 94, 1985, pp.1395-1415; UNGER, P., *Living High and Letting Die*, Oxford, Oxford University Press, 1996.

³²¹ La situación hipotética utilizada en la decisión tuvo como propósito precipuo apuntar a una diferencia sustancial entre vidas y vida humana en concreto. A pesar de no pretender aquí una mayor profundización del tema, es preciso señalar que el ejercicio parte de estudios científicos de economía conductual y no de una mera liberalidad del Ministro del STF. Para una mayor profundización de la cuestión *vid.* entre otros: KAHNEMAN, D., *Rápido e Devagar: duas formas de pensar*, Tradução de Cássio de Arantes Leite, Rio de Janeiro, Objetiva, 2012; THALER, R.; SUNSTEIN; C., *Nudge: o empurrão para a escolha certa: aprimore suas decisões sobre saúde, riqueza e felicidade*, Tradução de Marcello Lino, Rio de Janeiro, Elsevier, 2009.

vidas”. Los juzgadores se mostraron partidarios de la interpretación de que las células embrionarias producidas *in vitro* – obtenidas en laboratorio mediante “manipulación humana en un entorno extracorpóreo”³²², a pesar de la proximidad biológica, poseerían unas importantes diferencias jurídicas con respecto a las *in vida* – espontáneamente alcanzadas en la naturaleza. Apunta la decisión que el embrión *in vitro*, en efecto, consistiría en un derecho de los que pretenden la reproducción. De dónde se extrae la imposibilidad de justificar una obligatoriedad de uso de este material biológico, por parte de los que lo providenciaron, concretamente en función del derecho fundamental para la planificación familiar. Así, el hecho de descartar las células embrionarias guardaría justificación en los derechos fundamentales de las personas que le dieron origen.

No obstante los fundamentos ya mencionados, conviene advertir que la decisión hizo uso de la garantía para el derecho a la salud como un medio para justificar la investigación científica y tecnológica. De donde se deriva que la salud consiste en un valor guía de un sistema jurídico y que su proyección sobre el ordenamiento representa un medio para la concreción de la dignidad de la persona humana. Además, los Ministros plantearon unas reflexiones interesantes con respecto al derecho de investigar, manifestándose en el sentido de que, cuando resulte inherente para garantizar el derecho a la salud, consistirá en un verdadero derecho fundamental – interpretación que sólo es posible ante el reconocimiento de un sistema único, en el cual los derechos fundamentales pueden o no encontrarse expresamente previstos en el texto constitucional.³²³

Sin pretender una mayor profundización acerca de la decisión, queremos aquí centrarnos en el hecho de que el STF juzgó improcedente la acción, aunque con una cierta oscilación en las fundamentaciones de

³²² ADI 3510/2005, Rel. Min. **Ayres Britto**, juicio del 29-5-2008, Plenario, *DJE* de 28-5-2010.

³²³ Aquí se observa la ya tratada posibilidad de existencia de los derechos fundamentales no contemplados en un texto constitucional.

los diversos Ministros al declarar la constitucionalidad del uso de células madres embrionarias, siempre que se hubieran considerado biológicamente inviables, para investigaciones científicas con fines terapéuticos. Opción de la que se deriva la necesidad de reconocer que la investigación (principalmente en el campo de las nuevas biotecnologías humanas) puede contribuir a la promoción de los valores superiores de la personalidad humana (vida, salud, libertad, etc.).

A partir de esta decisión, en Brasil está permitido el uso de células madres embrionarias obtenidas de embriones humanos producidos por fertilización *in vitro*, con fines de investigación y de terapia, siempre que sean “inviabiles” y que exista el consentimiento de los progenitores. Por lo tanto, sin mayores pretensiones de debatir las fundamentaciones establecidas por el STF, en el sentido de que el embrión no sería una persona en el sentido constitucional, se considera relevante el hecho de que la legislación brasileña se ocupe de los embriones inviables, es decir, de los que ya no tendrían viabilidad. Esto significa que, un embrión que no posee condiciones de vivir (no sólo por el hecho de no haber sido implantado, sino por otros motivos que impiden su evolución), en Brasil no se considera que sea sujeto de derechos fundamentales.

Se observa que guarda una cierta coherencia la decisión, en la medida en que, si el embrión es inviable (no posee condiciones de evolucionar en cuanto ser humano), en esta condición específica acaba teniendo similitudes con un cuerpo humano fallecido. Es decir, el ser humano declarado muerto aún posee “vida” en su cuerpo, tanto que sus órganos pueden eventualmente utilizarse en trasplantes de órganos. Esto significa que, si existe vida biológica en el cuerpo de un hombre fallecido, habrá vida biológica en un embrión inviable, pero ¿no sería justificable una similitud de tratamiento para ambos desde el prisma de los derechos de la personalidad? En esta investigación la respuesta sería positiva, es

decir, que el embrión inviable, así como el hombre fallecido, ha vaciado sus derechos de personalidad.

A partir de esta línea de razonamiento, si a la vida biológica (como sería un corazón de un fallecido o el embrión inviable) se le afirmaran los derechos fundamentales para impedir su uso en investigaciones, supondría el fin de los trasplantes de órganos. En la misma línea, partiendo de la premisa de las posibilidades derivadas de la capacidad técnica de la clonación humana, tendríamos que todo y cualquier material biológico humano (por lo tanto, incluso aquel folículo capilar, perdido naturalmente de forma desapercibida) ¿detentaría derechos fundamentales en su calidad de material humano vivo? Entendemos que la respuesta sería negativa.

En resumidas cuentas, conviene aquí adoptar la posición de que los embriones humanos pre-implantados “inviables” – en cuanto material biológico humano incapaz de evolucionar - no pueden considerarse sujetos de derechos fundamentales. Por tanto, mediante autorización (consentimiento informado) de sus responsables (quienes suministraron material genético para su creación) pueden ser utilizados en las investigaciones científicas y terapéuticas.

2.3. Derechos fundamentales y Genetécnicas humanas

¿Cómo, y cuándo, las genetécnicas humanas - por referirse a la vida humana - tienen relación con los derechos fundamentales? Los derechos fundamentales, ¿pueden considerarse como un método adecuado, y suficiente, para equiparar “nuestro futuro post-humano” y, principalmente, para hacer frente a la sociedad tecnológica con fuertes movimientos transhumanistas? El objeto central de este apartado es dar respuesta a estas cuestiones. Para el desarrollo de este ítem, partiremos

de una interpretación de lo que es un derecho fundamental. Para ello, pretendemos realizar un análisis de los derechos fundamentales –sin detenernos en sus funciones, ni en las razones de estos derechos, ni tampoco en su judicialización–.

Subdividiremos este apartado en dos partes: la primera destinada a aclarar la opción de que los derechos fundamentales consisten en derechos constitucionales (2.2.1); la segunda en que se pretende desvelar, a partir de pensadores-paradigma, si las genéticas humanas deben ser puestas en práctica (2.2.2).

2.2.1. Derechos fundamentales como derechos constitucionales

La historia de los derechos fundamentales está relacionada con la evolución filosófica de los derechos humanos. Se entiende que los derechos fundamentales se encuentran en una etapa separada de las concepciones naturalistas o positivistas del Derecho. Analizaremos los derechos fundamentales, esencialmente desde una perspectiva de la Filosofía del Derecho, para afirmar una nueva fase del derecho constitucional y, por consiguiente, la demostración de que estos derechos merecen observarse desde una nueva perspectiva.

Entendemos que los derechos fundamentales son los contemplados en el texto constitucional de un Estado³²⁴ determinado.

³²⁴ GOMES CANOTILHO, J. J., *Direito Constitucional*, 5ª ed., Coimbra, Livraria Almedina, 1992, p. 528; MARQUES DA SILVA CABRAL PINTO, L., *Os Limites do Poder Constituinte e a Legitimidade Material da Constituição*, Coimbra, Coimbra Editora, 1994, p. 141; PEREIRA DE FARIAS, E., *Colisão de Direitos. A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*, Porto Alegre, Fabris, 1996, pp. 59-60; MARTÍNEZ DE VALLEJO FUSTER, B., “Los Derechos Humanos como Derechos Fundamentales: Del Análisis del Carácter Fundamental de los Derechos Humanos a La Distinción Conceptual”, en BALLESTEROS, J. (ed). *Derechos Humanos. Concepto, Fundamentos, Sujetos*, Madrid, Ed. Tecnos, 1992, pp. 42-45; MUÑOS ARNAU, J., *Los límites de los derechos fundamentales en el derecho constitucional español*, Pamplona, Editorial Aranzadi, 1998, pp. 21-32.

Tanto la doctrina como el derecho positivo de los diversos Estados, suelen utilizar indistintamente términos como “derechos humanos”; “derechos subjetivos públicos”; “derechos del hombre”; “libertades públicas”; “derechos humanos fundamentales”, entre otros.³²⁵ Algunos autores manifiestan su contrariedad a la ambigüedad y heterogeneidad del uso vago e impreciso de las citadas expresiones.³²⁶ Tales términos, en efecto, no poseen la condición de abarcar íntegramente el objeto de los denominados derechos fundamentales, limitándose sólo a ciertos espacios o categorías determinadas.³²⁷

La confusión más común,³²⁸ observada tanto en la doctrina como en los textos legales, consiste en la utilización del término “derechos humanos” como sinónimo de “derechos fundamentales”.³²⁹ Se trata de una utilización de los vocablos de forma imprecisa, incluso en los textos que reconocen la existencia de una distinción no meramente de carácter terminológico-conceptual, sino también de espectro ideológico-filosófico-jurídico.

³²⁵ WOLFGANG SARLET, I., *A eficácia dos direitos fundamentais*, 4ª ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2004, p. 33; MARTÍNEZ DE VALLEJO FUSTER, B., “Los Derechos Humanos como Derechos Fundamentales”, *cit.*, pp. 42-43; PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Derechos Fundamentales*, 4ª ed., Madrid, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones, 1986, pp. 13-31; MARTIN-RETORTILLO, L.; OTO Y PARDO, I., *Derechos Fundamentales y Constitución*, Madrid, Civitas, 1988, p. 47.

³²⁶ PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Curso de Derechos Fundamentales: teoría general*, Madrid, Eudema, 1991, pp. 19-34.

³²⁷ PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Curso de Derechos Fundamentales*, *cit.*, pp. 32-34.

³²⁸ Conviene aclarar que el presente estudio no tiene la intención de detenerse en las confusiones terminológicas que se producen en torno a los derechos fundamentales; sin embargo, si se desea tener una panorámica más amplia de la utilización indistinta e indiscriminada de varios términos para referirse a los derechos fundamentales, puede verse en algunas de las obras de PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Curso de Derechos Fundamentales*, *cit.*; *Derechos fundamentales*, *cit.*; *Derechos y derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

³²⁹ Como ejemplo de obra en la que los términos Derechos Humanos y Derechos Fundamentales son utilizados indistintamente *vid.* FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías: La ley del más débil*, Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, 2ª ed., Madrid, Editorial Trotta, 2001.

A pesar de que existen también autores que defienden la posibilidad de utilizar los términos como sinónimos, se adopta aquí la interpretación de que estos términos, pueden tener una proximidad y semejanza pero sin una completa identificación entre ellos.³³⁰ Nos adherimos a la opinión de la mayoría de la doctrina, también sustentada por Ingo Wolfgang Sarlet, de que los derechos fundamentales son “derechos de los seres humanos reconocidos y positivados en la esfera del Derecho constitucional positivo de un Estado determinado”³³¹, mientras que el término derechos humanos “guardaría una relación con los documentos de derecho internacional, por referirse a aquellas posiciones jurídicas que se reconocen al ser humano como tal, independientemente de su vinculación con un cierto orden constitucional, y que, por lo tanto, aspiran a la validez universal, para todos los pueblos y tiempos, de tal manera que revelan un inequívoco carácter supra nacional (internacional).”³³² Resulta interesante lo que observa PEREZ LUÑO, para ilustrar la diferenciación entre derechos fundamentales y derechos humanos, haciendo uso de la concreción positiva y aclarando que el último posee un concepto de contornos más amplios e imprecisos que el primero.³³³

Los derechos fundamentales – previstos en el derecho interno de un Estado constitucional determinado – se inspiran a su vez en los textos de Derecho internacional de derechos humanos. Por tanto, se puede

³³⁰ MARTÍNEZ DE VALLEJO FUSTER, B., “Los Derechos Humanos como Derechos Fundamentales”, *cit.*, p. 42-45; MUÑOS ARNAU, J., *Los límites de los derechos fundamentales en el derecho constitucional español*, *cit.*, pp. 21-32; RODRÍGUEZ PALOP, M. E., *La Nueva Generación de Derechos Humanos: Origen y justificación*, Madrid, Dykinson, 2002, p. 147. En Brasil, autores como PEREIRA DE FARIAS, E., *Colisão de Direitos. A Honra, a Intimidade, a Vida Privada e a Imagem versus a Liberdade de Expressão e Informação*, Porto Alegre, Fabris, 1996, pp. 59-60; WOLFGANG SARLET, I., *A eficácia dos direitos fundamentais*, *cit.*, pp. 33-41.

³³¹ WOLFGANG SARLET, I., *A eficácia dos direitos fundamentais*, *cit.*, p. 36-37.

³³² WOLFGANG SARLET, I., *A eficácia dos direitos fundamentais*, *cit.*, p. 37.

³³³ PÉREZ LUÑO, A. E., *Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio*, Madrid, Marcial Pons, 1996, pp. 46-47; PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Curso de Derechos Fundamentales*, *cit.*, pp. 32-34.

afirmar que, en cierto modo, todos los derechos fundamentales son, en efecto, también derechos humanos.³³⁴ A pesar de su proximidad, existen diferencias que superan el mero ámbito semántico, y permiten sensibles aspectos jurídico-filosóficos – especialmente en lo que concierne a la eficacia de los derechos.³³⁵ Se deduce que los derechos fundamentales - considerados como de derecho interno -, poseen un grado mayor de eficacia³³⁶, porque existen instancias con poder de garantizar su respeto y realización. En cambio, los derechos humanos, para que presenten una concreta eficacia, dependen de su reconocimiento en el ordenamiento de un Estado determinado.³³⁷

En efecto, los derechos fundamentales poseen una íntima relación con la historia e historicidad, es decir, con la evolución de la sociedad. Para una adecuada percepción de la relación entre los derechos fundamentales, la tecnología y la sociedad tecnológica, hay que considerar su contexto histórico. Los derechos fundamentales son

³³⁴ Se entiende por hacer tal manera de colocación, por considerar que el titular de derechos fundamentales invariablemente será un ser humano, aunque desde una colectividad. Con respecto al tema Derechos Humanos, interesan 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, nº128, 1996, pp.127-159; de la misma autora, “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.

³³⁵ ALEXY, R., “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) nº 217, 1999; WOLFGANG SARLET, I., *A eficácia dos direitos fundamentais*, cit., p. 39.

³³⁶ La eficacia de los derechos fundamentales – principalmente en las relaciones entre particulares – es un tema de central relevancia para el desarrollo de la presente investigación, que será tratado más adelante. Sobre el tema vid. WOLFGANG SARLET, I. (org), *A constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2000; WILHELM CANARIS, C., “A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha”, en WOLFGANG SARLET, I. (org.), *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2003.

³³⁷ Esta alegación se realiza de forma estrictamente legalista, para aclarar la diferencia entre los “derechos fundamentales” y los “derechos humanos”; sin embargo, de ninguna forma se pretende desprestigiar estos últimos. Por el contrario, como se observará a lo largo de este estudio, consideramos que los derechos humanos poseen una gran relevancia funcional, así como una sensible vinculación con los derechos fundamentales.

encuadrados en “generaciones”³³⁸, de los cuales algunos autores contabilizan tres, otros cuatro, e incluso hay los que mencionan la existencia de una quinta. Tales “generaciones” incluirían la evolución histórica de los derechos fundamentales.³³⁹ Sin disminuir la relevancia de los estudios que hacen uso de la expresión “generaciones”, preferimos utilizar la expresión “dimensiones”, considerando que esta última es más apropiada, no sólo desde el punto de vista semántico, sino también ideológico-filosófico. El término ‘dimensiones’, en efecto, evitaría una interpretación equivocada, en el sentido de que habría una superposición – sustitución – de cada una de estas “generaciones”, interpretación ésta que configuraría un grave error, en la medida en que nos encontramos ante un proceso acumulativo, de complementariedad y nunca de alternancia.³⁴⁰ RODRIGUES PALOP afirma:

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.³⁴¹

La “primera dimensión” consiste en el reconocimiento, por primera vez, de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico de un Estado determinado. Esta primera dimensión se caracteriza por el establecimiento de derechos de resistencia u oposición ante el Estado. Son derechos de carácter negativo, pueden considerarse como una no intervención por parte del Estado – abstención -, así como la demarcación

³³⁸ Conviene aclarar que hablar de “generaciones” o “dimensiones”, no es una exclusividad de los derechos humanos, dado que su utilización se ajusta perfectamente al tratamiento de los derechos fundamentales. En este sentido, *vid.* la obra de WOLFGANG SARLET, I., *A eficácia dos direitos fundamentais*, *cit.*, p. 54.

³³⁹ RODRÍGUEZ PALOP, M. E., *La Nueva Generación de Derechos Humanos*, *cit.*, p. 32.

³⁴⁰ WOLFGANG SARLET, I., *A eficácia dos direitos fundamentais*, *cit.*, pp. 52-54.

³⁴¹ RODRÍGUEZ PALOP, M. E., *La Nueva Generación de Derechos Humanos*, *cit.*, p. 91.

de una esfera de “autonomía individual” ante su poder.³⁴² Incluye los conocidos “derechos civiles”³⁴³. Según la posición adoptada por Maria Eugênia Rodríguez Palop, la “segunda dimensión” está compuesta por los derechos políticos – derechos de participación política.³⁴⁴ A diferencia de la doctrina tradicional, en el presente estudio, adoptaremos la posición que considera inadmisibles la interpretación de que los derechos “civiles” y “políticos” compondrían conjuntamente una única dimensión de derechos fundamentales. Creemos, por lo tanto, que cada dimensión consiste en una agrupación de derechos de una misma especie y naturaleza y que, también, esta dimensión es eminentemente atenta a la defensa de los intereses individuales.³⁴⁵ Así que quedan configuradas las dos primeras dimensiones como las de “derechos de resistencia o de oposición ante el Estado”³⁴⁶; es decir, la no intervención del Estado en la esfera de las libertades individuales.

La “tercera dimensión”, en cambio, posee un carácter positivo.³⁴⁷ Es decir, ya no exige una abstención o una no intervención, pasando el Estado a una situación “prestacional”; es decir, se trata de derechos de exigencia de una actuación estatal.³⁴⁸ Son estos los derechos

³⁴² LAFER, C., *A Reconstrução dos Direitos Humanos*, São Paulo, Companhia das Letras, 1991, p. 126; VIEIRA DE ANDRADE, J., *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*, Coimbra, Livraria Almedina, 1987, p. 43.

³⁴³ A pesar de que una gran parte de la doctrina sobre derechos fundamentales entiendan la *primera dimensión* como compuesta por derechos civiles y políticos, se considera la posición adoptada en la obra de RODRÍGUEZ PALOP, M. E., *La Nueva Generación de Derechos Humanos*, *cit.*, p. 72.

³⁴⁴ En este momento, al utilizar el término “participación política” se está haciendo referencia al derecho al voto y a la capacidad pasiva electoral.

³⁴⁵ RODRÍGUEZ PALOP, M. E., *La Nueva Generación de Derechos Humanos*, *cit.*, p. 79.

³⁴⁶ BONAVIDES, P., *Curso de Direito Constitucional*, 7ª ed., São Paulo, Ed. Malheiros, 1997, p. 517.

³⁴⁷ WOLFGANG SARLET, I., *A eficácia dos direitos fundamentais*, *cit.*, p. 55: “(...) atribuyendo al Estado un comportamiento activo en la realización de la justicia social.”

³⁴⁸ En el sentido de que estos derechos poseen como carácter distintivo su dimensión positiva, tratando de propiciar un “derecho de participar del bienestar social”, como sostiene LAFER, C., *A Reconstrução dos Direitos Humanos*, *cit.*, p. 127.

“económicos, sociales y culturales”.³⁴⁹ Por lo que, en la “tercera dimensión”, ya no se visualiza una libertad frente al poder Estatal, sino una libertad por medio de este. Configurando, como se ha mencionado anteriormente, la necesidad de una prestación social por parte del Estado, debiendo proporcionar salud, educación y asistencia social, entre otros³⁵⁰. La dimensión en cuestión no se limita a este carácter positivo³⁵¹, sino que incluye, también, las denominadas “libertades sociales”, sin que con ello deje de ser una dimensión preocupada esencialmente por el individuo. Destacando que lo social, en efecto, consiste en el hecho de que los derechos de esta dimensión “pueden considerarse como una densificación del principio de la justicia social”³⁵².

La “cuarta dimensión” consiste en la fase de “solidaridad - fraternidad”, en principio, separada de la visión hombre-individuo como titular de derechos, caracterizándose como los derechos de titularidad colectiva o difusa.³⁵³ En las palabras de Ingo Wolfgang Sarlet:

Se encarga, en efecto, del resultado de nuevas reivindicaciones fundamentales del ser humano, generadas, entre otros factores, por el impacto tecnológico, por el estado crónico de beligerancia, así como por el proceso de descolonización de la segunda post-guerra y sus contundentes consecuencias, permitiendo profundos reflejos en la esfera de los derechos fundamentales.³⁵⁴

³⁴⁹ LABRADA RUBIO, V., *Introducción a la teoría de los derechos humanos: fundamento. História. Declaración universal de 10 de diciembre de 1948*, Madrid, Editorial Civitas, 1998, pp. 122-123.

³⁵⁰ WOLFGANG SARLET, I., *A eficácia dos direitos fundamentais*, cit., pp. 55-56.

³⁵¹ El término “positivo” se ha utilizado aquí en el sentido de “pro-actividad”.

³⁵² WOLFGANG SARLET, I., *A eficácia dos direitos fundamentais*, cit., p. 56. Conviene destacar que el autor hace mención a los derechos de segunda dimensión en su texto, que, como se ha indicado anteriormente, se entiende que en realidad son de tercera dimensión; sin embargo, el contenido material tratado guarda una perfecta identidad.

³⁵³ Para otros autores, estos derechos tienen como primeros titulares “el propio género humano, en un momento expresivo de su afirmación como valor supremo en términos de existencia concreta.” BONAVIDES, P., *Curso de Direito Constitucional*, cit., p. 523.

³⁵⁴ WOLFGANG SARLET, I., *A eficácia dos direitos fundamentais*, cit., p. 57.

Como derechos que integran la denominada “cuarta dimensión” cabe citar el derecho al medio ambiente; el derecho al desarrollo; el derecho a la paz; el derecho a la autodeterminación de los pueblos, y el derecho al patrimonio común de la humanidad. Así el surgimiento de los derechos que integran esta dimensión deriva de las grandes transformaciones en el panorama político, económico y social, en el período que siguió la segunda guerra mundial. Es decir, que los cambios en el mundo como hasta entonces conocidos, acabaron impulsando los movimientos sociales derivados como resultado de una “crisis de la civilización”, especialmente, del modo como el Estado estaba posicionándose ante los nuevos desafíos y los problemas que surgían de la necesaria promoción del bienestar mínimo de los ciudadanos, así como de la inexpresiva, o inexistente, permeabilidad del sistema democrático.³⁵⁵

Al entender que los derechos fundamentales consisten en un conjunto de dimensiones - sucesivas y complementarias -, se observa su evolución histórica obviamente entrelazada con la realidad social. De la interpretación de que el ser humano interactúa con los demás individuos, se observa que el hombre tecnológico transita por todas las dimensiones de los derechos fundamentales; sin embargo, en cuanto insertado en una sociedad tecnológica, se ajusta perfectamente a los derechos fundamentales de la descrita “cuarta dimensión”. Como ya se ha mencionado en el Primer Capítulo, la Biotecnología carga el poder de modificar no sólo la realidad de un ser, sino de una civilización, no quedando dudas de que trasciende el mero análisis de los derechos individuales, atravesando necesariamente por un estudio de derechos de una colectividad.

Se deben, así, entender los derechos de “cuarta dimensión” como la búsqueda de protección y garantía de los bienes y los intereses

³⁵⁵ RODRÍGUEZ PALOP, M. E., *La Nueva Generación de Derechos Humanos*, cit., pp. 91-101.

colectivos armonizados con los intereses individuales.³⁵⁶ Lo que quiere decir que los derechos fundamentales de “cuarta dimensión” de ninguna manera tienden a suprimir, o a disminuir, los derechos individuales, sino que conviven con estos, con el propósito de alcanzar una realidad social mejor y más adecuada al desarrollo de los individuos-ciudadanos. Sin embargo, es preciso aclarar que los derechos en examen, incluso aspirando al bien de cada individuo insertado en una colectividad, no pueden ser divididos entre estos. Esto porque, en efecto, intentan formar un entorno, una realidad más adecuada para la colectividad, y por consiguiente, permitir una vida digna a cada ser humano. Consisten en los derechos que permite la sociedad tecnológica.³⁵⁷

En el espectro de la denominada “cuarta dimensión” se encuentran los derechos procedentes de las nuevas tecnologías, como las técnicas de manipulación genética, los avances en el área de la informática, sorprendentes técnicas en el campo de los trasplantes de órganos, entre tantos otros. Esta dimensión aún se encuentra poco definida, pero es obvio que los derechos surgidos como resultado de las nuevas tecnologías³⁵⁸, especialmente en el ámbito de la Biotecnología están insertados en ella. Las nuevas tecnologías, más concretamente las aplicadas al campo de la biología, han traído consigo una nueva realidad para el ser humano. El hombre acaba entrando en un mundo nuevo, consecuente de la sociedad tecnológica, donde derechos antes inexistentes – en razón del desconocimiento de determinadas premisas – van surgiendo, o, donde los derechos entonces existentes sufren la

³⁵⁶ Conviene aclarar que en el presente estudio se entiende que el interés general no deba ser visto como superior y opuesto a los intereses individuales. Así, al tratar en esta investigación los “intereses colectivos”, de ninguna forma se considera con una idea de transindividualismo. En efecto, se cree que así como en los derechos fundamentales no existe una relación absoluta de preferencia, lo mismo se produce cuando se habla de “intereses colectivos” e “intereses individuales”.

³⁵⁷ Sobre los derechos fundamentales en la sociedad tecnológica *vid.* RODRÍGUEZ PALOP, M. E., *La Nueva Generación de Derechos Humanos, cit.*, pp. 52-65.

³⁵⁸ PÉREZ LUÑO, A. E., “La contaminación de las libertades en la sociedad informatizada y las funciones del defensor del pueblo”. *Anuario de derechos humanos*, n. 4, 1986-87, pp. 259-289.

necesidad de una revisión o adecuación.³⁵⁹ Aquí despuntan las nuevas tecnologías aplicadas al campo de la biología que, concretamente con una problemática propia de los derechos de “cuarta dimensión”, acaban generando una serie de interrogantes, muchas de ellos aún sin respuestas.³⁶⁰ Se cuestiona la titularidad de los nuevos derechos que derivan de las mimas, así como su alcance, su profundidad y proporciones.³⁶¹ Sin embargo, lo importante en este momento es destacar que las nuevas tecnologías aplicadas a la biología poseen una influencia directa sobre el catálogo de los derechos fundamentales, ya sea mediante su modificación-adecuación, ya sea por el surgimiento de nuevos derechos.

Así, al tratar esta “dimensión”, estamos abriendo las puertas al surgimiento de nuevos derechos en la medida en que van produciendo transformaciones en los modelos económico-políticos de los Estados. Además, como está alertando la doctrina jurídica y los medios de comunicación, nos encontramos ante una crisis ecológica, así como ante un continuo avance tecnológico que puede presentar efectos perniciosos. Cuando tratamos la “cuarta dimensión” de los derechos fundamentales como de “solidaridad – fraternidad”, no pretendemos quedarnos en el mero aspecto formal, sino que queremos destacar que la solidaridad, en su versión jurídico-filosófico-política, debería servir de núcleo informador, o mejor, como fundamento de los nuevos derechos, exactamente para que estos sean conformes a la realidad social deseada.³⁶² La dimensión de derechos en examen trabaja con problemas planetarios, poseyendo

³⁵⁹ DURÁN, A. (coord.), *Genes en el laboratorio y en la fábrica*, Madrid, Trotta-Fundación, 1998, p. 208.

³⁶⁰ En esta parte se sigue la exposición de BELLOSO MARTÍN, N., “Sociedad tecnológica y cuestiones de bioética”, *cit.*, pp.13-74.

³⁶¹ Sobre la titularidad de los derechos fundamentales de cuarta dimensión, *vid.* RODRÍGUEZ PALOP, M. E., *La Nueva Generación de Derechos Humanos*, *cit.*, pp. 127-144.

³⁶² RODRÍGUEZ PALOP, M. E., *La Nueva Generación de Derechos Humanos*, *cit.*, pp. 146-77.

una gran preocupación por el futuro, para las generaciones venideras.³⁶³ La generación actual tiene una responsabilidad con respecto a la protección de las generaciones futuras; es decir, una preocupación por el actuar de hoy en día, en el sentido de garantizar la existencia de un mañana adecuado para el desarrollo del ser humano.

La solidaridad, aunque no pueda exigirse normativamente³⁶⁴ – a no ser que se aceptara un totalitarismo -, debería partir de todos los individuos; es decir, debería existir una “cultura de la solidaridad”, o debería ir más allá, hasta encontrar una “cultura del amor”. A pesar de que no pretendamos establecer ninguna relación de los derechos fundamentales con respecto a los ideales religiosos³⁶⁵, consideramos que la máxima de la religión católica en el sentido de “amar al próximo” debería ser utilizada con relación a la formación de los nuevos derechos. Conscientes que sería inviable una exigencia por parte del Estado de una “sociedad de solidaridad o amor”, pero no es imposible impulsar políticas que fomenten una “cultura” en este sentido.

Al reconocer que el hombre en una sociedad tecnológica, experimenta – y va a experimentar – nuevas tecnologías en el campo de la biología, el *rol* de los derechos fundamentales, previsto en los textos constitucionales, no debe interpretarse como taxativo, sino como ejemplificativo, posibilitando el surgimiento y reconocimiento de los derechos que vienen y continuarán surgiendo. El tratamiento, aunque sea

³⁶³ DWORKIN, R., *El dominio de la vida, cit.*, pp. 32-36.

³⁶⁴ Conviene señalar que una parte considerable de los derechos de cuarta dimensión no posee una consagración expresa en el Derecho constitucional; sin embargo, se presenta en el ámbito del Derecho internacional, ya sea mediante tratados, u otras modalidades de documentos transnacionales. En este sentido *vid.* EKMEKDJAN, M. A., *Tratado de Derecho Constitucional*, t. i., Buenos Aires, Depalma, 1993, p. 91.

³⁶⁵ NIETZSCHE, F., *A gaia ciência*, Tradução, notas e posfácio de Paulo César de Souza, São Paulo, Companhia das Letras, 2001, p. 135: “*Nuevas luchas – después de que Buda murió, su sombra siguió mostrándose en una caverna durante siglos – una sombra inmensa y terrible. Dios está muerto; pero, tal como son los hombres, durante siglos aún habrá cavernas en las que su sombra se mostrará. – en cuanto a nosotros – nosotros tenemos que vencer también su sombra.*”

superficial, con respecto a las dimensiones de los derechos fundamentales, tiene como intención demostrar la historicidad de estos, caracterizando la imprescindible necesidad de una visión abierta, posibilitando que estén siempre en consonancia con la realidad social, así como que sirvan de guía para el desarrollo de una sociedad justa. En última instancia, defendemos que el texto constitucional debe mantenerse abierto a la realidad social, a fin ajustarse con el mundo que lo envuelve.³⁶⁶

Las Constituciones posteriores a las dos guerras mundiales, han ofrecido, en su cuerpo, una posición preferente a los derechos fundamentales, como réplica a los abusos que se cometieron en la etapa anterior.³⁶⁷ En su mayoría, los textos constitucionales de la segunda mitad del siglo XX contemplaban la aplicabilidad inmediata de los derechos y de las garantías fundamentales, otorgándolos un *status* jurídico preferente - caracterizados como esenciales para la concreción de un Estado Democrático y Social de Derecho.³⁶⁸

Así los derechos fundamentales, junto con la definición de la forma de Estado, del sistema de gobierno, y de la organización del poder, integran la esencia del Estado Democrático. No son meros integrantes de una Constitución formal³⁶⁹, sino un elemento central de una Constitución material³⁷⁰. Considerando la relevancia de los derechos fundamentales

³⁶⁶ RODRÍGUEZ PALOP, M. E., *La Nueva Generación de Derechos Humanos*, cit., p. 86: "Desde esta 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."

³⁶⁷ WOLFGANG SARLET, I., *A eficácia dos direitos fundamentais*, cit., p. 76.

³⁶⁸ Conviene señalar que estamos ante la denominada aplicabilidad directa (o inmediata) de los derechos fundamentales, dado que se entiende que ésta aplicable a la totalidad de los derechos fundamentales, incluso a los que están previstos de forma esparcida por el texto constitucional brasileño, así como a los no expresados.

³⁶⁹ Se utiliza el término "formal", para referirse a un texto constitucional escrito.

³⁷⁰ Se hace uso del término "material" para hacer referencia a la existencia de los derechos materialmente relevantes, aunque no hayan sido reconocidos expresamente por los textos constitucionales. No tenemos la intención de profundizar en esta cuestión, pero resulta relevante para una posterior

dentro del ordenamiento jurídico de una nación, estos derechos representan también una *conditio sine qua non* del Estado Constitucional Democrático.³⁷¹ Puede afirmarse que los derechos fundamentales se configuran como un elemento operativo-constitutivo del Estado Democrático de Derecho.³⁷² No pueden ser considerados como una mera limitación sino que deben considerarse como criterios de legitimación del poder estatal y, por lo tanto, legitimadores del propio orden constitucional.³⁷³ En este punto, es significativa la interrelación entre los derechos fundamentales y el Estado de Derecho, por lo tanto “existe un estrecho nexo de interdependencia genético y funcional entre ambos, ya que el primero exige e implica, para serlo, la garantía de los derechos fundamentales, mientras que estos exigen e implican, para su realización, el reconocimiento y la garantía del Estado de Derecho.”³⁷⁴

Por lo tanto, un adecuado ámbito de las cuestiones surgidas en la sociedad tecnológica, debe estar acompañado de coherencia a la hora de aplicar los derechos, valores y principios fundamentales, como detenedores de la superioridad jerárquico-axiológica en el sistema. Habrá que llevar a cabo una operación de sopesar o ponderación de estos en

confrontación sobre la existencia de los derechos fundamentales no escritos; es decir, no previstos expresamente en los textos constitucionales.

³⁷¹ SCHNEIDER, H-P, “Peculiaridad y función de los derechos fundamentales en el Estado Constitucional Democrático”, *Revista de Estudios Políticos*, nº 7, 1979, p. 23.

³⁷² GESTA LEAL, R., *Perspectivas Hermenêuticas dos Direitos Humanos e Fundamentais no Brasil*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2000, pp. 163 e ss.

³⁷³ PÉREZ LUÑO, A. E., *Derechos Humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio*, cit., p. 19; MARQUES DA SILVA CABRAL PINTO, L., *Os Limites do Poder Constituinte e a Legitimidade Material da Constituição*, Coimbra, Coimbra Editora, 1994, p. 142: “(...) el poder se justifica por y para la realización de los derechos del hombre y que la idea de justicia es indisociable de tales derechos.”

³⁷⁴ Con respecto a la fuerte vinculación de los derechos fundamentales con el Estado Democrático de Derecho vid. BOLZAN MARMELSTEIN LIMA, *Crises do Estado e da Constituição e a transformação espacial dos direitos humanos*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2002, pp. 65 e ss.

muchos casos sin que pueda hablarse de ningún tipo de jerarquía rígida o pre-fijada entre sí.³⁷⁵

A su vez, un aspecto que merece atención reside en la “fundamentalidad”, que consiste en una característica fuertemente arraigada en los derechos fundamentales.³⁷⁶ Según Robert Alexy, con respecto a los derechos puede diferenciarse entre un aspecto formal y otro material.³⁷⁷ La fundamentalidad formal consistiría en la acogida, por parte del Derecho constitucional positivo - la previsión en el texto constitucional formal -, de ciertos derechos como siendo fundamentales. En este momento, se está tratando de derechos formalmente reconocidos, es decir, derechos constitucionales escritos. Derechos estos que poseen límites formales y materiales, que tienen como característica la aplicabilidad directa y vinculación inmediata para los entes públicos y privados, y que deben ser considerados inquebrantables. 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. Estos derechos – incluso por ser escritos - son fácilmente observados y relacionados con las nuevas tecnologías.

La “fundamentalidad” material, como sostiene Ingo Wolfgang Sarlet, “deriva de la circunstancia de que los derechos fundamentales representan el elemento constitutivo de la Constitución material, conteniendo decisiones fundamentales sobre la estructura básica del Estado y de la sociedad”³⁷⁸. Debido a la necesaria adecuación de la Constitución a la realidad social, se debe entender que existen derechos

³⁷⁵ BOCKENFORDE, E. W., *Escritos sobre derechos fundamentales*, Traducción de Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez, Alemanha: Baden-Baden, 1993, pp. 19-26; también, *vid.* ARONNE, R., *Direito Civil-Constitucional e Teoria do Caos: estudos preliminares*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2006, pp. 45-46.

³⁷⁶ MARTÍNEZ DE VALLEJO FUSTER, B., “Los Derechos Humanos como Derechos Fundamentales”, *cit.*, p. 55.

³⁷⁷ ALEXY, R., *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, pp. 435-437.

³⁷⁸ WOLFGANG SARLET, I., *A eficácia dos direitos fundamentais*, *cit.*, p 87.

materialmente fundamentales que en la misma y que no están expresamente previstos. Aquí se encuentran muchos de los derechos relativos a la Biotecnología. Derechos que pueden surgir según vayan exigiendo las nuevas tecnologías. Derechos no escritos que no pueden ser ignorados.

Por lo tanto, la apertura del catálogo de los derechos fundamentales – anteriormente mencionada y comentada - de ninguna manera caracteriza una fragilidad o incertidumbre en un texto constitucional, a la vez que no afecta de ningún modo a los derechos sedimentados. Por el contrario, evidencia un texto abierto, consciente de que la sociedad está en continuo desarrollo, pudiendo permitir nuevas necesidades y, por lo tanto, nuevos derechos que deben garantizarse. Apertura que además de caracterizar la imposibilidad de conocer la totalidad de los derechos fundamentales, aleja una desmedida e injustificada formalidad – que acabaría cerrando las puertas a la realidad social. Apertura que permite la adecuación para las transformaciones del ser humano que deben ser incluidas en el sistema jurídico - sin que sea necesaria la elaboración de nuevas Constituciones. Apertura que, incluso, permite debates como el presente, en que precisamente se preocupa por las nuevas tecnologías; con sus reflejos inmediatos y futuros y con su relación en los derechos fundamentales.

Al pretender un estudio centrado en las nuevas tecnologías – y, más concretamente, en las aplicadas al campo de la biología - la percepción de la existencia de derechos fundamentales materiales es un camino imprescindible para la interpretación de los eventuales nuevos contornos del Derecho público y privado correlato.³⁷⁹

³⁷⁹ ARONNE, R., *Direito Civil-Constitucional e Teoria do Caos, cit.*, p. 40: “La aprehensión del sentido del sistema jurídico en la resolución de las controversias sociales y, por lo tanto, frente a la realidad social, con un directo fundamento axiológico y principiológico, re-direccionando la comprensión del Derecho Civil contemporáneo, no fundamenta una pérdida de racionalidad sino que apunta a un

A pesar de que no se considere adecuado un concepto material - fijo y determinista - relativo a los derechos fundamentales, se considera relevante el establecimiento de contornos hermenéuticos. Un concepto único y rígido contraría la propia esencia de los derechos en cuestión, ya que además de estar vinculados al Estado en el que se reconocen, se moldean a la realidad social en la que se aplican. A causa de variantes económicas, políticas, sociales, y culturales, experimentadas en cada momento histórico, puede presentarse un abanico diferente de derechos fundamentales.

Así, un contorno de los derechos fundamentales apto para el debate propuesto, consistiría en un todo de los derechos fundamentales materialmente existentes en un Estado determinado – tanto los formalmente reconocidos (escritos), como los materialmente reconocidos, o los que estén por venir (futuros).³⁸⁰ Los derechos materialmente fundamentales son los relativos a la realidad y a la vida cotidiana de los seres humanos insertados en Estado determinado de Derecho. Se vive en una sociedad tecnológica, en la cual la realidad es mudable. Transformaciones estas que deben ser acompañadas por los derechos fundamentales.³⁸¹

El sistema jurídico es abierto. El sistema está compuesto no sólo de reglas, sino de principios y valores jerarquizados.³⁸² “Los

nuevo nivel de racionalidad, entrelazado con su interpretación constitucionalizada, visible por la también contemporánea noción de sistema axiológico.”

³⁸⁰

WOLFGANG SARLET, I., *A eficácia dos direitos fundamentais*, cit., p. 89.

³⁸¹

Al utilizar los términos “modificaciones” y “evoluciones”, consideramos que no estamos incurriendo en una redundancia. Identificamos el vocablo “modificación” con relación al tratamiento de cambios en un sentido amplio, aunque no constituya un paso ante la realidad del ser humano; es decir, abarca incluso las transformaciones negativas – retroceso. Y al hacer uso de “evolución”, nos estamos refiriendo específicamente las transformaciones evolutivas, siempre en un sentido de avance, aunque éste sea capaz de ocasionar reflejos negativos para el ser humano insertado en una colectividad.

³⁸²

FREITAS, J., *A interpretação sistemática do direito*, 5ª ed., São Paulo, Malheiros, 2010, p. 40: “En esta línea siempre con respecto a la imprescindible e irrenunciable meta de un concepto armónico con racionalidad intersubjetiva, se entiende más apropiado que se conceptualice el sistema jurídico como una red

derechos fundamentales, ante su aspiración principiológica, se constituyen sin eliminar la concreción de la dignidad de la persona humana”.³⁸³ Se puede observar la validez de esta afirmación, desde la reflexión de que los derechos a la vida, libertad e igualdad, concretamente, no pueden ser vistos como disociados del principio de la dignidad de la persona humana, precisamente por aquéllos que representen las exigencias más básicas para la concreción de este último.³⁸⁴ En realidad, los derechos fundamentales tienen un denominador común basado en el principio de dignidad humana.³⁸⁵ Existen estudiosos que defienden que la “dignidad de la persona humana” se concretizan mediante el reconocimiento y la positivación de los derechos y garantías fundamentales.³⁸⁶ No compartimos esta línea de interpretación, ya que, la concreción de la dignidad de la persona humana no se perfecciona con el mero reconocimiento y positivación de los derechos fundamentales, sino con su efectiva realización.³⁸⁷

. La dignidad de la persona humana representa un punto de referencia que permite examinar y controlar cualquier nueva tecnología. Ya no se tolera una vida desnuda, ya no se plantea un *homo sacer*.³⁸⁸ El

axiológica y jerarquizada de principios generales y tópicos, de normas y de valores jurídicos, evitando o superando antinomias, cuya función es la de dar cumplimiento a los principios y objetivos fundamentales del Estado Democrático de Derecho, expresa o implícitamente contemplados en la Constitución.”

³⁸³ ARONNE, R., *Direito Civil-Constitucional e Teoria do Caos*, cit., p. 49.

³⁸⁴ ALEGRE MARTÍNEZ, M. A., *La dignidad de la persona como fundamento del ordenamiento constitucional español*, cit., p. 19.

³⁸⁵ ALEGRE MARTÍNEZ, M. A., *La dignidad de la persona como fundamento del ordenamiento constitucional español*, cit., p. 43: “(...) 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.”

³⁸⁶ Posição adotada por VIEIRA DE ANDRADE, J., *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, cit. p. 83; WOLFGANG SARLET, I., *A eficácia dos direitos fundamentais*, cit., p. 107.

³⁸⁷ ALEGRE MARTÍNEZ, M. A., *La dignidad de la persona como fundamento del ordenamiento constitucional español*, cit., p. 19.

³⁸⁸ *Homo Sacer* considerado como un ser que se encuentra entre el hombre y el animal, prácticamente sin atributos de ser humano. Un inhumano. Un cadáver ambulante, en condición de supervivencia. Un mínimo biológico, caracterizado como desnudez – vida desnuda. Un ser para quien la dignidad no tendría ningún

ser humano, y respectivamente su dignidad, comienzan a ser entendidos como una finalidad del Estado, y no como un medio de la actividad estatal. La Constitución consagra la idea de la dignidad de la persona humana por el simple hecho de ser humano”, en *latu senso* - dentro de una visión isonómica, no haciendo distinciones raciales, sexistas, económicas, o de cualquier otra especie. Postura que fue desarrollada desde los postulados filosóficos, teniendo como ejemplo, la interpretación presentada por Immanuel Kant, que creía que el concepto de dignidad partía de la autonomía ética del ser³⁸⁹, que sostuvo que, el ser humano no puede ser tratado como un objeto. En este sentido, observar las Ingo Wolfgang Sarlet afirma:

(...) Es preciso, sin embargo, 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 manera que también el absolutamente incapaz (por ejemplo, el portador de una grave discapacidad mental) posee exactamente la misma dignidad que cualquier otro ser humano física y mentalmente capaz. (...)³⁹⁰

Por lo tanto, la dignidad se vincula directamente al ser humano-individuo como una característica intrínseca de este, del que no se puede disociar.³⁹¹ La dignidad de la persona humana, reconocida y positivada, es inherente a un individuo (a todos los seres humanos insertados en la colectividad, pero individualmente hablando); es decir, no puede ser vista como vinculada a un ser ideal o abstracto. Resulta evidente la distinción entre la dignidad de la persona humana - establecida en el texto constitucional -, y la dignidad humana - establecida en los tratados internacionales.

sentido. Sobre el *Homo Sacer* y la *vida desnuda*, vid. AGAMBEN, G., *Homo Sacer*, *cit.*.

³⁸⁹ WOLFGANG SARLET, I., *A eficácia dos direitos fundamentais*, *cit.*, p. 112.

³⁹⁰ WOLFGANG SARLET, I., *A eficácia dos direitos fundamentais*, *cit.*, p.115.

³⁹¹ GALÁN JUÁREZ, M., *Antropología y derechos humanos*, Madrid, Dilex, 1999, p. 102: “La dignidad de la persona es el rango de la persona como tal.”

El principio de la dignidad de la persona humana, aunque sus contornos dependan del ordenamiento jurídico en el que se inserta, posee un *status* de principio fundamental. Este principio supera la esfera ética y moral (obviamente no se está negando este carácter), consistiendo en un valor jurídico fundamental de la comunidad. Así, el principio de dignidad de la persona humana constituye un valor-guía, no sólo en lo que concierne a los derechos fundamentales, sino a todo el ordenamiento jurídico constitucional.³⁹² Con todo, resulta difícil establecer una definición cristalina de la misma, precisamente porque se trata de un concepto de contornos vagos e imprecisos. Sin embargo, aunque no pretendamos estatuir un concepto único y suficiente con respecto a la dignidad de la persona humana, es innegable su existencia real, ya que fácilmente se identifican, en la realidad social, los momentos en los que aquélla es agredida o despreciada.³⁹³

La referencia que aquí estamos haciendo al principio de dignidad humana obedece a que resulta imprescindible en cuanto criterio axiológico y hermenéutico que ayuda a esclarecer los derechos biotecnológicos. Aquí, se adopta la interpretación de que el principio de dignidad humana deba ser visto como un ápice axiológico del ordenamiento jurídico, principalmente para los derechos fundamentales – donde no existe una jerarquía rígida entre derechos -, debiendo realizarse un análisis desde los casos concretos. En este sentido, se considera que tal principio posee una función precípua de configurar y filtrar los derechos fundamentales en un caso concreto. El principio de dignidad de la persona humana sería como un “tamiz”, por el cual todos los derechos en juego, con relación al análisis de cierta situación en concreto, deberían de pasar. De esta manera, los derechos, principios y valores más adecuados para concretar la dignidad de la persona humana, deberían de tener mayor influencia.

³⁹² PÉREZ LUÑO, A. E., *Derechos Humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio*, cit., p. 180.

³⁹³ WOLFGANG SARLET, I., *A eficácia dos direitos fundamentais*, cit., p. 113.

Se adopta aquí la interpretación de que los derechos fundamentales están al servicio del bien del hombre; es decir, consisten en una búsqueda por una situación cada vez más benéfica para el ser humano considerado como algo incierto en una colectividad. Los citados derechos deben servir para proteger el planeta en términos amplios, aspirando a la creación y al mantenimiento de un entorno saludable para los seres humanos. Por ello, acaban saliendo al encuentro de la aplicación de nuevas técnicas biológicas.

2.4. Toma de posición: la (in)viabilidad de defensa de la puesta en práctica de genotécnicas humanas

A lo largo de este Capítulo hemos observado la existencia de un creciente fenómeno denominado transhumanismo – mediante el cual se defiende una amplia aplicación de la tecnología para un perfeccionamiento (esmero) del ser humano – tendente a convertir al hombre en algo más que lo humano (el post-humano). Se ha pretendido demostrar la creciente relevancia de los debates en términos de Biotecnología, principalmente en lo que se refiere a las que son (o pueden venir a ser) aplicados al ser humano. Hemos analizado los derechos fundamentales como derechos constitucionales, que, según la posición que se adopta en esta investigación, guardan una íntima relación con los debates sobre las prácticas biotecnológicas.

A partir de la investigación hasta aquí realizada, conviene adoptar la posición de que existe una creciente tendencia de puesta en práctica de las biotecnologías, principalmente las aplicadas al ser humano. Esto significa que las nuevas biotecnologías humanas son una realidad que merece atención por parte del Derecho y de la Filosofía del Derecho. A pesar de entender que los aspectos éticos puedan influir en decisiones que se adopten tales como la puesta en práctica de nuevas

biotecnologías, o la imposición de límites a las mismas, consideramos que puede defenderse la puesta en práctica de nuevas biotecnologías humanas que tengan como fin la garantía de los derechos fundamentales. Y, si las biotecnologías son una realidad, ello nos lleva a nuevos interrogantes: ¿cómo explicar, desde el Derecho, el tránsito del material biológico humano necesario para su implementación? Esta es la cuestión que motiva el Tercer Capítulo de esta investigación.

**CAPITULO III – LA
DISCUTIDA
(IN)DISPONIBILIDAD SOBRE
EI CUERPO HUMANO**

Premisa

A partir de lo que hemos venido exponiendo en los Capítulos anteriores sobre las amplias posibilidades derivadas de las biotecnologías humanas, surge un interrogante central: el hombre ¿puede disponer de su propio cuerpo – más concretamente de su material genético – con fines terapéuticos y no terapéuticos? Esta pregunta representa el objeto central de este capítulo. Se pretende llegar a una respuesta (o numerosas respuestas) desde las reflexiones operadas a partir de la (in)disponibilidad de los derechos fundamentales (3.1), así como de la (in)disponibilidad de los derechos de personalidad (3.2).

Las nuevas biotecnologías humanas pueden ser aplicadas de forma que impliquen, o no, la herencia, así como pueden, o no, ser utilizadas con fines terapéuticos. Se vive una realidad en la que el fenómeno denominado transhumanismo gana fuerza – como tendencia de aceptación y estímulo a la mejora humana. Y así desembocamos en la tradicional afirmación de que los derechos fundamentales son indisponibles. Aseveración ésta que por sí misma está cargada de imprecisiones, en la medida en que no están adecuadamente claro los contornos de este modo de indisponibilidad. ¿Se trata de un mero axioma,³⁹⁴ independiente de cualquier justificación? Y ¿cuál sería la connotación correcta, si es que existe, de la reflexión de indisponibilidad

³⁹⁴ El signo “axioma” aquí se emplea como “una proposición cuya veracidad es aceptada por todos, dado que no es ni posible ni necesario probarla. Por ello, los axiomas pueden aplicarse exclusivamente mediante la lógica, y deducirse sin la intervención de puntos de vista materiales. La veracidad de los axiomas es demostrada por su propia y mera afirmación, como si fueran autoevidentes. No se encuentran, por lo tanto, en el mundo jurídico del deber ser, cuya concreción es siempre práctico-institucional”, en SARMENTO, D., *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo a supremacia do interesse público*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007, pp. 176-177.

de los derechos fundamentales? ¿Sería aquella de que la indisponibilidad, en conjunto con otros elementos, supone el contenido del derecho fundamental en sí, o aquella de que un sistema jurídico pueda establecerla normativamente para que derechos de tal tipología estén garantizados?

Dividiremos este Capítulo en cuatro partes. En la primera parte abordaremos la (in)disponibilidad de los derechos fundamentales (3.1). Para un adecuado desarrollo de la investigación – nos ocuparemos del tema de la (in)disponibilidad desde la doctrina de referencia (3.1.1), donde destacaremos la imprecisión impuesta a tal (in)disponibilidad, y demostraremos que ésta no se refiere a una mera cuestión semántica. En un apartado posterior diferenciaremos la “indisponibilidad” de otras figuras afines (3.1.2), lo que resulta relevante para la puesta en práctica de la genotécnica humana. Profundizaremos en los derechos subjetivos (3.1.3), y en las teorías de la voluntad (3.1.3.1) y del interés (3.1.3.2). También analizaremos el derecho de libertad (3.1.4) y su relación con la (in)disponibilidad de los derechos fundamentales.

La segunda parte del capítulo se destinará a un análisis de los derechos de personalidad (3.2). Tópico en el que analizaremos las “excepciones” – desde las prácticas socialmente aceptadas hasta las éticamente justificables - a la tradicionalmente defendida indisponibilidad sobre el cuerpo humano. Finalizaremos el Capítulo con la toma de posición personal como la (in)disponibilidad sobre el material genético humano (3.3) y la indicación de algunas otras cuestiones que veremos en el Cuarto Capítulo de esta investigación.

3.1. (In)Disponibilidad de derechos fundamentales

Para analizar la (in)disponibilidad sobre el cuerpo humano vamos a partir de un estudio sobre la (in)disponibilidad de los derechos fundamentales para, seguidamente, plantearlos en términos de derechos de personalidad y en la disposición del cuerpo humano.

3.1.1. El ámbito ofrecido por la doctrina sobre la (in)disponibilidad de los derechos fundamentales

En la investigación doctrinal realizada sobre esta cuestión hemos observado que una parte mayoritaria de los autores que tratan el tema, se manifiestan en el sentido de que los derechos fundamentales son indisponibles.³⁹⁵ Por tanto los privatistas se manifiestan partidarios igualmente de la indisponibilidad los derechos de personalidad.³⁹⁶ Es preciso hacer referencia, a pesar de que sean debidamente apuntadas las diferenciaciones para los derechos fundamentales, que los

³⁹⁵ En este sentido apunta José Afonso da Silva: "II – inalienabilidad: son derechos intransferibles, innegociables, porque no son de contenido económico patrimonial. Si el orden constitucional los reconoce, no podemos deshacernos de ellos porque son indisponibles." SILVA, J., *Curso de Direito Constitucional positivo*, São Paulo, Malheiros, 1999, p. 166; A su vez Tupinambá Miguel Castro do Nascimento sostiene que: "Los derechos y garantías individuales son indisponibles. Sus titulares no pueden transferirlos, negociarlos o alienarlos a cualquiera que sea." CASTRO DO NASCIMENTO, T. M., *Comentários à constituição federal: direitos e garantias fundamentais – artigos 1o a 17*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1997, p. 17. Exactamente en el mismo sentido: CAPEZ, F. [et. al.], *Curso de direito constitucional*, São Paulo, Saraiva, 2004.

³⁹⁶ Una parte considerable de la doctrina privatista caracteriza los derechos de la personalidad como indisponibles. El tema será debidamente retomado en un tópico propio (3.2), razón por la cual optamos sólo por mencionar la caracterización general de los derechos de la personalidad como indisponibles. En este sentido *vid.* PERES GEDIEL, J., "A irrenunciabilidade dos direitos do trabalhador", en WOLFGANG SARLET, I., *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2003; DONEDA, D., "Os direitos da personalidade no Código Civil", en TEPEDINO, G., *A parte geral do novo Código Civil: estudos numa perspectiva civil- constitucional*, Rio de Janeiro, Renovar, 2003; TEPEDINO, G., *Temas de direito civil*, Rio de Janeiro, Renovar, 1999.

internacionalistas, en las obras observadas para el presente estudio, consideran indisponibles los derechos humanos.

Si bien la doctrina mayoritaria, de los diversos campos del derecho, concretamente, adoptan la interpretación de que los derechos fundamentales son indisponibles,³⁹⁷ no está exenta de cierta polémica. En efecto, la realidad puede presentar nuevas situaciones fácticas que ponga “en jaque” una reflexión permeada de certeza. ¿Qué sentido jurídico tiene la indisponibilidad ¿No es un legado moderno que podría replantearse en una realidad sabidamente post-moderna?

Algunos autores, incluso reconociendo las incidencias prácticas de la sociedad tecnológica que implican la disponibilidad de los derechos fundamentales, se mantienen firmes en su “certeza inquebrantable” – aunque a vez no fácilmente defendible. Autores estos que delinear, de una forma u otra, tal especie de incidencias en el campo de la “aberración” – de forma que se caractericen como insuficientes para justificar una revisión del primado de la “indisponibilidad”. Por otro lado, resulta cada vez más frecuente encontrar textos que, al reconocer que existen situaciones fácticas en que se evidencia la disponibilidad de los derechos fundamentales, se manifiestan partidarios de una relativización del primado clásico.³⁹⁸ Por tanto, hay autores que defienden la disponibilidad de los derechos fundamentales (y de los derechos de personalidad).³⁹⁹

³⁹⁷ OLIVEIRA, A., *Curso de Direitos Humanos*, Rio de Janeiro, Forense, 2000.

³⁹⁸ El autor que replanteó la indisponibilidad de los derechos, para defender, en alguna medida, una relativización es Gustavo Tepedino. TEPEDINO, G. [et al.], *Código civil interpretado conforme a constituição da república*, vol. I, Parte Geral (arts. 1o a 420), Rio de Janeiro, Renovar, 2004. Otros que relativizan la idea de indisponibilidad son: SARMENTO, D., “A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil”, en BARROSO, L. R. (Org.), *A reconstrução democrática do direito público no Brasil*, Rio de Janeiro, Renovar, 2007; SILVA, V., *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*, São Paulo, 2004; GOMES CANOTILHO, J. J., *Direito constitucional e teoria da constituição*, cit., p. 422.

³⁹⁹ SANTOS CUNHA, A., “Dignidade da pessoa humana: conceito fundamental no

Los autores que defienden la indisponibilidad, aunque de forma no expresa, incurren en la interpretación de que aquélla consistiría en una calidad inherente a los derechos fundamentales. Por tanto acaban tratando el tema a partir de la manifestación de que la indisponibilidad deriva de la inalienabilidad y que la inalienabilidad deriva de la indisponibilidad. Un tratamiento que aquí se opta por denominar “modelo *looping*”, ante su carácter no lineal, sino circular. Posición doctrinal que, por debilidad en la racionalidad expresa, acaba dificultando una correcta comprensión de la “(in)disponibilidad de los derechos fundamentales”.

Los autores que defienden la relativización, o incluso la disponibilidad de los derechos fundamentales como premisa, a pesar de que no estén libres de una serie de lagunas y oscuridades, presentan posiciones sensiblemente más racionales. En sus textos, la disponibilidad se presenta como vinculada a la voluntad manifiesta en las relaciones interpersonales que, en alguna medida, implican concesiones sobre un derecho fundamental. Esto significa que estos autores trabajan con la perspectiva de la autonomía del titular del derecho, o incluso de los derechos, que permitiría su debilitación. Por tanto, trabajan con la perspectiva de lo que podría afectar el bien tutelado por parte del propio titular y otros con la de modificación de la relación jurídica del derecho fundamental ante terceros. Conviene que analicemos, de forma más detenida, los sentidos que puede darse a esa (in) disponibilidad por parte de la doctrina.

En la realidad se pone de manifiesto que los derechos son en cierta medida disponibles. Desde una posición absoluta sobre la indisponibilidad, ello podría asumirse como un problema en la eficacia y la

direito civil”, en MARTINS-COSTA, J., *A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais no direito privado*, São Paulo, RT, 2002; REIS NOVAIS, J., “Renúncia a direitos fundamentais”, en MIRANDA, Jorge, *Perspectivas constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976*, Coimbra, Ed. Coimbra, 1996; DE CUPIS, A., *Os direitos de personalidade*, Lisboa, Livraria Moraes Editora, 1961.

garantía de los derechos, que debe ser contrarrestado; sin embargo, la cuestión es más compleja, pues debe tenerse en cuenta que no toda disposición de los derechos fundamentales equivale a una lesión. Es más, por el contrario, el ejercicio de ciertos derechos implica en muchas ocasiones la disposición o la decisión de no ejercer posiciones iusfundamentales propias, es decir, contenidos *prima facie* protegidos por los derechos fundamentales. Igualmente, en los negocios jurídicos entre particulares se incide con regularidad en el ejercicio y el ámbito subjetivo de los derechos fundamentales (asunto que, pese a la tantas veces repetida naturaleza “irrenunciable” de los derechos y a la también reiterada “eficacia horizontal de los derechos”, ha sido insuficientemente tratado).

La indisponibilidad de los derechos no significa la prohibición absoluta de celebrar negocios jurídicos que incidan en el ejercicio de los ámbitos iusfundamentales. No obstante, es necesario entender qué significa esta “indisponibilidad” para comprender mejor cómo los derechos fundamentales se relacionan con la autonomía privada, es decir, cómo es que se manifiesta la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares (eficacia horizontal), especialmente en los negocios contractuales. Al respecto, de un estudio (siempre insuficiente) sobre el significado y los alcances de los derechos fundamentales, podemos establecer cuanto menos cinco sentidos posibles sobre el significado de la “indisponibilidad” de los derechos:⁴⁰⁰

(a) Todo derecho fundamental es indisponible por ser constitutivo de la condición de ser humano digno.

⁴⁰⁰ En la exposición de estos cinco sentidos sobre el significado de la disponibilidad de los derechos vamos a seguir el trabajo de: SOSA SACIO, J.M., “Sobre el carácter “indisponible” de los derechos humanos”. Ponencias Inéditas del IX Congreso de Derecho Constitucional. *Gazeta Constitucional*, nº9, pp. 503-516. http://www.academia.edu/3827685/Sobre_el_car%C3%A1cter_indisponible_de_los_derechos_fundamentales. Consultado el 11 de septiembre de 2015.

Así, si se considera a los derechos fundamentales como atributos inherentes a la persona o como exigencias indispensables para entender al ser humano en cuanto tal; si partimos de posiciones (iusnaturalistas) que exigen al Derecho positivo respetar o reconocer los “derechos morales”⁴⁰¹ o “derechos naturales”⁴⁰² para poder tener validez, o es considera derechos anteriores y superiores a la organización política y, en tal sentido, indelegables al Estado que no los otorga sino solo los reconoce, se llega a la conclusión de que los derechos fundamentales en su conjunto son indisponibles en el sentido de “irrenunciables” ante el poder público, por ser premisas ontológicas del ser humano contemporáneo. En similar sentido, los derechos también pueden ser concebidos como un “coto vedado”,⁴⁰³ “triumfos políticos”⁴⁰⁴ o una “esfera de lo indecible”⁴⁰⁵ frente a las mayorías y los poderes públicos y privados. Desde esta perspectiva, los derechos esenciales son ámbitos excluidos a las decisiones políticas y al intercambio en el mercado, y tienen más bien el carácter de “pre-compromisos” establecidos en las Constituciones, para protegerlos institucionalmente frente a excesos de poder que puedan presentarse en el futuro.

(b) El ámbito indisponible de los derechos es el denominado “contenido esencial”.

⁴⁰¹ NINO, C.S., *Ética y derechos humanos*, Astrea, Buenos Aires, 1989, p. 14 y ss., especialmente 40-48; DWORKIN, R. *Los derechos en serio*. Ariel, Barcelona, 1989.

⁴⁰² Vid. CIANCIARDO, Juan. “Humana lura. Realidad e implicaciones de los derechos humanos”. En: *Natura, ius, ratio. Estudios sobre la filosofía jurídica de Javier Hervada*. En Pedro Rivas (editor) Universidad de Piura - Ara. Lima, 2005, p. 126 y ss.; SALDAÑA, J., “¿Son o no los derechos humanos derechos naturales?”. En: *Liber ad honórem Sergio García Ramírez*. Tomo I, UNAM, México, 1998. Cfr. PÉREZ LUÑO, A.E., *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Tecnos, Madrid, 1999, pp. 54-56; PECES BARBA, G., *Derechos fundamentales*, Latina, Madrid, 1980, pp. 18-19; del mismo autor, *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*. Universidad Carlos III y BOE, Madrid, 1999, p. 25 y ss.

⁴⁰³ GARZÓN VALDÉS, E., “Algo más acerca del ‘coto vedado’”. En: *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*. Nº 6, 1989, pp.209-213.

⁴⁰⁴ DWORKIN, R. *Los derechos en serio*, cit., p. 37.

⁴⁰⁵ FERRAJOLI, L., “La esfera de lo indecible y la separación de poderes”. En: *Palestra del Tribunal Constitucional*. Nº 2, Vol.XXVI, febrero de 2008, pp. 120-125.

Es conocido que la doctrina y la jurisprudencia reconocen que los derechos fundamentales no son ilimitados, sin embargo, toda posible intervención se admite siempre que se respete el “contenido esencial” de los derechos (en otras palabras, que las restricciones pueden producirse en el contenido “no esencial” o “adicional”). En el sentido anotado, el contenido esencial es concebido como un ámbito indisponible para el legislador, pero también para todos los poderes públicos, e incluso para los particulares en la medida en que estos también pueden intervenir en el contenido inicialmente protegido de los derechos.

(c) Los derechos fundamentales son disponibles en cuanto a su ejercicio, pero indisponibles en cuanto a su contenido protegido o titularidad.

En tal sentido, puede señalarse que la disponibilidad de los derechos solo afectaría su ámbito subjetivo, su ejercicio concreto, mas no las disposiciones, normas o posiciones de derecho fundamental de carácter objetivo. Con ello, los sujetos activos de los derechos fundamentales no perderían la titularidad de los derechos cedidos, ni se afectaría el conjunto de disposiciones iusfundamentales abarcadas por la disposición que consagra el derecho. Se trataría, pues, de la disposición únicamente sobre el ejercicio del derecho, no sobre su titularidad.⁴⁰⁶

⁴⁰⁶ “Es preciso (...) distinguir entre el ejercicio de un derecho y su titularidad. La indisponibilidad de los derechos fundamentales no se refiere al ejercicio sino a su titularidad, que no deja de existir, con independencia de lo que hagamos o queramos, dado que los derechos fundamentales no son sino normas (téticas)” FERRAJOLI, Luigi et al. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Editorial Trotta, Madrid, 2001, pp. 162-163. También sobre la irrenunciabilidad de la titularidad de los derechos, más no de su ejercicio: TALAVERA, Pedro. “Derechos humanos ¿inalienables o disponibles?”. En: *Manual de derechos humanos*. José Justo Megías Quirós (coordinador) The global law collection. Thomson-Aranzadi, Cátedra Garrigues, Navarra, 2006, pp. 213-216.

(d) Los derechos indisponibles son aquellos “fundamentales” en sentido estricto, pero no los “patrimoniales” constitucionales.

Luigi Ferrajoli ha establecido diferencias entre los “derechos fundamentales” y los “derechos patrimoniales”, ambos comúnmente comprendidos bajo el mismo rótulo de “derechos constitucionales”. Al respecto, indica que los derechos fundamentales (derechos de libertad, derecho a la vida, derechos civiles, políticos y sociales) son derechos universales y verticales, además de indisponibles, inalienables, inviolables, intransigibles y personalísimos; por su parte, los derechos patrimoniales (derechos de propiedad y demás derechos reales, derechos de crédito) son singulares y horizontales, asimismo, disponibles, negociables y alienables.⁴⁰⁷

(e) El ámbito indisponible de los derechos está vinculado a la noción de exigencias o necesidades básicas.

Trascendiendo al lenguaje impreciso y algo insincero de los “derechos fundamentales”⁴⁰⁸ (debido al reconocimiento de bienes de distinta naturaleza y que no pueden ser igualmente exigibles), desde la filosofía moral y política se han elaborado listas o criterios para reconocer ciertos requerimientos esenciales que deben ser garantizados para todas las personas, con miras a vivir en una sociedad verdaderamente justa, en la que sea posible el bienestar y el desarrollo de las capacidades de cada uno. Si bien existen discrepancias sobre los contenidos listados o los criterios empleados, es fácil entender que se tratan de pretensiones mínimas y, por lo tanto, ineludibles, para lograr una sociedad de

⁴⁰⁷ FERRAJOLI, L. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Traducción de Andrés Perfecto Ibáñez y Andrea Groppi. Trotta, Madrid, 1999, pp. 46-47. Más precisiones sobre esta distinción en: FERRAJOLI, Luigi et al. Los fundamentos de los derechos fundamentales. *Op. cit.*, p. 153 y ss.

⁴⁰⁸ NUSSBAUM, M., *Capacidades como titulaciones fundamentales. Sen y la justicia social*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005, p. 31 y ss.

ciudadanos dignos, libres y básicamente iguales. Así, se desarrollan las nociones de capacidades básicas,⁴⁰⁹ titulaciones fundamentales, bienes básicos,⁴¹⁰ reclamos de necesidad, etc.

3.1.2. La trilogía: titularidad de la dimensión subjetiva, intersubjetividad y el objeto de la relación iusfundamental

MARTEL⁴¹¹, cuando trabaja con la cuestión de la indisponibilidad de los derechos fundamentales, hace uso del término “trilogía” para configurar sus pilares esenciales: la titularidad de la dimensión subjetiva, la intersubjetividad y el objeto de la relación jurídica iusfundamental. A partir del planteamiento de la autora, vamos a analizar cada una de las patas de esta trilogía.

3.1.2.1. La titularidad de la dimensión subjetiva

Para llevar a cabo una adecuada interpretación de la “(in)disponibilidad” de los derechos fundamentales, conviene partir de que una eventual disposición sólo puede plantearse desde posiciones subjetivas de los derechos fundamentales.⁴¹² Además, sólo el titular de estas posiciones subjetivas de derechos fundamentales podría ejercer la eventual disponibilidad.⁴¹³ De dónde se desprende que la titularidad es de quien se configura como sujeto activo de la relación de derecho

⁴⁰⁹ SEN, A., *Desarrollo y libertad*, Planeta, Bogotá, 2000.

⁴¹⁰ RAWLS, J., *Teoría de la justicia*. Fondo de Cultura Económica, Madrid, 1999.

⁴¹¹ CAMPOS VELHO MARTEL, L., “Indisponibilidade de direitos fundamentais: conceito lacônico, consequências duvidosas”, en SARMENTO, D.; WOLFGANG SARLET, I. (coord), *Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica*, São Paulo, Lúmen & Júris Editora, 2001, pp. 75-112.

⁴¹² Aquí se parte de la interpretación de que si la dimensión objetiva no corresponde a una subjetiva no hay que pensar en una disposición. CAMPOS VELHO MARTEL, L., “Indisponibilidade de direitos fundamentais”, *cit.*, p. 98.

⁴¹³ Afirmación que deriva de la lógica de que sólo quien detenta algo (titular) puede disponer de ese algo.

subjetivo.⁴¹⁴ Derecho subjetivo, que en esta Tesis se entiende como el poder que el individuo detenta para hacer valer sus derechos a partir de la incidencia de una norma (derecho objetivo) sobre una situación fáctica.⁴¹⁵ Derecho subjetivo es el derecho del sujeto, en un sentido amplio, de servirse de las posibilidades derivadas de la conformación concreta de los derechos fundamentales. Así, es “el poder reconocido por el ordenamiento a un sujeto para la realización de un interés propio del sujeto”.⁴¹⁶

MIRANDA aclara que, en el ámbito del Derecho constitucional, no existirían mayores motivaciones para una diferenciación entre la titularidad de derechos fundamentales y la capacidad civil, en la medida en que la primera tiene un espectro más amplio que la segunda. Apunta el autor que la titularidad del derecho fundamental abarca siempre la capacidad de su ejercicio.⁴¹⁷ GOMES CANOTILHO considera que no es necesaria una diferenciación.⁴¹⁸ SARLET también se adhiere a que no es necesario diferenciar entre la titularidad y la capacidad jurídica. Sostiene

⁴¹⁴ Reseñamos que hay una titularidad transindividual (colectiva o difusa) de derechos fundamentales destinados a la protección de grupos humanos. Sobre el tema *vid.* LAFER, C., *A reconstrução dos direitos humanos*, São Paulo, Companhia das Letras, 1991; BONAVIDES, P., *Curso de direito constitucional*, 24. ed., São Paulo, Malheiros, 2009; BONAVIDES, P., “A quinta geração de direitos fundamentais”, *Revista Direitos Fundamentais & Justiça*, ano 2, n. 3, pp. 82 e ss., abr-jun. 2008; WOLFGANG SARLET, I., *Curso de direito constitucional*, Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2012, pp. 302-303; WOLFGANG SARLET, I.; FENSTERSEIFER, T., *Direito ambiental: introdução, fundamentos e teria geral*, São Paulo, Saraiva, 2014.

⁴¹⁵ WOLFGANG SARLET, Ingo, *Curso de direito constitucional*, Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2012, pp. 292-295.

⁴¹⁶ PERLINGIERI, P., *Perfis do direito civil*, 2. ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2002, p.120. Sobre el alcance extrapatrimonial de los derechos subjetivos *vid.* BORGHETTI CANTALI, Fernanda, *Direitos da personalidade: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana*, Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2009, pp. 61-73.

⁴¹⁷ MIRANDA, J.; MEDEIROS, r., *Constituição Portuguesa anotada*, t, I, 2. Ed, Coimbra, Ed. Coimbra, 2010, pp. 112-113.

⁴¹⁸ El autor, además, aclara la existencia de derechos fundamentales que pueden ser ejercidos sin mayor madurez, hecho que de por sí demostraría la no necesidad de diferenciación. Sobre el tema *vid.* GOMES CANOTILHO, J. J.; MOREIRA, V., *Constituição da República Portuguesa anotada. Art. 1º a 107º*, 4. Coimbra Ed., 2010, pp. 331-332.

que el la titularidad de los derechos fundamentales no puede realizarse en abstracto, ya que demanda una visión tópica para ello.⁴¹⁹ No se debe pensar en una previa titularidad de los derechos fundamentales, lo que conduce a la conclusión de que cada derecho debe observarse a partir de un contexto concreto para que, a partir de ahí, puedan identificarse individualmente los sujetos de la relación jurídica.⁴²⁰

Por consiguiente, la titularidad es de quien se configura como sujeto activo de la relación de derecho fundamental, dado que su identificación demanda una atenta visión al caso concreto. De hecho, existen casos complejos que implican la atribución de titularidad de derechos fundamentales, principalmente los relativos al “límite de la vida”, como se produce en el caso del embrión humano.

3.1.2.2. La intersubjetividad

El derecho subjetivo siempre es relacional, en la medida en que establece una relación entre los diversos sujetos. Los derechos subjetivos son intersubjetivos, por lo que una eventual disposición deriva, necesariamente, de un desplazamiento de posiciones subjetivas de derechos fundamentales entre dos (o más) sujetos.⁴²¹

⁴¹⁹ Conviene apuntar que, incluso, hay derechos fundamentales atribuidos a la personas en condiciones determinadas (cónyuge, hijo, trabajador, etc.), lo que caracteriza la necesidad de observación en la tópica – incluso reconociendo el principio de la universalidad. GOMES CANOTILHO, J. J.; MOREIRA, V., *Constituição da República Portuguesa anotada, cit.*, p. 112.

⁴²⁰ WOLFGANG SARLET, I., *Curso de direito constitucional, cit.*, pp. 302-303.

⁴²¹ CAMPOS VELHO MARTEL, L., “Indisponibilidade de direitos fundamentais”, *cit.*, pp. 98-99.

3.1.2.3. El objeto de la relación jurídica fundamental

El objeto de la relación jurídica fundamental no es el bien protegido, sino la acción de modificar la posición en cuanto a sus sujetos y a su objeto. Así, el mero uso, goce, fruición, ejercicio o incluso la destrucción de un bien por el titular no es obligatoria en una disposición de una posición subjetiva de derecho fundamental: 1) porque el titular puede hacerlo sin implicar a otro sujeto; 2) porque la relación en este caso puede darse entre el titular del derecho y el bien. Sin embargo, no se deja aquí de reconocer la posibilidad de los efectos reflejos en las posiciones subjetivas de los derechos fundamentales – como en el caso del suicidio, en que el titular del derecho a la vida lo destruye.⁴²²

3.1.3. Manifestación autónoma

La eventual disposición de las posiciones subjetivas de los derechos fundamentales siempre será operada a partir de la autonomía de su titular. Esto significa que la disposición depende de una manifestación autónoma por parte del titular de la posición subjetiva - no puede darse de forma heterónoma⁴²³.

Hay autores que defienden que la manifestación de voluntad podría ser sustituida por un comportamiento del titular al determinar la eliminación de la posición subjetiva del derecho fundamental. En esta línea se encuentra MEYERS cuando sostiene que el comportamiento del titular tendente a la pérdida o restricción de la posición subjetiva del derecho fundamental consistiría en una disposición. Posición que merece

⁴²² SILVA, V., *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*, São Paulo, Malheiros, 2014.

⁴²³ Algunos defienden que hay posibilidad de encontrar en la actuación del titular una justificación suficiente para que un tercero disponga del derecho fundamental. Dado que, incluso en este caso se atribuye fuerza a la voluntariedad por parte del titular del derecho. En este sentido *vid.* MEYERS, D., *Inalienable rights: a defense*, New York, Columbia University Press, 1985, p. 9.

observarse con cautela, en la medida en que permite, salvo mejor juicio, la extensión desafortunada del comportamiento que podría consistir en una disposición. Ello significaría que incluso el comportamiento no permitido – sobre el que se aplica una sanción que recae negativamente sobre las posiciones subjetivas de los derechos fundamentales – consistiría en una disposición.⁴²⁴ Resulta necesario el “consentimiento” del titular para que un tercero actúe. El “consentimiento” tiene especial relevancia para los temas relacionados con la (in)disponibilidad de los derechos fundamentales, de los derechos de personalidad y, principalmente, sobre el cuerpo humano.

3.1.4. Debilitamiento de las posiciones jurídicas subjetivas de los derechos fundamentales

Según aclara MARTEL, la disposición de un derecho fundamental consiste en una modificación autónoma, operada mediante consentimiento, de una posición subjetiva en una relación jurídica (intersubjetiva). Consiste en un cambio de posición más fuerte – de mayor protección – por una más débil – de menor protección. Por tanto este “debilitamiento” (autolimitación), desde el punto de vista del titular de la posición subjetiva de los derechos fundamentales, se refiere al “empoderamiento” por parte de un tercero – permitiéndole actuar de forma que no podría sin el debido consentimiento. Así, el tercero asume una posición privilegiada – o incluso la posición de titular de un derecho estricto dependiendo del caso concreto – y el titular recae en una condición de no derecho o no deber.⁴²⁵

⁴²⁴ CAMPOS VELHO MARTEL, L., “Indisponibilidade de direitos fundamentais”, *cit.*, pp. 75-112.

⁴²⁵ CAMPOS VELHO MARTEL, L., “Indisponibilidade de direitos fundamentais”, *cit.*, pp. 104-105.

El debilitamiento de una posición subjetiva de derecho fundamental tiende a ofrecer un beneficio a su titular. Sin embargo, existen casos concretos en que el beneficio *prima facie* es reducido o inexistente – esto se produce especialmente en situaciones en las cuales la debilitación se realiza con una elevada densidad. En una situación como ésta, el titular afloja su posición subjetiva ante terceros – y posiblemente sólo en beneficio de un tercero. Aquí emerge un factor de separación entre disponibilidad y desprecio a los derechos fundamentales.⁴²⁶

Como ya se ha mencionado, la disposición consiste en un acto complejo⁴²⁷ que implica un debilitamiento de posición subjetiva de derecho fundamental. Por otro lado, la disposición puede configurar un ejercicio de otra posición (u otras), consistiendo en una verdadera “vía de doble sentido”: ejercicio y restricción de un derecho fundamental.⁴²⁸ Por tanto, el debilitamiento puede darse tanto con respecto al Estado, como de particulares – y aquí la relevancia de la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones interprivadas, a la que aludiremos en la segunda parte de este Capítulo (3.2).

La disposición puede tender puentes a la renuncia, en sus numerosas y multifacéticas modalidades, pero guardando una evidente distinción para las restricciones impuestas a los derechos fundamentales – como tendremos la oportunidad de observar en los ítems siguientes, cuando abordemos las figuras afines (3.1.5). La disposición y la renuncia difieren, en la medida en que la primera se refiere a la intersubjetividad. Aquí optamos por la interpretación de que la posición jurídica de disponer

⁴²⁶ Estas cuestiones, por su relevancia, serán retomadas y puntuadas en tópicos pertinentes a los derechos de personalidad (3.2).

⁴²⁷ En la medida en que derivan del ejercicio de posiciones jurídicas subjetivas que podrán ser subjetivas de derechos fundamentales.

⁴²⁸ Sobre el tema *vid.* REIS NOVAIS, J., “Renúncia a direitos fundamentais”, *cit.*, pp. 267 e ss.

de un derecho no deriva, conceptualmente, del propio derecho – el derecho fundamental no es estructuralmente disponible o indisponible.⁴²⁹

3.1.5. Distanciamiento de figuras afines

No existe un consenso sobre la disponibilidad, o indisponibilidad, de los derechos fundamentales en la doctrina en términos amplios. Por tanto, para clarificar la cuestión, vamos a referirnos a las figuras afines a la disponibilidad. Así, empezaremos presentando el marco esencial de los institutos jurídicos del no-ejercicio de un derecho fundamental (3.1.2.1); la restricción heterónoma de un derecho fundamental (3.1.2.2); el daño en sí y la auto-puesta en riesgo (3.1.2.3), clarificando su distanciamiento con respecto a la “disponibilidad”.

3.1.2.1. El no-ejercicio de un derecho fundamental

Los derechos fundamentales, desde su dimensión subjetiva⁴³⁰ – en la medida en que está vinculada a una cierta medida de autorregulación, o esfera de decisión del individuo⁴³¹ - permiten su “no-ejercicio”. Este no-ejercicio se observa en el campo de las libertades, en las cuales el titular del derecho puede escoger entre una acción o una inacción. Esto significa que el titular del derecho tiene la opción de elegir el no-ejercicio de la dimensión subjetiva del derecho fundamental. Aquí se observa el “derecho-antítesis” que emerge de las libertades, en la medida en que el

⁴²⁹ ALEXY, en la nota 22, del apartado “Un modelo de tres grados de los derechos fundamentales”, aclara la razón de esta interpretación, en la medida en que al explicar las teorías de la voluntad y del interés sostiene que ellas presentan razones. Además, ALEXY aclara que la teoría de la voluntad considera la disponibilidad como parte constitutiva del derecho subjetivo. ALEXY, R., *Teoría de los Derechos Fundamentales*, cit., p. 180.

⁴³⁰ La dimensión subjetiva de los derechos fundamentales ha sido tratada en el Capítulo Segundo de esta Tesis Doctoral.

⁴³¹ VIEIRA DE ANDRADE, J. C., *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, 3. ed., Coimbra, Almedina, 2004, p. 163.

titular posee tanto las condiciones de su ejercicio, como el de no-ejercicio. Es decir, el titular del derecho de libertad de creencia religiosa, puede optar tanto por frecuentar un culto, como puede optar por no hacerlo. O incluso el titular del derecho de libertad de expresión puede optar por realizar alguna libre manifestación, o por guardar silencio. Aquí se pone de manifiesto la viabilidad de un no-ejercicio de un derecho fundamental (o incluso la apariencia de un no-ejercicio, puesto que la inercia, en ciertos casos puede configurarse como un ejercicio en sí).

La posibilidad del no-ejercicio de un derecho fundamental, tal como en los ejemplos mencionados anteriormente, no implica una disposición de su dimensión subjetiva. Esto porque el no-ejercicio no posee el efecto de disminuir o alejar el derecho subjetivo a causa de terceros. Además, un sistema jurídico puede prever la imposibilidad de que un titular del derecho fundamental, que dejó de ejercerlo, lo haga en un momento posterior – lo que puede ser el origen de algunas confusiones con respecto a la “indisponibilidad”. Sin embargo, *prima facie*, la confusión resulta insubsistente, en la medida en que, en la exclusión de ejercicio impuesta por el Estado, no se puede hablar de disposición de derecho subjetivo por parte de su titular. Esto significa aquí que la exclusión en estos casos no deriva de un consentimiento del titular del derecho fundamental, sino de una norma.⁴³²

A pesar de la existencia de casos en los que la inacción permita una exclusión del ejercicio del derecho fundamental, ante otros principios y derechos concurrentes de tercera titularidad, la afirmación de que se estaría siempre ante una “disposición” – en la medida en que la inacción sería interpretada como un consentimiento – resulta errónea. Se considera debida a una interpretación en la tónica-sistemática más profunda, a fin de diferenciar las meras inacciones de los consentimientos

⁴³² Lo que se suele tratar como ablaciones heterónomas en la posición subjetiva de derecho fundamental.

que permitan una ablación por parte de terceros. En el mismo sentido, hay que hacer alusión a las normas que determinan la obligatoriedad del ejercicio de la posición subjetiva de derecho fundamental – que por algunos es entendida como señal de indisponibilidad⁴³³ -, en la medida en que el no-ejercicio podría proporcionar la imprecisa conclusión de que el titular incurriría en una “disposición”. No existe una base suficiente para basar el imperativo de que un derecho fundamental de ejercicio compulsorio es indisponible. Incluso observándose una mayor dificultad en la disposición de estos derechos fundamentales cuyo ejercicio es normativo - ya que además de debilitar la posición subjetiva ante terceros, el titular deberá excluir la incidencia de la norma que determina el ejercicio – no se visualiza la imposibilidad de su incidencia. Y ello porque el titular del derecho puede, mediante consentimiento, dejar claro que no lo va a ejercer.

3.1.2.2. Restricción heterónoma del derecho

Vamos a partir de la distinción entre “restricción” y “disposición” de las posiciones jurídicas subjetivas realizar este ítem de la tesis. ALEXY entiende que la restricción deriva siempre de una norma formal y materialmente constitucional.⁴³⁴ Es preciso no confundir una “restricción” con una “configuración” (como regulación de los derechos fundamentales).⁴³⁵

En la línea de lo expuesto anteriormente (3.1.2.1), la disposición de las posiciones subjetivas de derecho fundamental significa debilitarlas,

⁴³³ Hay quien defiende que consiste no en una indisponibilidad en sí, sino en un indicativo de indisponibilidad. VIEIRA DE ANDRADE, J. C., *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*, cit., pp. 331-335.

⁴³⁴ ALEXY, R., *Teoría de los Derechos Fundamentales*, cit., p. 272.

⁴³⁵ La proximidad, o incluso difícil separación entre “configuraciones” y “ablaciones” de los derechos fundamentales, es tratada por Robert Alexy a partir de una concepción estricta de la primera. Sobre el tema *vid.* ALEXY, R., *Teoría de los Derechos Fundamentales*, cit., pp. 321 e ss.

mediante consentimiento de su titular, ante terceros (Estado y/o particulares). En este sentido, en la disposición, el autor del consentimiento confiere a otros la opción de actuar, u omitir, de forma que antes (del consentimiento) no podría. Esto significa que la disponibilidad se produce cuando el consentimiento resulta suficiente para justificar la conducta del sujeto pasivo de la relación de derecho fundamental. Así, la disposición deriva del consentimiento del titular del derecho fundamental, y, por lo tanto, no se confunde con la “restricción” que siempre deriva de la norma.⁴³⁶ Por lo que, se deduce que la “restricción” es heterónoma y la “disposición” es autónoma.

No se puede justificar el uso del mismo método de análisis para las “restricciones” y “disposiciones”, en la medida en que se estaría igualando el titular del derecho subjetivo al Estado (que no guarda la misma relación con estos derechos).⁴³⁷ En el caso de que la interpretación fuera distinta, tendríamos que la disponibilidad de los derechos fundamentales por el particular poseería finalidades previstas en un texto constitucional (positivado). Por lo que se deduce que tal posición no posee las condiciones para que sea defendida – principalmente en la contemporaneidad.

Por tanto, partiendo de las premisas alexyanas, se justifica plenamente la diferenciación entre la “disposición” y la “restricción” de los derechos fundamentales. La diferenciación rompe la barrera de la mera relevancia semántica, alcanzando los aspectos materiales como el uso

⁴³⁶ Conviene apuntar que, en un primer momento, a partir de una visión alexiana, podríamos entender el consentimiento del titular como una norma, lo que conduciría a la conclusión de que conformaría una restricción de posición subjetiva de los derechos fundamentales. Sin embargo, en el modelo de ponderación del propio Alexy, se observa que las normas que él entiende esenciales para considerarse una “restricción” son las emanadas del Estado. Así, queda alejada en la teoría de los derechos fundamentales de Alexy la posibilidad de “restricciones” derivadas de un acto del propio titular de los derechos fundamentales. Sobre el tema *vid.* ALEXY, R., *Teoría de los Derechos Fundamentales*, *cit.*.

⁴³⁷ Si hubiera similitud de método – lo que no se defiende en esta investigación – el titular de derecho fundamental, con el fin de una respectiva disposición, debería atender a los criterios de necesidad, adecuación y proporcionalidad.

inadecuado de la “disposición” (o autolimitación) como medio de fundamentar las verdaderas “restricciones”.⁴³⁸

Se concluye que la “disposición”, a pesar de que, a veces, parezca muy próxima, difiere en su esencia con respecto a la restricción de las posiciones jurídicas subjetivas del derecho fundamental. Se adopta, sobre la cuestión, la posición de ALEXY en el sentido de que la restricción de los derechos fundamentales es una realidad que deriva de la norma estatal. Por lo tanto, las normas que prohíban la disposición o que la regulan, deberán someterse al método de examen de las restricciones. Por consiguiente, no se pretende la defensa de que la disponibilidad de los derechos fundamentales debe ser irrestricta, sino que pueden existir situaciones en las que una eventual prohibición puede configurarse como una inconstitucionalidad.

3.1.2.3. El daño a sí mismo y la puesta en riesgo

De la visión de los ítems anteriores se pone de manifiesto que la disposición de las posiciones subjetivas de derecho fundamental siempre consiste en una relación intersubjetiva. Observación que por sí misma caracteriza la diferenciación para el “daño a sí mismo”, en la medida en que este no configura una intersubjetividad. Se entiende que el “daño a sí mismo” configura un acto en el que no se implican a terceros⁴³⁹, puesto que de lo contrario consistiría en una ofensa/intromisión en los derechos

⁴³⁸ El tema, por más interesante que sea, no guarda una relación esencial con esta Tesis Doctoral. Razón por la cual nos limitaremos aquí a hacer una referencia a los casos de los discapacitados psíquicos en que los representantes legales pueden ofrecer el consentimiento, hecho que no implica una autolimitación (teniendo en cuenta que se trata de un consentimiento de terceros). Lo cual no significa que desconozcamos la posibilidad de autolimitación mediante consentimiento de terceros (donde el titular del derecho autoriza al tercero), como sucede, por ejemplo, en el mandato o en el testamento vital.

⁴³⁹ A modo de ejemplo, tenemos la autoflagelación y el suicidio, en los cuales no existe una disposición de derechos fundamentales.

fundamentales⁴⁴⁰. Se observa que en el “daño a sí mismo” no se puede hablar de consentimiento para debilitar las posiciones subjetivas de los derechos fundamentales, lo que definitivamente lo aleja de la noción de “disposición”.

En la misma línea está la “auto puesta en riesgo”, en la medida en que atañe sólo al titular de la posición subjetiva de derecho fundamental. Esto porque, tal como en el “daño a sí mismo”, al no existir la participación de terceros no hay como confundirse con la “disposición” de los derechos fundamentales.⁴⁴¹ Claro que, la “auto puesta en riesgo”, así como el “daño a sí mismo”, pueden proporcionar dudas sobre una eventual disposición, puesto que terceros podrían estar implicados.⁴⁴²

3.1.3. Disposición y dimensión subjetiva de los derechos fundamentales

Los derechos fundamentales poseen una doble dimensión, una objetiva y otra subjetiva. Por lo tanto, la “disposición” de los derechos fundamentales se realiza en su dimensión subjetiva.

A partir de un análisis estrictamente formal como el que venimos realizando, se extrae la interpretación de que la dimensión subjetiva de los derechos fundamentales no es *de per se* disponible o indisponible. Sin embargo, hay que tener en cuenta la existencia de concepciones de derecho subjetivo que se centran en las razones para que puedan

⁴⁴⁰ A modo de ejemplo, tenemos la eutanasia, donde existe el derecho del consentimiento y voluntad por parte del titular de los derechos de no responsabilizar o liberar a terceros para decidir sobre su vida.

⁴⁴¹ A modo de ejemplo, tenemos la decisión personal de “nadar en aguas gélidas”. Existe el riesgo de que se sufra algún mal o de ahogamiento autoimpuesto: auto-puesta en riesgo.

⁴⁴² A modo de ejemplo, tenemos el suicidio asistido permitido, en el cual existe una disposición, aunque las actividades definitivas sean operadas por el propio titular del derecho. En este sentido, casos complejos merecen un análisis puntual, caso por caso, con el fin de verificar o no la disposición de los derechos fundamentales.

considerarse derechos fundamentales, así como en las funciones que ellos ejercen en un sistema jurídico. Concepciones estas que consisten en la teoría de la voluntad y en la teoría del interés. Así, la elección de una de las teorías implica directamente la (in)disponibilidad de los derechos fundamentales. Razón por la cual dedicaremos algunas líneas al contenido esencial de la teoría de la voluntad (3.1.3.1) y de la teoría del interés (3.1.3.2).

3.1.3.1. Teoría de la voluntad y disposición de los derechos fundamentales

JELLINEK apunta que la teoría de la voluntad guardaría un vínculo con la vieja teoría del derecho natural – que concebía el derecho subjetivo como libertad.⁴⁴³ ALEXY, al trabajar con la teoría de la voluntad, sostiene que ésta “considera como central el control del titular del derecho sobre la posición que le es conferida por una norma en que se expresa, entre otras cosas, en la autorización para demandar”.⁴⁴⁴ Por tanto, la demanda es una cuestión de elección (voluntad) - pero no sólo ella, ya que puede lograr la exigibilidad o incluso la disposición sobre el derecho.⁴⁴⁵ Resulta evidente el ámbito de los derechos subjetivos como una ventaja para el titular, no debiendo asumir la posición de *onus*. Característica cuyo significado debe ser establecido por el propio titular del derecho.

En esta teoría, la voluntad es el eje central. Los derechos fundamentales son disponibles, ya que cabe al titular del derecho, según su voluntad, debilitar las posiciones subjetivas mediante consentimiento.⁴⁴⁶ Interpretación – en el sentido de que los derechos

⁴⁴³ JELLINEK, G., *Sistema dei Diritti Pubblici Subbiettivi*, Milano, Società Editrice Libreria, 1912, pp. 46 e ss.

⁴⁴⁴ ALEXY, R., *Teoría de los Derechos Fundamentales*, cit., pp. 179-180.

⁴⁴⁵ HART, H.L.A., “Bentham on legal rights”, en SIMPSON, A. W. B. (comp.), *Oxford Essays in Jurisprudence*, Second series, 1973, pp. 171-201.

⁴⁴⁶ A pesar de que el apartado se centre en una aclaración simple y directa de las

fundamentales son disponibles - que implica dos preocupaciones; es decir, aquella para evitar un paternalismo jurídico y aquella para evitar que la dimensión subjetiva asuma una condición de *onus* para su titular.

Entre otras posibles críticas a la teoría de la voluntad, puede apuntarse su intolerancia, o completa ignorancia, para las personas que no detentan habilidad. Poder que se sabe que no se encuentra en manos de los menos válidos, entre otros. A partir de la teoría de la voluntad, tendremos que desconsiderar (o incluso ignorar) a los titulares de derechos subjetivos que no posean la plena condición para ejercerlos. De lo expuesto hasta ahora, se deduce que esta teoría, al menos de forma separada, no merece defensa.

3.1.3.2. Teoría del interés y disposición de los derechos fundamentales

La teoría del interés, según JHERING, consistiría en la premisa de que la dimensión subjetiva del derecho fundamental es interés protegido por el derecho objetivo. Consistiendo los derechos subjetivos en una protección de intereses considerados jurídicamente importantes. Se observa que los intereses conforman los derechos, distanciándose del enfoque de la libertad – que aquí integra el complejo de los intereses protegidos. Para JELLINECK la voluntad sería un medio y no un fin en sí mismo.⁴⁴⁷

teorías, sin una mayor profundización o atención a una serie de pensamientos híbridos existentes, es oportuna la presentación de la reflexión operada por McConnel, al destinar la defensa de la indisponibilidad del derecho a la vida. El autor, en su argumentación, opera con la teoría de la voluntad, intentando demostrar, a partir de ella, la indisponibilidad de un derecho, para terminar de refutarla. Sobre la cuestión *vid.* McCONNELL, T., *Inalienable rights: the limits of consent in medicine and the law*, Oxford, Oxford University Press, 2000, pp. 24 e ss.

⁴⁴⁷ JELLINECK, G., *Sistema dei Diritti Pubblici Subbiettivi*, *cit.*, p. 49.

A partir de esta teoría se entiende que el derecho en particular cargaría consigo una serie de deberes, de los cuales el titular sería considerado “beneficiario”.⁴⁴⁸ Lo que la aproxima al reconocimiento de los derechos sociales. La teoría del interés aleja la interpretación de que los derechos subjetivos serían conceptualmente disponibles, sin embargo, deja de imponer la interpretación de que serían indisponibles. La indisponibilidad o disponibilidad de un derecho subjetivo y de sus posiciones derivaría de las normas. La titularidad de los derechos supera la barrera impuesta en la teoría de la voluntad, ya que alcanza a todos los seres que detenten intereses jurídicamente importantes.

3.1.4. Derecho de libertad y disposición de los derechos fundamentales

Para una adecuada interpretación y aplicación de los derechos fundamentales conviene entender su (in)disponibilidad. Partiremos de la interpretación de la libertad del titular de los derechos fundamentales, que en la doctrina se divide esencialmente en dos visiones polarizadas: la primera defiende que sólo algunas libertades básicas serían iusfundamentales; la segunda defiende la existencia de un derecho general de libertad. La adhesión a cualquier una de estas posibilidades conlleva asumir importantes consecuencias desde el punto de vista de la Filosofía del Derecho, en la medida en que influye sobre la realidad del Derecho y viceversa.⁴⁴⁹

La elección de una u otra posición implica sensibles consecuencias en la cuestión de la (in)disponibilidad de los derechos fundamentales – no sólo desde un punto de vista teórico, sino también práctico, capaz de

⁴⁴⁸ McCONNELL, T., *Inalienable rights, cit.*, pp. 28 e ss.

⁴⁴⁹ Sin pretender anticipar conclusiones, conviene apuntar que la adopción de una u otra teoría (u otra solución que puede ser elegida a lo largo de esta investigación) posee una directa influencia en el establecimiento de contratos entre particulares en una sociedad tecnológica – que serán analizadas en el Cuarto Capítulo.

modificar la forma en cómo se interpretarán los actos humanos afectados por los derechos fundamentales. Como se ha ya mencionado, la disposición de los derechos fundamentales posee un carácter complejo. Al asumir la primera posición conviene profundizar en la libertad básica del acto de disposición. Lo que implicaría la interpretación de que no toda disposición consistiría en un ejercicio de derecho fundamental, resultando que el carácter complejo de la disposición dependería de la presencia de una libertad básica. A su vez, asumir la segunda posición implicaría el reconocimiento de existencia de un derecho general de libertad que se constituye en un argumento a favor de la disponibilidad.

Las posiciones, a causa de su ya aludida relación para la cuestión de la (in)disponibilidad de los derechos fundamentales, serán mejor abordadas en los próximos puntos de esta investigación. Tarea que llevaremos a cabo a partir del pensamiento de ALEXY y de DWORKIN. Elección que se debe no sólo al hecho de que estos autores sostengan posiciones diversas, sino también por la indiscutible relevancia de sus estudios para el desarrollo de los derechos fundamentales.

3.1.4.1. Derecho general de libertad

La existencia de un derecho general de libertad es defendida por Robert Alexy en Alemania.⁴⁵⁰ SARLET a su vez, al defender la existencia de un derecho general de libertad, lo hace de forma más extensa (no limitándose al estudio de un Estado). Apunta el autor que esta interpretación puede derivar tanto de una previsión expresa en un contexto constitucional, como de la interpretación - de un sistema único - a partir de los derechos fundamentales.⁴⁵¹ Apunta que el “derecho

⁴⁵⁰ ALEXY, R., *Teoría de los Derechos Fundamentales*, cit., pp. 331-333.

⁴⁵¹ El autor sostiene que el reconocimiento de un derecho general de libertad no se produce en todos los contextos constitucionales, haciendo referencia a la Constitución Portuguesa – que sólo enumera los derechos de libertad en especie

general de libertad actúa como un criterio material para la identificación de otras posiciones jurídicas fundamentales, principalmente, como parámetro para la deducción de las libertades específicas que no fueron objeto de directa previsión por parte del constituyente.”⁴⁵² Se evidencia que el derecho general de libertad es formal-material⁴⁵³. Formal como vacío de contenido y material como determinado por otros principios materiales. Siendo esta materialidad la que le confiere apertura para la interpretación y que permite al intérprete (de forma extensiva) derivar otras libertades que no son las previstas en un texto constitucional, o incluso la articulación en la práctica de aquéllas debidamente escritas.

Al tratarse de un derecho general de libertad, éste demanda una adecuada razón para su eventual restricción. Esto significa que el Estado, al pretender restringir el derecho general de libertad, necesariamente deberá poseer argumentos suficientes para justificar su intento. ALEXY, al tratar el tema, hace alusión a la decisión sobre “la prohibición de alimentar palomas en las calles”. El autor apunta que, por un lado la querella consistía en una “intervención muy limitada en la libertad de practicar el amor hacia los animales” y por otro los “intereses superiores de la comunidad” que justificaban la intervención. Sigue afirmando que el derecho general de libertad, al menos desde el punto de vista lógico, garantiza a su titular, – de hecho considerando la realidad fáctica y jurídica –, *prima facie*, una amplia posibilidad de hacer lo que uno desea (la libertad de alimentar palomas en la calle). Por tanto, para el autor otros principios y derechos constitucionales (no sólo los fundamentales) podrían

– y en Alemania – donde el derecho general de libertad fue reconocido jurisprudencialmente. WOLFGANG SARLET, I., *Curso de direito constitucional*, cit., pp. 439 e ss.

⁴⁵² WOLFGANG SARLET, I., *Curso de direito constitucional*, cit., p. 430.

⁴⁵³ Según se deduce de Robert Alexy, la libertad formal asume, desde una matriz liberal, la condición de libertad jurídica. A su vez, la libertad material – que incluye la material – incluye una libertad económico-social. ALEXY, R., *Teoría de los Derechos Fundamentales*, cit., pp. 335-343.

justificar la restricción de libertad (intereses de la comunidad) – en una evidente visión ampliada de “restricciones”.⁴⁵⁴

De aquí deriva que la aceptación del derecho general de libertad consiste en un camino de seguridad ante el Estado, en la medida en que aquel demanda de éste una efectiva justificación para su restricción. Así, la imposición de un *onus* argumentativo del Estado se refiere a un modo de evitar lesiones desmedidas por parte de aquel a los derechos fundamentales. Conviene señalar que este tema fue debidamente analizado por Virgílio Afonso Da Silva, que, a su vez, “añadió un importante ingrediente a la receta”. El autor, visualizando la posibilidad de una sobria exigencia argumentativa por parte del Estado a fin de restringir el derecho general de libertad (lo que denominó “déficit” argumentativo) destacó la relevancia, en la tópica-sistemática, de una interpretación ampliada del campo de protección alcanzado por un derecho fundamental. Esto porque, para el autor, al observar de la forma más amplia posible el alcance de protección del derecho fundamental, detectó un mayor rigor en la exigencia argumentativa por parte del Estado para su restricción.⁴⁵⁵ Conviene destacar que el derecho general de libertad no abarca sólo una dimensión positiva, sino también incluye una negativa. Por tanto, ambas dimensiones deben ser tomadas en consideración por el intérprete con relación al análisis del contenido de las posiciones jurídicas protegidas por las libertades específicas.⁴⁵⁶

Como preludeo del término de este ítem, conviene retomar las enseñanzas de SARLET sobre la dimensión material, para afirmar que el derecho general de libertad guarda una íntima relación con el derecho al libre desarrollo de la personalidad. Y ello en el sentido de que tal como el derecho general de libertad consiste en una apertura a las nuevas

⁴⁵⁴ ALEXY, R., *Teoría de los Derechos Fundamentales*, cit., pp. 349-351.

⁴⁵⁵ SILVA, V., “O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais”, *Revista de Direito do Estado*, 4 (2006), pp. 23-51.

⁴⁵⁶ WOLFGANG SARLET, I., *Curso de direito constitucional*, cit., p. 433.

libertades (o incluso a las no escritas en un texto constitucional), un derecho general de la personalidad sería campo fértil para los derechos especiales de la personalidad.

Para el cierre de este ítem de la investigación, conviene destacar que el derecho general de libertad, anteriormente apuntado, no puede ser entendido como una “disminución” o “debilitamiento” de las libertades fundamentales, sino que merece el *status* de aglutinador de estas y debe orientar su protección. Aspecto que será retomado en el ítem siguiente.

3.1.4.1.1. Relación del derecho general de libertad con la (in)disponibilidad de los derechos fundamentales

El derecho general de libertad configura el poder de su titular de hacer, o no hacer, algo. Libertad ésta que ciertamente guarda una relación con la (in)disponibilidad de los derechos fundamentales. Afirmación de fácil confirmación cuando se observa que la indisponibilidad de un derecho fundamental, en la medida en que se restringe a la disposición (por un acto de libertad del titular) de una posición subjetiva, deriva innegablemente en una constricción del derecho general de libertad.

Virgílio Afonso Da Silva realiza la siguiente sinapsis: si los derechos fundamentales consisten en una conquistas primeramente liberales, en cuanto a lo que era una injerencia desmedida del Estado en la vida privada, sería obvio que, en la medida en que aquéllos son básicamente libertades, que su titular pueda ejercerlos, disponer de ellos o incluso prescindir de los mismo (razonamiento en la línea de la teoría liberal de los derechos fundamentales). Reflexión de la cual se extrae que los derechos fundamentales son, *prima facie*, disponibles. Por tanto, toda y cualquier disposición de posiciones jurídicas de derecho fundamental

configura un ejercicio del derecho general de libertad o de alguno (o algunos) derechos fundamentales.

Por lo tanto, cuando se acepta la tesis de la iusfundamentalidad del derecho general de libertad en un cierto ordenamiento jurídico – que no establezca constitucionalmente la indisponibilidad – se presume la disponibilidad de los derechos fundamentales. Así, se asume la disponibilidad como premisa, pero sin que ello implique el completo alejamiento de una eventual prohibición de aquélla por el Estado – que, como apuntado anteriormente, mediante una suficiente argumentación, puede imponer tanto una “restricción” a un derecho fundamental como la indisponibilidad.⁴⁵⁷

3.1.4.2. Libertades básicas

Ronald Dworkin es crítico con respecto a la existencia de un derecho general de libertad puesto que considera que éste estaría vacío de contenido (carente de un soporte fáctico determinable). El autor apunta que una concepción fuerte de derechos individuales no se ajusta con un derecho general de libertad, sino sólo con las libertades específicas o concretas.⁴⁵⁸ Ronald Dworkin estableció una teoría de los derechos fundamentales trabajando con la idea de “derecho-triunfo”.⁴⁵⁹ Defiende el autor que los intereses colectivos no serían un argumento suficiente para restringir tales derechos (derecho-triunfo). Reflexión basada en la interpretación de que en una confrontación entre un derecho-triunfo y un interés colectivo, salvo raras excepciones, el primero sería

⁴⁵⁷ El Estado debe siempre demostrar que se trata de una “restricción” y no una “violación” del derecho general de libertad. Para una profundización del tema *vid.* ALEXY, R., *Teoría de los Derechos Fundamentales*, *cit.*, p. 267-286.

⁴⁵⁸ DWORKIN, R., *Levando os direitos a sério*, Tradução de Nelson Boeira, São Paulo, Martins Fontes, 2002, pp. 380 e ss.

⁴⁵⁹ DWORKIN, R., “Rights as trumps”, en WALDRON, J., *Theories of rights*, Oxford University, 1984.

necesariamente el vencedor.⁴⁶⁰ Por otro lado, argumentos de principios generan los “casos difíciles”, ya que la confrontación se daría entre los derechos abstractos que requieren un sopesamiento.

El iusfilósofo distingue las categorías de derecho, alejando la interpretación de que cualquier derecho podría ser un derecho-triunfo. Aclara el autor que el derecho-triunfo sería aquel derecho fuerte preexistente (derivado de un vínculo fraterno y no de una convención o concesión de poderes instituidos), y su identificación sería operada desde una conexión subjetiva con la concepción liberal de igualdad.⁴⁶¹ Al enfrentar esta cuestión, Dworkin sostiene que en la Constitución americana existirían algunos derechos-triunfo, sin embargo, no entra en la función de estos derechos. El autor aclara que no es adecuado establecer un criterio mecánico de identificación de derecho-triunfo, por lo que para esta actividad se debe hacer uso de una interpretación a partir de la comunicación de la moralidad y del derecho.

Dworkin no confunde los derechos fundamentales (positivados) con los derechos-triunfo (derechos morales). Su posición es clara en el sentido de que los derecho-triunfo consisten en “derechos morales” que permean el Derecho y asumen una condición vinculante (que no se confunden con la positivación). Así, no todo el derecho fundamental es un derecho-triunfo. Aquí trataremos sólo los derechos fundamentales que son derecho-triunfo, bajo pena de una dilación innecesaria, por lo tanto suficientes para presentar el pensamiento de Dworkin y analizar la cuestión de la (in)disponibilidad *prima facie*.⁴⁶²

⁴⁶⁰ DWORKIN, R., *Levando os direitos a sério*, cit., p. 143; DWORKIN, R., *O império do direito*, Tradução de Jefferson Luiz Camargo, São Paulo, Martins Fontes, 1999, p. 231.

⁴⁶¹ DWORKIN, R., *Levando os direitos a sério*, cit., pp. 419-421.

⁴⁶² De la teoría de los derechos fundamentales de Dworkin, en el presente estudio, se pretende analizar esencialmente su posición sobre las libertades básicas (a partir de su idea de derechos-duros) para llegar a establecer conclusiones sobre la disponibilidad *prima facie* de posiciones subjetivas de los derechos fundamentales.

Ronald Dworkin considera que la libertad no es el fundamento para los demás derechos, apuntando que el fundamento de las libertades básicas y del derecho-triunfo es la igualdad (concepción liberal de igualdad). Diferencia la libertad como licencia (libertad del individuo ante las restricciones estatales) y como independencia (en términos de independencia e igualdad). El autor parte de la premisa de que una ley puede restringir una libertad como licencia disfrutada anteriormente por el ciudadano.⁴⁶³

3.1.4.2.1. Relación de las libertades básicas con la (in)disponibilidad de los derechos fundamentales

A partir de una breve panorámica del tema de las libertades básicas desde la posición de Ronald Dworkin, resulta evidente la inadecuación de la disponibilidad *prima facie* de los derechos-triunfo ya que aquellos derechos sólo son contraídos a causa de una debida justificación (3.1.4.2.). El autor, al argumentar sobre temas como aborto y eutanasia, sostiene la necesidad de una libertad básica con fuerza para enfrentarse a la prohibición impuesta por el Estado (tratando así la libertad en el acto y no del derecho a la vida). Aspecto que salta a los ojos que para la disposición de algunas posiciones subjetivas (en ciertos contextos concretos) se hace necesario, como fundamento, la presencia de la libertad básica de un acto de disposición. Se pone de manifiesto que existen casos en los que la libertad básica será un argumento de principio a favor de la disponibilidad de un derecho-triunfo; sin embargo, no se deriva una regla. Así, ya que no es posible afirmar una regla, no puede defenderse la existencia de disponibilidad *prima facie*.

Por lo hasta aquí expuesto, una disponibilidad *prima facie* implicaría el reconocimiento de un derecho general de libertad. Por lo

⁴⁶³ DWORKIN, R., *Levando os direitos a sério, cit.*, p. 405.

tanto, a partir de la posición de Ronald Dworkin, los derechos-triunfo serían indisponibles *prima facie*.⁴⁶⁴

3.1.4.3. Posición personal: ¿existe una mejor elección?

Partiendo de un derecho general de libertad (3.1.4.1) y de libertades básicas (3.1.4.2) y sus relaciones para la (in)disponibilidad de los derechos fundamentales (3.1.4.1.1 y 3.1.4.2.1), podemos deducir algunas conclusiones para el desarrollo de la presente investigación. Razón por la cual se pretende aquí, de forma breve, destacar los aspectos que pesaron en gran medida para una toma de una posición personal.

En primer lugar, se retoma la cuestión del derecho general de libertad, delineado en esta investigación, esencialmente, a partir de los estudios de ALEXY. El derecho general de libertad tiene una de sus principales características la clarificación de un derecho subjetivo que posee posiciones de derecho estricto, o de inmunidad de derecho o de derecho de competencia.⁴⁶⁵ Se presenta el derecho general de libertad, en un ordenamiento en el que no se haya establecido la indisponibilidad,

⁴⁶⁴ Las observaciones realizadas sobre las “libertades básicas” y la “disponibilidad” se han dirigido al desarrollo de nuestra investigación, sin que ello significa que desconozcamos otros argumentos que Ronald Dworkin ha utilizado. Así, conviene mencionar que el autor se manifiesta en contra de una disponibilidad *prima facie* en la medida en que consistiría en una disminución del espectro interpretativo – principalmente porque el intérprete puede asumir premisas predeterminadas posiblemente tendenciosas. Además, el autor deja claro en su texto que los derechos-triunfo se originan de una concepción liberal de igualdad y consisten en una protección – de dónde se extrae que la interpretación sobre la disponibilidad está vinculada al igual respeto y consideración. Sobre el tema *vid.* DWORKIN, R., *Levando os direitos a sério*, *cit.*; DWORKIN, R., “Rights as trumps”, *cit.*; DWORKIN, R., *El dominio de la vida*, *cit.*

⁴⁶⁵ A pesar de la proximidad con las propuestas de Hohfeld, Robert Alexy retira la libertad del ámbito del privilegio (garantizándole una mayor fuerza – deber estricto de no intervención, inmunidad, o competencia iusfundamentalmente protegida).

como una vía para la presunción de la disponibilidad de los derechos fundamentales.⁴⁶⁶

La posición de DWORKIN, sobre las libertades básicas, establece una especie de jerarquía entra las “libertades”, en la medida en que sólo algunas de estas – ya que dependen de la interpretación (a partir de la concepción liberal de igualdad) – consistirían en un derechos-triunfo. La posición de las libertades básicas implica una interpretación de que parte de los derechos fundamentales (los derechos-triunfo) no serían disponibles *prima facie*, sino que, ya que se reconoce una libertad básica suficiente para justificarlos, podrían ser disponibles.

En la presente investigación adoptamos la posición alexyana; es decir, nos sumamos a un derecho general de libertad. La opción se debe inicialmente a dos factores: 1) la posición de DWORKIN parece exigir un sistema que posea madurez en la interpretación y protección de la libertad (como es el caso de EEUU), lo que dificulta un estudio que tome en consideración un ordenamiento jurídico determinado (acompañado de un análisis jurisprudencial que testifique la pretendida madurez); 2) la posición de ALEXY – según él mismo afirma – es la expresión de la realidad alemana, que a su vez consiste en un sistema que guarda una significativa relevancia con el estudio iusfilosófico (suma el potencial de un estudio que no está limitado por las barreras positivas). No obstante el potencial para establecer un estudio no positivista o incluso que se dirija sólo a un sistema jurídico en concreto, un factor determinante para la decisión es que el derecho general de libertad consiste en el mejor camino para trabajar con la disponibilidad (lo que guarda una profunda relación con los objetivos de esta investigación).

⁴⁶⁶ Sin que ello impida el establecimiento de restricciones para los derechos fundamentales (siempre que se realice a través de una suficiente argumentación).

3.1.4.4. Límites de la libertad: paternalismo jurídico y principio liberal del daño: ¿existe una tercera vía?

Tras un análisis de las nociones de derecho general de libertad y de libertades básicas – con la adopción, en esta investigación, de la primera – conviene realizar un breve estudio sobre los límites de la libertad.⁴⁶⁷ Para el desarrollo de esta cuestión vamos a partir del paternalismo jurídico y del principio liberal del daño, para elegir entre uno de estos, o incluso elegir una tercera vía.

Autonomía privada y derechos fundamentales. La libertad de contratar

A partir de que los derechos fundamentales no pueden ser intervenidos arbitrariamente, se acepta una posible intromisión del Estado proscribiendo la disponibilidad (alienabilidad, renunciabilidad) de algunos ámbitos subjetivos de los derechos (referidos a necesidades básicas), pero que en ningún caso significará que el poder público se coloque en el lugar de las personas decidiendo por ellas, incluso en nombre de una presunta “protección” frente a sus propios actos libres ni por el Estado ni por los particulares, y que ello implica además cierto margen de actuación humana libre en la que el Estado no puede imponer restricciones ni su particular moralidad; es necesario reconocer ahora cuál es el tratamiento que merecen los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, para saber si es posible que estos celebren negocios jurídicos en los que dispongan de sus derechos. Un postulado clave del constitucionalismo liberal, que marca incluso al

⁴⁶⁷ Vid. JULIOS CAMPUZANO, A. de, “Una aproximación a la neutralidad liberal” en *Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, Año nº 2, Nº 5, 1995 (Ejemplar dedicado a: Pluralismo, Tolerancia y Derechos), pp.39-50.

constitucionalismo contemporáneo, es la comprensión de las personas como individuos libres, iguales y racionales.⁴⁶⁸

Esta noción liberal, como se sabe, fue también el presupuesto del ordenamiento jurídico civil moderno. De ahí que durante mucho tiempo se consideró que los contratos eran siempre justos, presumiendo que individuos libres e iguales no contratarían, racionalmente, en contra de ellos mismos (“justicia contractual”). Sin embargo, el desarrollo de las fuerzas pro-ductivas (industrialización) permitió evidenciar rápidamente que los individuos no eran ni tan libres, ni tan iguales. Por el contrario, existían profundas desigualdades materiales que sometían la autonomía de los más desarraigados a la voluntad de los más poderosos. Ello, en su contexto, trajo como consecuencia el constitucionalismo social, y también el quiebre de la noción absoluta del contrato como acuerdo justo entre iguales.⁴⁶⁹ A partir de allí se admite que el Derecho proteja a las partes contractuales más débiles (por ejemplo, en el Derecho Laboral y actualmente en el Derecho de los consumidores y usuarios), y se acepta la llamada socialización de los contratos.

Se entiende que los contratos sí pueden ser injustos, debido a la desigualdad entre las partes. Cuando esta injusticia significa la afectación de los derechos fundamentales, se considera que estamos ante un contrato nulo por ser contrario al orden público, produciéndose una afectación directa al derecho por parte del particular que abusó de su posición dominante. Los actuales avances sobre la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares permiten reconocer una eficacia directa, es decir, que los derechos deben ser

⁴⁶⁸ SOSA SACIO, J.M., “Sobre el carácter “indisponible” de los derechos humanos”, cit., p.511.

⁴⁶⁹ ELA PUENTE Y LAVALLE, M., *El contrato en general*. Comentarios a la sección primera del Libro VII del Código Civil. Primera parte, Tomo I, Biblioteca para leer el Código Civil, segunda edición, Fondo Editorial de la PUCP, Lima, 1993, p. 299.

observados como normas que vinculan directamente a los particulares.⁴⁷⁰ Por ello, puede objetarse cualquier comportamiento o negocio jurídico que amenace o viole un derecho constitucional, denunciándose la directa agresión del derecho fundamental por parte de un particular, sin acudir a ficciones impertinentes. (No obstante, y no con poca razón, en algunos contextos esta protección solo despliega toda su fuerza cuando se trata de negocios jurídicos entre sujetos débiles y particulares especialmente poderosos.)⁴⁷¹ Así, los teóricos de la eficacia inmediata (*unmittelbare Drittwirkung*) suelen referir que los derechos fundamentales constituyen auténticos límites para la autonomía privada de los particulares y, en tal sentido, no podría alegarse el uso de esta autonomía –aunque revista importancia constitucional– para disponer de los derechos esenciales. Ello parte del supuesto de que la autonomía privada es un principio que siempre debe ceder ante los derechos fundamentales. No obstante, si atendemos bien, la autonomía privada es ella misma un derecho fundamental, lo que se desprende de las propias disposiciones constitucionales⁴⁷² y de la actividad interpretativa del Tribunal Constitucional.⁴⁷³ Si tal es el caso, no corresponde sacrificar absolutamente la autonomía privada en nombre de otros derechos fundamentales, sino realizar una ponderación entre estos bienes.⁴⁷⁴

⁴⁷⁰ BILBAO UBILLOS, M. ^a. *op. cit.*, p. 278; DE VERDA Y BEAMONTE, J.R., “El respeto a los derechos fundamentales como límite de la autonomía privada”. En: *Actualidad Jurídica*. Tomo 93, Gaceta Jurídica, agosto 2003, p. 17.

⁴⁷¹ *Vid.* BILBAO UBILLOS, J.M^a, *Los derechos fundamentales en la frontera entre lo público y lo privado (la noción de State Action en la jurisprudencia norteamericana)*. McGraw-Hill, Madrid, 1997.

⁴⁷² La manifestación contemporánea de la dignidad de la persona (artículo 1), así como de los derechos al libre desarrollo de la personalidad (artículo 2, inciso 1), de contratación y libertad de contratar (artículos 2, inciso 14, y 62), a asociarse (artículo 2, inciso 13), a la propiedad y a testar (artículo 2, inciso 16), del principio de libertad (artículo 2, inciso 24, lit. a) y de los principios de iniciativa privada (artículo 58) y libre competencia (artículo 61), etc.

⁴⁷³ Por ejemplo, los tribunales toman en consideración la implicación de los derechos al libre desenvolvimiento de la personalidad y la personalidad jurídica, entre otros.

⁴⁷⁴ Reconoce Robert Alexy: “La propia autonomía privada, no solo su limitación, es objeto de garantías iusfundamentales y, por lo tanto, del efecto entre terceros. Una deficiencia de la discusión de los efectos en terceros ha sido que, a menudo, la cuestión de la limitación de la autonomía privada estaba en primer plano y su

En el caso de la celebración de negocios jurídicos entre particulares, que los derechos fundamentales hacen de límites externos en caso de que se disponga de ellos. Esto es así, debido a que la disposición (alienabilidad, renunciabilidad) del ejercicio de los derechos es una manifestación del derecho fundamental de autonomía privada. Si la facultad de “disponer” de derechos fundamentales no tuviera arraigo iusfundamental, debería ceder siempre ante los otros derechos fundamentales involucrados (serían negocios jurídicos nulos), pues estos son bienes del máximo rango, fuerza jurídica e importancia, por lo que prevalecen frente al resto de bienes. Sin embargo, nuestro Tribunal Constitucional no ha reconocido todavía el pleno carácter ius-fundamental de la autonomía privada. Por el contrario, sigue la jurisprudencia alemana sobre el “deber de protección de los derechos fundamentales ante el propio actuar”, presumiendo la debilidad (heteronomía) de quien sacrifica, incluso voluntariamente, sus derechos fundamentales al celebrar un negocio jurídico. La tesis de “la defensa de la persona ante sí misma” (*der Schutz des Mens-chen vor sich selbst*), formulada por el Tribunal Constitucional alemán, reconoce la importancia de la autonomía privada como parte de la autodeterminación de la persona y destaca la necesidad de las personas para vincularse jurídicamente. No obstante esto, observa que la libertad en el tráfico jurídico se ve limitada por la preponderancia de una de las partes contractuales, con poder para estipular las cláusulas de modo unilateral, por lo que se originaría, en el contratante sin poder, una pérdida de su autonomía privada, es decir, una situación de heteronomía. Así visto, el contratante débil no se encontraría en capacidad de velar de manera autorresponsable por la defensa de sus derechos fundamentales,

protección no era tratada como cuestión de igual rango. Las formas como ha de trazarse los límites de las competencias de Derecho Privado es una cuestión material y, en última instancia, un problema de ponderación” ALEXANDER, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 522

debido a que su libertad contractual está gravemente afectada o porque los pre-supuestos funcionales de la autonomía privada.⁴⁷⁵

El argumento fuerte contra la indisponibilidad de los derechos fundamentales (así como de otros derechos) parte de la negación del paternalismo jurídico. Jorge Reyes Novais apunta en sus estudios que existe una incompatibilidad del paternalismo jurídico con el Estado Democrático de Derecho, en la medida en que este último posee como pilares la dignidad de la persona humana y el libre desarrollo de la personalidad.⁴⁷⁶ NOZICK rechaza el paternalismo, desde una premisa libertarista, reputando los derechos como disponibles.⁴⁷⁷ A su vez, MCCONNELL menciona en sus estudios que la indisponibilidad de los derechos deriva, concretamente, de la inaceptable aplicación de un paternalismo jurídico. Apunta el autor su posición contraria a un paternalismo jurídico y defiende fuertemente la disponibilidad de los derechos.⁴⁷⁸ La lista de autores que refutan el paternalismo jurídico es extensa, razón por la cual se opta aquí por señalar que el precursor de esta posición fue STUART MILL.⁴⁷⁹

FEINBERG sostiene que una negación del paternalismo, a diferencia de lo que se puede pensar, no consiste en una tarea simple. Esto porque en los sistemas jurídicos, existen un número expresivo de normas que en encuentran justificación en el mismo. Apunta el autor que una aceptación del paternalismo jurídico en los casos específicos pueda consistir en la solución más adecuada. Subraya que incluso STUARTT

⁴⁷⁵ Para una profundización sobre la noción de paternalismo vid. el especial temático "Sobre el paternalismo" de *Doxa, Cuadernos de filosofía del Derecho*. Nº 5, 1988; especialmente los trabajos de (y polémica entre) Ernesto Garzón, Manuel Atienza, Paulette Dieterlen y Victoria Camps.

⁴⁷⁶ REIS NOVAIS, J., "Renúncia a direitos fundamentais", en MIRANDA, J., *Perspectivas constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976*, Coimbra, Coimbra, 1996, pp. 286-288.

⁴⁷⁷ NOZICK, R., *Anarquia, estado e utopia*, Tradução de Ruy Jungmann, Rio de Janeiro, Jorge Zahar, 1991.

⁴⁷⁸ MCCONNELL, T., *Inalienable rights*, cit..

⁴⁷⁹ MILL, J. S., *On liberty* (1859), Kitchner, Batoche Books, 2001.

MILL, en la obra *On liberty*, reconoce la existencia de justificación para que en alguna medida se dé la coerción por parte del Estado – cuando acciones u omisiones de una persona o grupo determinen un riesgo de daño, o daño, a otros. Apunta el autor que si JOHN STUART MILL sostuviera un antipaternalismo estricto, incluso los contratos de auto-esclavitud serían viables. STUART MILL parece “huir por la tangente”, alejando la posibilidad de tales acontecimientos, al postular que el rechazo al paternalismo jurídico deriva concretamente de la afirmación de la libertad individual. Argumento este igualmente insuficiente, puesto que, incluso un contrato de trabajo se refiere a una disminución de libertad, en la medida en que el empleado opta por prestar un “servicio determinado”, para un “empleador determinado”, por un “valor determinado”. Así se observa que los argumentos de STUART MILL demandarían sensibles gradaciones, ante otros argumentos como la dignidad de la persona humana.

El principio liberal del daño es mediado por la máxima romana de que “no se comete injusticia con quien actuó voluntariamente”,⁴⁸⁰ Injusticia que puede ser interpretada de dos modos diferentes: 1) como daño; 2) en el sentido de que, al haber consentimiento, no habrá intrusión indebida en sus derechos. FEINBERG apunta que en la segunda interpretación no quedaría alejada la posibilidad de daños, por lo que se debe entender que no puede existir intrusión indebida. Así los derechos serán disponibles en la medida en que no existiría justificación para que el Estado se entrometa en una relación en la que hubo consentimiento. Sin embargo, a partir de las reflexiones de McCONNELL se observa un posible fallo en el razonamiento, ya que no se puede negar (por completo) la posibilidad de una intrusión indebida en el derecho de terceros no conscientes.

⁴⁸⁰ Del latín *volenti non fit injuria*.

El paternalismo jurídico, entre otras posibilidades, implica una restricción jurídica de posición subjetiva del derecho de libertad contra la voluntad de su titular; impone un derecho de libertad bajo la aspirada búsqueda de protección de su propio titular; puede conducir a una domesticación o estandarización del hombre (a partir de un determinismo exacerbado sobre la vida y como ésta debe ser vivida). Sin embargo, la doctrina hace referencia a la aceptación de un paternalismo jurídico débil – retomamos aquí la afirmación de FEINBERG de la dificultad de un completo alejamiento del paternalismo – aplicable sobre los individuos cuya habilidad de raciocinio es, o está, reducida o ausente.⁴⁸¹ Surge un paternalismo jurídico “justificado”, cuya particular identificación, propuesta por FEINBERG, es el “patrón de la voluntariedad” – una verificación sobre la capacidad de deliberación cuando están realizadas las elecciones autorreferentes.⁴⁸² Propuesta ésta no inusitada, en la medida en que el Derecho históricamente impone formalidades a los actos jurídicos con el fin de asegurar la toma de decisión - como se realiza desde el Derecho Romano para el matrimonio y el testamento.

Consideramos que la mejor propuesta es la apuntada por Feinberg, en el sentido de que adopta el principio liberal del daño como premisa, admitiendo la intervención estatal en los casos en los que disminuya o esté ausente la habilidad de raciocinio. Así, en los casos en los cuales el titular de la posición subjetiva de derecho fundamental presente una plena capacidad de decidir – y encontrándose con una suficiente información sobre el acto y los efectos – no habrá justificación para un paternalismo

⁴⁸¹ FEINBERG, J., *Rights, justice and the bounds of liberty: essays in social philosophy*, Princeton, Princeton University, 1980; FEINBERG, J., “Voluntary eutanásia and the inalienable right to life”, *The Tanner Lectures on Human Values*, 1997. Disponible en: http://tannerlectures.utah.edu/_documents/a-to-z/f/feinberg80.pdf. Consultado el 1 de julio de 2015; DWORKIN, G., “Paternalism: some second thoughts”, en SARTORIUS, R. (ed), *Paternalism*, Minnesota, Minesota University, 1987, pp. 107-108.

⁴⁸² Dworkin realizó una elaborada teoría en la búsqueda de una conciliación entre la idea liberal y el paternalismo, cuya base estructurante fue la de las libertades básicas. Pese a la previa adopción de la noción de derecho general de libertad, se cita sólo por hacer referencia a esta teoría, sin profundizar en la misma.

jurídico. Por tanto, tal intervención deberá tener un carácter temporal y debe destinarse siempre al bien del propio titular de la posición subjetiva. Así, en este apartado concluimos con la defensa de la disponibilidad de los derechos fundamentales como premisa (que puede considerarse como una excepción ante la dignidad de la persona humana).

3.1.4.5. Dignidad de la persona humana

La dignidad de la persona humana es un tema recurrente en la doctrina en los diversos campos del saber; sin embargo, se observa que la expresión asume visiones paradójicas y está permeada de una intensa indeterminación (ambigüedad).⁴⁸³ Una elasticidad conceptual que implica, a veces, una desconcertante multiplicidad de posiciones – en la medida en que puede ser analizada como defensa de los intereses diametralmente opuestos – por lo que dificulta su aplicación.⁴⁸⁴ Así, conviene dejar claros los aspectos centrales de la dignidad de la persona humana, sin que esto implique la búsqueda de un concepto cerrado y determinado.

Como apunta RIDOLA⁴⁸⁵, la dignidad de la persona humana ha tenido diversos significados a lo largo de la historia. En la Roma antigua la *dignitas* consistía en una noción esencialmente política, en la cual la misma se vinculaba, especialmente, a la condición social del ser. Una noción de dignidad que partía de un ser humano independiente y racional.

⁴⁸³ APARISI MIRALLES, A., “En torno al principio de la dignidad humana (A propósito de la investigación con células troncales embrionarias)”, en *Cuadernos de Bioética*, vol. 15, n. 54, 2004.

⁴⁸⁴ REIS NOVAIS, J., “Renúncia a direitos fundamentais”, *cit.*, pp. 327-328; WOLFGANG SARLET, I., *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, 6. ed., rev. e atual, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2008, p. 27.

⁴⁸⁵ RIDOLA, Paolo, *A dignidade humana e o “princípio liberdade” na cultura constitucional europeia*, coordinación y revisión técnica de Ingo Wolfgang Sarlet, Tradução de Carlos Luiz Strapazzon e Tula Wesendonck, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2014, pp. 23-29.

Dignidad existente para el hombre libre y que le afectaba en razón de sus virtudes personales.

A principios de la tradición cristiana, la dignidad supera la noción de existencia presentada por los romanos, asumiendo una dimensión trascendente. El pensamiento cristiano es precursor de la defensa de que la dignidad humana, y en que necesariamente, consista en algo común para todos los hombres. Esto significa que el pensamiento cristiano alejó la idea de que la dignidad consistiría en algún tipo de privilegio derivado de alguna característica especial de un individuo. Concretamente, la noción de dignidad de la persona humana, tal y como en la actualidad se entiende, configurada como fundamento primario de los derechos fundamentales – se desarrolla esencialmente a partir del Cristianismo, que parte de la premisa esencial de que el hombre fue creado a imagen y semejanza de Dios, estando su dignidad ligada a la creación divina.

Por tanto, “en la filosofía cristiana medieval se puede decir que prevalece la idea de que el hombre justifica su vínculo con Dios, no porque tenga méritos y, gracias a ellos, dignidad; sino, antes, por la gracia que le fue concedida por su creador.”⁴⁸⁶

Premisa de la cual emergieron posiciones sobre la dignidad humana que perduran hasta la contemporaneidad, al menos para una parte significativa de los pensadores, en el sentido de que aquella guarda lazos indisociables con la vida y, por lo tanto, de que el vivir y el morir escapan a la libertad humana. Por tanto, las diversas interpretaciones de la dignidad surgieron en el campo de la teología, algunas atraídas desde la dignidad humana hasta el intelecto – lo que implicó (y aún repercute en los estudios más actuales) en una serie de debates sobre cuál sería el criterio para el reconocimiento de la dignidad del hombre. Conviene destacar que la reflexión sobre una relación funcional entre dignidad e

⁴⁸⁶ RIDOLA, Paolo, *A dignidade humana*, cit., p. 26.

intelecto derivó especialmente de las enseñanzas de Tomás de Aquino. Sin embargo, ésta aludida relación no puede ser vista de forma simple, bajo pena de que podamos incurrir en una interpretación errónea de los postulados teológicos. Incluso esta filosofía cristiana observa al ser humano como algo más allá de su capacidad intelectual y, por lo tanto, trascendente de la mera biología de su creación.

Aunque ya en Tomás de Aquino se apreció, una cierta interrelación entre una visión teleológica y algún grado de autodeterminación del ser humano, es en el pensamiento humanista donde gana espacio una visión secular. Momento en que se evidencia un cambio de paradigma; es decir una visión que no implica la separación entre Dios y los hombres, sino que se reconoce que este último posee condiciones de formar su propia existencia.

En el individualismo hobesiano se fundaron nuevas posiciones, principalmente las que aspiraban a una superación de la escolástica, que adoptaron la interpretación de que el hombre está dissociado de Dios. Un período en el que se comprendió que en la racionalidad del hombre estaría fundada su libertad; es decir, el tiempo en el que la racionalidad estaba íntimamente relacionada con la dignidad humana. Es cuando surge una visión secularizada de la dignidad, concentrada en la idea de que el hombre sería libre para perseguir los designios de su existencia en una colectividad.

Por tanto, la dignidad humana recibió una nueva significación a partir de la teoría de la razón práctica de Kant, en la medida en que aquélla fue elevada a un plano racional-abstracto. Es cuando la dignidad deja de ser observada sobre el ser humano (empirismo) para considerarla como intrínseca a él. Es decir, el hombre debe ser considerado como un fin en sí mismo, de manera que no puede ser

tratado como objeto, un instrumento o un medio para conseguir algo, bien sea por otro sujeto o por parte del Estado.⁴⁸⁷

Una dignidad absoluta, universal, igual entre los hombres y que asume la posición de un principio práctico supremo. Igualmente, en la filosofía hegeliana se combate la visión abstracta de Kant, en la medida en que aquélla observa la historicidad como factor imperioso en orden a enmarcar la situación del individuo.

Reconocemos su continuo (y no científico) uso como una especie de “comodín” para la solución de casos concretos – tal como defiende la bioeticista Ruth Macklin,⁴⁸⁸ que apunta una insuficiencia en la utilización de un concepto de dignidad humana en un contexto aplicativo. En efecto, parte de la doctrina iusfilosófica tiende a analizar la cuestión desde el prisma de la existencia de una dimensión material de la dignidad humana; es decir, configurando la misma como incluyente de los requisitos materiales de la existencia humana (consistentes al menos en un mínimo existencial - que supone un instrumento básico para hacer efectiva la libertad).

Aquí retomamos la idea de que los derechos fundamentales - catalogados o no - se encuentran directamente vinculados con los denominados *principios fundamentales*. A dichos principios, por ejemplo, como sucede en los textos constitucionales español y brasileño, se los califica como “normas complejas e informativas de todo orden constitucional, incluso de los derechos fundamentales, que también integran lo que se puede denominar núcleo esencial de la Constitución material.”⁴⁸⁹ Esto se refleja en que el derecho a la vida, la libertad y la igualdad, concretamente, no pueden ser disociados del principio de la

⁴⁸⁷ Sobre el principio de dignidad, *vid.* PRIETO ÁLVAREZ, Tomás. *La dignidad de la persona: núcleo de la moralidad y el orden públicos, límite al ejercicio de libertades públicas*, Ed. Civitas, Madrid, 2005.

⁴⁸⁸ MACKLIN, R., “Dignity is a useless concept”, *British Medical Journal*, v. 327, 2003, pp. 1419-1420.

⁴⁸⁹ WOLFGANG SARLET, I., *A eficácia dos direitos fundamentais*, *cit.*, p. 109.

dignidad de la persona humana, precisamente porque los mismos representan las exigencias más básicas para la concreción de éste.⁴⁹⁰

En realidad, los derechos fundamentales tienen un denominador común, basado en el principio de dignidad humana.⁴⁹¹ Además, hay también estudios en los que se defiende la posición de que la dignidad de la persona humana se concretaría por el reconocimiento y positivación de los derechos y garantías fundamentales.⁴⁹² Postura ésta con la que no concordamos, pero que apuntamos ya que demuestra la estrecha relación entre el principio de dignidad de la persona humana y los derechos fundamentales. Además, no compartimos esta posición puesto que la mencionada interpretación deriva de la adopción, en esta investigación, de la noción de que la concreción de la dignidad de la persona humana no se perfecciona con el mero reconocimiento y con la positivación de los derechos fundamentales, sino más bien con su efectiva realización.⁴⁹³ Esto significa que el mero aspecto formal-constitucional no configura la concreción del principio, en la medida en que ésta se produce sólo ante su efectiva aplicación sobre el sistema jurídico como un todo.

El principio de dignidad de la persona humana comenzó a ser acogido en las Constituciones de los diversos países sólo tras la Segunda Guerra Mundial. Por tanto, esta previsión venía a expresar un movimiento de liberación de los regímenes totalitarios a los cuales se encontraban sometidos los respectivos Estados – este el caso de España⁴⁹⁴ y Brasil⁴⁹⁵. Tales países, después de liberarse de los regímenes autoritarios, comenzaron a observar al ser humano, y su respectiva dignidad, como

⁴⁹⁰ ALEGRE MARTÍNEZ, M. A., *La dignidad de la persona como fundamento del ordenamiento constitucional español*, León, Universidad de León, 1996, p. 19.

⁴⁹¹ ALEGRE MARTÍNEZ, M. A., *La dignidad de la persona como fundamento del ordenamiento constitucional español*, cit., p. 43.

⁴⁹² Posição adotada por VIEIRA DE ANDRADE, J. C., *Os direitos fundamentais e a constituição portuguesa de 1976*, cit., p. 83.

⁴⁹³ ALEGRE MARTÍNEZ, M. A., *La dignidade de la persona como fundamento del ordenamiento constitucional español*, cit., p. 19.

⁴⁹⁴ Artículo 10.1 de la Constitución española de 1978.

⁴⁹⁵ Artículo 1 de la Constitución Federal brasileña de 1988.

finalidad del Estado y ya no como un medio de la actividad estatal. Textos constitucionales estos que consagran la idea de dignidad de la persona humana por el simple hecho de ser humano”, en *sensu lato* - dentro de una visión isonómica, no haciendo distinciones raciales, sexistas, económicas, o de otro orden. Postura que deriva de los postulados filosóficos, teniendo como ejemplo la interpretación de Immanuel Kant, que consideraba que el concepto de dignidad partía de la autonomía ética del ser y que el ser humano no podía ser tratado como un objeto.

WOLFGANG SARLET, sobre este tema, apunta que: “(...) Es preciso, sin embargo, tener presente la circunstancia de que esta libertad (autonomía) es considerada en abstracto, como 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 manera que también si es absolutamente incapaz (por ejemplo, el portador de una grave discapacidad mental) posee exactamente la misma dignidad que cualquier otro ser humano física y mentalmente capaz.(...)”⁴⁹⁶ Por lo tanto, la dignidad está vinculada directamente con el ser humano - individuo, como una característica intrínseca de éste. Siendo una característica esencial del ser humano, es evidente que no puede jamás ser dissociada del mismo.⁴⁹⁷ La dignidad de la persona humana, reconocida y positivada en los textos constitucionales utilizados como referencia, es inherente a un individuo (a cada uno de los ciudadanos); es decir, no puede ser considerada como vinculada a un ser ideal o abstracto. Resulta evidente la primera distinción entre la dignidad de la persona humana - establecida en los textos constitucionales parámetros, y la dignidad humana - estatuida en los tratados internacionales.

⁴⁹⁶ WOLFGANG SARLET, I., *A eficácia dos direitos fundamentais*, cit., p.115.

⁴⁹⁷ GALÁN JUÁREZ, M., *Antropología y derechos humanos*, Madrid, Dilex, 1999, p. 102: “La dignidad de la persona es el rango de la persona como tal.”

La afirmación de que la dignidad de la persona humana está adscrita a un individuo, no implica negar su sentido “comunitario”. Por lo tanto, todo ser humano insertado en una cierta comunidad constitucional es igual en dignidad.⁴⁹⁸ A pesar de que la dignidad de la persona humana está adscrita a esta noción de comunidad, es preciso destacar que el hombre no ver su dignidad minusvalorada a favor de la colectividad (sociedad).

La dignidad de la persona humana no está adscrita a la simple condición de ser humano”, sino que también se vincula a las condiciones culturales. Esta contextualización histórico-cultural sería la justificación para ciertas situaciones, vividas en ciertos lugares - consideradas como plenamente normales, y que en muchos otros son vistas como una verdadera ofensa a la dignidad de la persona humana.⁴⁹⁹

Los textos constitucionales ponen de manifiesto que la dignidad de la persona humana recibió el *status* de principio fundamental; es decir, no de un derecho o garantía fundamental. Este principio, que fue previsto en ambas Constituciones tomadas aquí como parámetro, supera la esfera ética y moral (obviamente no se está negando este carácter), para presentarse como valor jurídico fundamental de las respectivas comunidades. Esto significa que el principio de la dignidad de la persona humana constituye un valor-guía, no sólo en lo que concierne a los derechos fundamentales, sino para todo el ordenamiento jurídico constitucional.⁵⁰⁰ Sin embargo, hay que advertir de las dificultades para

⁴⁹⁸ GALÁN JUÁREZ, M., *Antropología y derechos humanos, 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.”

⁴⁹⁹ PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *La dignidad de la persona desde la filosofía del derecho*, Madrid, Dykinson, 2002, p. 72.

⁵⁰⁰ PÉREZ LUÑO, A. E., *Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio, cit.*, p. 180.

presentar un concepto único del “principio de la dignidad humana”, por su contorno vago e impreciso.⁵⁰¹

Aunque fuera posible una conceptualización rígida del principio de la dignidad de la persona humana – lo que no corresponde a la realidad -, este no sería el aspecto más relevante para el desarrollo de la presente investigación. En efecto, lo que aquí nos interesa destacar es su relevancia axiológica y hermenéutica. En el presente estudio, adoptamos la interpretación de que el principio de la dignidad humana debe considerarse como el ápice axiológico del ordenamiento jurídico y, más concretamente, como un primero y verdadero criterio para el análisis de los casos concretos. En este sentido, se considera que tal principio posee una función precípua de configurar y filtrar los derechos fundamentales en un caso concreto. El principio de la dignidad de la persona humana, además de permear todo un sistema jurídico, debe guiar toda la interpretación jurídica.

Por consiguiente, conviene destacar que la dignidad como autonomía consiste en el mantenimiento y ampliación de la libertad humana, siempre que se respeten los derechos de terceros y exista un grado de raciocinio mínimo; la dignidad como heteronomía consiste en una preocupación por el propio individuo o por ciertos valores societarios compartidos. Ambas modalidades poseen sus beneficios y sus *onus*: como la primera puede estimular un individualismo exacerbado, la segunda puede ser tierra fértil para un moralismo jurídico paternalista. Por lo tanto, la superioridad de alguna de ellas implica importantes efectos: a) la adopción de la primera se presenta como el mejor camino para la disponibilidad de las posiciones subjetivas de los derechos fundamentales

⁵⁰¹ WOLFGANG SARLET, I., *A eficácia dos direitos fundamentais, cit.*, p. 113: “(...)En este contexto, se suele apuntar correctamente a la circunstancia de que el principio de la dignidad humana constituye una categoría axiológica abierta, siendo inadecuado conceptualizarlo de manera fija, aún más cuando se comprueba que una definición de esta naturaleza no armoniza con el pluralismo y la diversidad de los valores que se manifiestan en las sociedades democráticas contemporáneas.(...)”

b) la adopción de la segunda se presenta como el mejor camino para la indisponibilidad de las posiciones subjetivas de los derechos fundamentales. Sin embargo, partiendo de un liberalismo igualitario, tenemos que la simple opción por una de las modalidades (excluyendo la otra por completo) no supone una opción aceptable.

Así, se asume la posición de que la autonomía y la heteronomía consistirían en “dimensiones” de la dignidad de la persona humana. Por tanto, a partir de un liberalismo igualitario – marco referencial elegido en este estudio – adoptaremos la dignidad como autonomía, pero siempre defendiendo la permeabilidad de algunos aspectos de la dimensión como la heteronomía. Esto significa que con la primacía de la autonomía, reconocemos la posibilidad de que ésta podría sufrir algunas restricciones (dependiendo de su suficiente justificación). Por último, entendemos que incluso el consentimiento (disposición), por parte del titular de la posición subjetiva del derecho fundamental, debe respetar requisitos y límites (tema que retomaremos en el próximo Capítulo de esta investigación).

3.2. (In)disponibilidad de los derechos de personalidad

A partir de la comprensión de la disponibilidad *prima facie* de los derechos fundamentales que hemos presentado en la primera parte de este Capítulo (3.1), ha llegado la hora de concentrar nuestros esfuerzos en la cuestión de la (in)disponibilidad de los derechos de personalidad.

3.2.1. Derechos de personalidad

En este apartado analizaremos cómo estos derechos se presentaron en el tiempo hasta la maduración de un derecho general de personalidad, mediante una comprensión de sus características

esenciales (principalmente con la llegada de la publicización, repersonalización y constitucionalización del Derecho privado) e intentando demostrar su íntima conexión con la dignidad de la persona humana. Se analizará también la eficacia de los derechos de personalidad en las relaciones existentes entre particulares, abriendo camino a una reflexión sobre su (in)disponibilidad.

3.2.1.1. Un breve análisis de la evolución de los derechos de personalidad

Vamos a realizar un rápido panorama de los derechos de personalidad a lo largo del tiempo, partiendo de la modernidad (concretamente con respecto a la superación de las visiones clásicas del Derecho). Así que, optamos por subdividir este apartado en tres partes, la primera destinada a la Modernidad (3.2.1.1.1.), la segunda a la Escuela Histórica y el Positivismo Jurídico (3.2.1.1.2.) y la tercera a la emergencia de un derecho general de personalidad (3.2.1.1.3.).

3.2.1.1.1. En la Modernidad

Al pretender una comprensión de estos derechos de personalidad, por una cuestión de método, optamos por examinar brevemente algunos aspectos históricos y de historicidad, a partir de la modernidad.⁵⁰² Justificamos la opción en dos aspectos: el primero, porque no tenemos la pretensión de realizar un trabajo eminentemente histórico; el segundo, porque los momentos históricos antecedentes, a pesar de ser

⁵⁰² Sobre la modernidad, *vid.* JULIOS CAMPUZANO, A. de, *En las Encrucijadas de la Modernidad : Política, Derecho y Justicia*. Universidad de Sevilla. 2000.

interesantes, guardan una relevancia relativa con el desarrollo de la investigación aquí propuesta.⁵⁰³

Tomamos como punto de partida para el presente apartado el desarrollo del capitalismo, traducido en la emergencia de la burguesía que tuvo su desarrollo en los siglos XVII y XVIII. Un momento histórico en que los intereses privados se distanciaron sensiblemente de los públicos.⁵⁰⁴ Un período en el que hubo una evidente ruptura entre los intereses económicos privados y los públicos-políticos, fijándose una robusta dicotomía entre el Derecho público y privado, que asumió la condición de un rasgo significativo de la sociedad y del Derecho.⁵⁰⁵ Una realidad en la que al Derecho público competía la estructuración y el funcionamiento del Estado, así como era competencia del Derecho privado la organización de la sociedad civil.⁵⁰⁶ Es cuando el Derecho privado fue estructurado, esencialmente, por un legislador embebido del ideal burgués⁵⁰⁷ que, en un período posterior a la Revolución Francesa, impuso un derecho iusracionalista e iluminista.⁵⁰⁸ En entraba en la denominada “Era de la Codificación”.⁵⁰⁹

⁵⁰³ Para un mayor detalle histórico, *vid.* SZANIAWSKI, E., *Direitos de personalidade e sua tutela*, 2ª ed. rev., atual. e ampl., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2005.

⁵⁰⁴ SZANIAWSKI, E., *Direitos de personalidade e sua tutela*, *cit.*, pp. 41-49.

⁵⁰⁵ BORGHETTI CANTALI, F., *Direitos da personalidade*, *cit.* p. 37.

⁵⁰⁶ OTTE LACERDA, D., *Direitos da personalidade na contemporaneidade: repactuação semântica*, Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris Editor, 2010, pp. 18-21; BORGHETTI CANTALI, F., *Direitos da personalidade*, *cit.*, pp. 37.

⁵⁰⁷ FACCHINI NETO, E., “Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado”, en WOLFGANG SARLET, I. (Org.), *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*, 2ª ed. rev. ampl., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2006, pp. 18-19.

⁵⁰⁸ WOLFGANG SARLET, I., *A eficácia dos direitos fundamentais*, *cit.*, pp. 46-47.

⁵⁰⁹ BORGHETTI CANTALI, F., *Direitos da personalidade*, *cit.*, p. 37: “(...) La amplia sistematización del Derecho Privado comenzó en 1804 con el Código Civil Francés, el Código de Napoleón, reproduciéndose, casi cien años después, el Código Civil alemán, el BGB. Se trataba, pues, de la era de la codificación”.

En este período de codificación, el ser humano fue observado como un ser abstracto⁵¹⁰, sin que se le atribuyeran vínculos relacionales con la sociedad – un ser desconocido o desconsiderado con respecto al medio social.⁵¹¹ Un hombre al cual competía una actuación libre – con limitaciones sencillas impuestas sólo con el fin de garantizar una mínima convivencia social.⁵¹² A la propiedad se le atribuía un carácter absoluto, y al hombre se le garantizaba la plena libertad contractual.⁵¹³ La propiedad y los contratos estaban sólidamente protegidos para evitar cualquier tipo de injerencia por parte del Estado. Una realidad en la que la autonomía privada poseía una posición privilegiada. Un tiempo en que el hombre era propietario de la propia persona.⁵¹⁴

En la modernidad, en evidente reflejo de la supuesta plenitud, claridad y coherencia de los Códigos, se puso de manifiesto el automatismo del Poder Judicial, en la medida en que se creía que todo caso concreto sería resuelto a partir del texto legal. Un tiempo del “juez-automata”, a quien cabía sólo el encuadre de la situación que debía

⁵¹⁰ Un ser formalmente igual a los demás ante la ley, sin que su existencia (condiciones económicas, personales de salud, de cultura, etc.) se tomara en consideración.

⁵¹¹ SILVEIRA RAMOS, C. L., “A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras”, en FACHIN, L. E. (coord), *Repensando os fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*, Rio de Janeiro, Renovar, 1998, pp. 4-8.

⁵¹² FACCHINI NETO, E., “Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado”, *cit.*, p. 20.

⁵¹³ MEIRELLES, J., “O ser e o ter na codificação civil brasileira: do sujeito virtual à clausura patrimonial”, en FACHIN, L. E. (coord.), *Repensando os fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*, Rio de Janeiro, Renovar, 1998, p. 98: “La reducción del orden jurídico a verdadero estatuto patrimonial y a categorización de la persona como sujeto que contrata, que constituye formalmente una familia, que tiene un patrimonio y que se presenta, en fin, como sujeto de derechos establecidos por el sistema, hace que la personalidad civil se distancie más y más de la dignidad humana debido a la cual los individuos merecen protección y amparo; y se aproximen, para explicitar el verdadero significado de la titularidad contractual y patrimonial. En suma, la persona es quien es titular; y sólo es titular aquél que la ley define como tal”.

⁵¹⁴ OTTE LACERDA, D., *Direitos da personalidade na contemporaneidade*, *cit.*, p. 33.

juzgar en el Derecho – sin ningún margen para la creación o interpretación.⁵¹⁵

El sistema jurídico se presentaba cerrado, individualista y patrimonialista.⁵¹⁶ Estaba henchido de la supuesta certeza y plenitud, estructurado en la expectativa de que todas las situaciones vividas en la sociedad estarían abarcadas por el derecho positivado. Un Derecho supuestamente sin lagunas, intransigente e impersonal, que, en pleno siglo XXI, aún presenta reflejos en la doctrina jurídica. Tiempo en el que los derechos de personalidad fueron permeados – y por qué no decir “premiados” – con la dicotomía entre el Derecho público y privado, cuando la apremiante y extensiva positivación estableció, no un derecho general, sino, un abanico de derechos especiales debidamente previstos en la ley. “Éstos eran considerados los únicos y verdaderos derechos subjetivos, merecedores de la tutela del Estado en las relaciones interprivadas”⁵¹⁷. Derechos subjetivos tutelados⁵¹⁸ “a través de la técnica creada por la panteística para la protección de los derechos patrimoniales”.⁵¹⁹ Por lo tanto, existían Derechos públicos – derechos fundamentales individuales - y privados – positivados infraconstitucionalmente - de personalidad. Los primeros consistirían, esencialmente, en una defensa de las personas con respecto al Estado, mientras que los segundos eran considerados como siendo los mismos derechos públicos de personalidad, pero observados y

⁵¹⁵ BOBBIO, N., *Teoria do ordenamento jurídico*, 10. ed., Brasília, Universidade de Brasília, 1999, p. 121.

⁵¹⁶ SZANIAWSKI, E., *Direitos de personalidade e sua tutela*, cit., pp. 41-42.

⁵¹⁷ BORGHETTI CANTALI, F., *Direitos da personalidade*, cit., p. 45.

⁵¹⁸ DONEDA, D., Os direitos da personalidade no Código Civil, cit., p. 43.

⁵¹⁹ CORTIANO JUNIOR, E., “Alguns apontamentos sobre os chamados direitos de personalidade”, en FACHIN, L. E. (coord), *Repensando os fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro, Renovar, 1998, p. 35: “(...) Así, todo el esquema utilizado para la protección del crédito y de la propiedad sirvió como marco para la protección de la personalidad. La figura del derecho subjetivo sirvió como telón para la protección de la personalidad, como si utilizara una vieja ropa para vestir a una nueva persona. Se echaron los derechos de la personalidad en la misma zanja común de aquellos derechos reales y obligacionales, con frugales especificaciones. Se trató entonces estos importantes derechos como un tercer género de derecho subjetivo, que se clasificaba como extrapatrimonial, pero absoluto (y, además, con otra diferenciación: derechos innatos al hombre). (...)”

aplicados en las relaciones interprivadas.⁵²⁰ Un Derecho fragmentado y deshumanizado.

3.2.1.1.2. La Escuela histórica y el Positivismo Jurídico

Los derechos de personalidad, que recibieron el tratamiento de *ius in se ipsum*, debido a la absolutización de la razón individual (el hombre se cerraba en sí mismo), asumieron la condición de simple poder individual con respecto al Estado. Derechos ajenos al todo, al entorno y a los otros (demás individuos) – por lo tanto: una inocua categoría lógico-formal.⁵²¹ Como reacción a esta conjunción del derecho general de personalidad surgieron las posiciones de la Escuela Histórica⁵²² y, posteriormente, del Positivismo Jurídico, acerca del tema.⁵²³ Momento de la historia en que parte de la doctrina llegó a poner en duda la real existencia de los derechos de personalidad.⁵²⁴ ENNECCERUS, a partir de su interpretación de competencia entre titularidad y objeto, que derivaría de los derechos de personalidad, defendió la inexistencia de tal tipología de derechos.⁵²⁵

La Escuela Histórica consideró el derecho de personalidad como un derecho sobre sí mismo – sobre la propia persona – en la misma línea

⁵²⁰ SZANIAWSKI, E., *Direitos de personalidade e sua tutela*, cit., pp. 43-44.

⁵²¹ VALENTINO ALEIXO CAPELO DE SOUZA, R., *O direito geral da personalidade*, Coimbra, Ed. Coimbra, 1995, p. 47.

⁵²² En el campo de la filosofía-jurídica, el pensamiento, alemán a finales del siglo XVIII y principios del XIX, anti-racionalista (alejando lo abstracto y universal por lo particular y concreto). Sobre el tema *vid.* BOBBIO, N., *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*, Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues, São Paulo, Ícone, 1999.

⁵²³ CASTAN TOBEÑAS, J., *Los derechos de la personalidad*, Madrid, Réus, 1952, p. 12.

⁵²⁴ Según apunta Gustavo Tepedino, autores como Roubier, Unger, Savigny, Jellinek, entre otros, negaron la existencia de un derecho de personalidad. Sobre el tema *vid.* TEPEDINO, G., “A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro”, en *Temas de direito civil*, 3. ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2004.

⁵²⁵ ENNECCERUS, L., *Tratado de derecho civil: parte general*, v. I, Barcelona, Bosch, 1947, pp. 306-307.

del antiguo *ius in se ipsum*. Una identificación del sujeto con el objeto de los derechos de personalidad – erróneo por lo tanto al confundir la el *ser* y el *tener* (confusión entre el modo de ser con la propia persona) -, como sostiene Adriano de Cupis. El autor entiende que es un error evidente en la construcción de la teoría del *ius in se ipsum*, pero apunta que este no justificaría el entierro de los derechos de personalidad.⁵²⁶

En medio de estas dificultades, como forma de superación de las lagunas, al final del siglo XIX, surge la figura “de los derechos muy personales de carácter extra patrimonial”. Figura que abrió las puertas a una aceptación de los derechos de personalidad – como reconocimiento de vínculos entre el individuo y los bienes de la personalidad.

Entra en escena el Positivismo Jurídico, con la pretensión de establecer el derecho como certeza (concreción), que escoge por alejar los juicios de valor de los juicios de hecho. Asume el Estado la posición de única fuente creadora del derecho. Cuando se observa una fragmentación mediante la cual disminuye la idea de un derecho general de personalidad para establecer una gama dispersa de derechos de personalidad (autónomos) en el ordenamiento jurídico. Fragmentación a partir de la cual acaba afirmándose como verdaderos derechos subjetivos merecedores de tutela del Estado en las relaciones interprivadas sólo los derechos autónomos de personalidad codificados. Se extrae de estas breves líneas que la Escuela Histórica del Derecho y el Positivismo Jurídico consistieron en un evidente sopor, o incluso hermetismo, del desarrollo de un derecho general de personalidad.⁵²⁷ Muchas situaciones, debido a la fragmentación del derecho de personalidad y de

⁵²⁶CUPIS, A., *I Diritti della personalità*, Milano, Giuffrè, 1950, p. 23.⁵²⁷A pesar de los obstáculos ofrecidos para el desarrollo de un derecho general de personalidad, resulta positivo para el Derecho el hecho de que estas teorías trajeron, especialmente debido a la tipificación, mayor claridad con respecto al objeto de los derechos de personalidad. Además, los trabajos de crítica al Positivismo fueron determinantes para una evolución de los temas pertinentes a los derechos de personalidad. Sobre estos temas *vid.* VALENTINO ALEIXO CAPELO DE SOUZA, R., *O direito geral da personalidade*, *cit.*

tipificación (supuestamente exhaustiva) – que ciertamente no poseía las condiciones para abarcar la totalidad de la realidad fáctica continuamente cambiante – acababan segregadas.

3.2.1.1.3. Surgimiento de un derecho general de personalidad

En el curso del siglo XIX el derecho de personalidad, a partir de la panteísta, fue reducido a una mera capacidad jurídica – la persona, en este período, era considerada como un verdadero material que constituía las relaciones jurídicas.⁵²⁸ Sin embargo, enfrentando las posiciones mayoritarias, al final del siglo XIX, Carls Neuner trabajó con la idea de que la persona poseía el derecho de disponer de su propio fin (de desarrollarse).⁵²⁹ Las propuestas de este autor fueron, casi 30 años más tarde, retomadas y desarrolladas por Otto von Gierke – que operó una distinción entre personalidad y derechos de personalidad, y defendió un derecho general de personalidad.⁵³⁰ Conviene destacar que, con respecto a la utilización de la expresión derechos de personalidad en el siglo XIX, el desarrollo de la materia se produjo efectivamente en el siglo XX.⁵³¹ Se puede apuntar como el eslabón inicial, la Constitución de Weimer de 1919. Es un texto constitucional que sirvió de inspiración a un proceso de constitucionalización del Derecho privado y a una ruptura (que en cada

⁵²⁸ Sobre el tema *vid.* LEITE CAMPOS, D., *Lições de direitos da personalidade*, 2. ed., Coimbra, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, v, LXVIII, 1992.

⁵²⁹ Neuner desarrolló estudios en este sentido en 1866, más específicamente la obra “Naturaleza y tipos de relaciones privadas” (*Wesen and arten privatrechtsverhältnisse*). Pese a la dificultad de encontrar el texto original de Neuner, hemos buscado las informaciones en las citaciones, referencias y comentarios de los estudios de Diogo Campos. Sobre el tema *vid.* LEITE CAMPOS, D., *Lições de direitos da personalidade*, *cit.*

⁵³⁰ Otto von Gierke fue precursor en el establecimiento de un derecho general de personalidad. Sobre el tema *vid.* PEREZ LUÑO, A. E., *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 6. ed., Madrid, Tecnos, 1999, p. 139.

⁵³¹ MOTA PINTO, P., “Notas sobre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e os direitos de personalidade do direito português”, en WOLFGANG SARLET, I. (org.), *A constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*, Porto Alegre, Livraria o Advogado, 2000, p. 62.

Estado se dio en su tiempo) de la entonces vigente dicotomía entre el Derecho público y el privado. Texto que, como sostiene CANTALI, “fue responsable de un cambio sustancial en la tutela de la persona humana, consagrando que, en las situaciones concretas donde estuviera esgrimida la personalidad, se imponía una efectiva aplicación de los derechos personales”⁵³²

A partir de la segunda post-guerra – período posterior al significativo momento de degradación de la persona humana, donde se pone de manifiesto una sensible evolución tecnológica y un aumento del número y complejidad de las relaciones intersubjetivas – se constató la necesidad de una mayor protección de la persona.⁵³³ Una persona, a la que entonces se la consideraba en peligro, debilitada ante una bruta realidad.⁵³⁴ Un período en el que se delinea la debilitación de la dicotomía entre lo público y lo privado, con una mayor intervención del Estado en las relaciones entre particulares. Un cambio de paradigma, por tanto, anterior a la centralización del Derecho en el patrimonio⁵³⁵ que se transmuta a la persona humana.⁵³⁶⁻⁵³⁷ Aflora un tiempo de valorización de la persona humana y de su tutela a partir de una dignidad existencial.⁵³⁸ Se realiza una transición del Estado Liberal hacia el Estado Social.

En este contexto, el ámbito de los derechos de personalidad ya no podría limitarse al ámbito del Derecho Civil (Derecho privado), haciéndose imprescindible su vinculación a los valores emanados de un texto

⁵³² BORGHETTI CANTALI, F., *Direitos da personalidade, cit.*

⁵³³ OTTE LACERDA, D., *Direitos da personalidade na contemporaneidade: repactuação semântica, cit.*, p. 41.

⁵³⁴ SHREIBER, A., *Direitos da Personalidade*, 2ª ed., São Paulo, Atlas, 2013, pp. 6-7.

⁵³⁵ BORGHETTI CANTALI, F., *Direitos da personalidade, cit.*, p. 63: “Identificar la personalidad con la titularidad de las relaciones jurídicas, tan sólo para asegurar la libre apropiación de bienes es fruto de la postura civilística clásica de carácter patrimonialista, que protege el *tener* en detrimento del *ser*, y que considera la persona como un concepto jurídico abstracto, desprovisto de valor.”

⁵³⁶ OTTE LACERDA, D., *Direitos da personalidade na contemporaneidade, cit.*, p. 46.

⁵³⁷ SZANIAWSKI, E., *Direitos de personalidade e sua tutela, cit.*, p. 57.

⁵³⁸ GOMES CANOTILHO, J. J., *Direito constitucional e teoria da constituição, cit.*, p. 219-225.

constitucional (antes visto como estrictamente de Derecho público).⁵³⁹ Situación que consiste en la solución más adecuada para las lagunas y omisiones observadas en el Derecho privado.⁵⁴⁰ El ideal positivista, centrado en la estructuración de los tipos de derechos de personalidad que incidían sobre bienes y modos de ser de la persona, en lo que se refiere a una supuesta seguridad y certeza, ya no encuentra amparo.⁵⁴¹ Un Derecho privado herméticamente cerrado no resulta ya sostenible, principalmente cuando se vive en una sociedad tecnológica.

Emerge un nuevo paradigma. Lo que antes se subordinaba estrictamente al Derecho privado queda publicizado y constitucionalizado. Los textos constitucionales asumen (en los diversos Estados) el papel de centro axiológico de un sistema jurídico único. Un Derecho repersonalizado y despatrimonializado emerge en los diversos Estados, en los cuales las Constituciones Sociales toman como premisa la valorización del ser humano y su dignidad. Una realidad comprendida y protegida por el Derecho en que el *ser* no depende del tener. Una nueva faceta del Derecho que guarda una íntima relación con los derechos fundamentales y con los derechos de personalidad.⁵⁴² Cambio que se refiere a una repersonalización (el ser humano toma la posición del centro referencial del ordenamiento) y en una aplicación directa de los principios y valores constitucionales no sólo en las relaciones entre el individuo y el Estado, sino en las relaciones entre particulares – tema que por su relevancia será tratado de forma puntual en un apartado propio (3.2.2.3).

Un cambio de paradigma que denota el enraizamiento, en los diversos Estados, de un derecho general de la personalidad, derivado de

⁵³⁹ CORTIANO JUNIOR, E., “Alguns apontamentos sobre os chamados direitos de personalidade”, *cit.*, pp. 36-38.

⁵⁴⁰ CANARIS, C. W., *Pensamento sistemático e conceito de ciência do direito*, Tradução de António Menezes Cordeiro, 3. ed., Lisboa, Calouste Gulbenkian, 2002.

⁵⁴¹ SZANIAWSKI, E., *Direitos de personalidade e sua tutela*, *cit.*, pp. 55-62.

⁵⁴² GOMES CANOTILHO, J. J., *Direito constitucional e teoria da constituição*, *cit.*, pp. 378-393.

un fortalecimiento del principio de la dignidad de la persona humana, que ofrece adherencia y consistencia a todo ordenamiento. Una tendencia mundial.⁵⁴³ Un derecho de personalidad insertado en un contexto en el cual el Derecho privado es envuelto por el Derecho constitucional – normas, principios y valores - permitiendo un acercamiento hacia la realidad social⁵⁴⁴. Un sistema en el cual se puede atribuir a la dignidad de la persona humana el aspecto lógico-fundante de los derechos de personalidad. Se vislumbra un Derecho privado que, inevitablemente, debe adecuarse al proyecto constitucional.

La base del Derecho transmuta. Se aleja del ideal ochocentista, que entendía la persona esencialmente como el sujeto que detentaba la capacidad de celebrar contratos, de formar familia y de poseer patrimonio.⁵⁴⁵ Se distancia de aquel período en el que el Derecho privado sólo necesitaba atender a los intereses patrimoniales, y en el cual el sujeto era exclusivamente aquél que fue tipificado. Disminuye la idea de que sólo quienes detentan los derechos codificados serán identificados como “persona”. El derecho abre las puertas a los *outsiders*⁵⁴⁶.

El reconocimiento del derecho general de la personalidad, a partir de las Constituciones de la segunda post-guerra, fue una tendencia global. Por tanto, la confluencia entre el Derecho público y privado, mediante la interpretación de un sistema único y axiológico de epicentro-constitucional (con la información del sistema a partir de valores,

⁵⁴³ Sobre el tema *vid.* PERLINGIERI, P., *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, [s.l.], Lovene, [s.d], p. 80-92; PERLINGIERI, P., *Perfis do direito civil*, *cit.*, pp. 154-155; LAMARTINE CORRÊA DE OLIVEIRA, J.; FERREIRA MUNIZ, F. J., “O Estado de Direito e os Direitos da Personalidade”, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 532, p. 12-23, fev., 1980; GOMES CANOTILHO, J. J., *Direito constitucional e teoria da constituição*, *cit.*, pp. 378-393; VALENTINO ALEIXO CAPELO DE SOUZA, R., *O direito geral da personalidade*, *cit.*, pp. 86-87.

⁵⁴⁴ DONEDA, D., “Os direitos da personalidade no Código Civil”, en TEPEDINO, G., *A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*, 2. ed., rev. atual., Rio de Janeiro, Renovar, 2003, p. 36: “(...) Os direitos da personalidade ajudaram propiamente a realizar este contato com a realidade”.

⁵⁴⁵ OTTE LACERDA, D., *Direitos da personalidade na contemporaneidade*, *cit.*, p. 20.

⁵⁴⁶ Seres “no propietarios” que quedaban al margen del derecho.

principios y derechos constitucionales) permite una consistente aproximación entre derecho y realidad para conformar un derecho general de personalidad y garantizar el libre desarrollo de la persona humana.

3.2.2. Un primer acercamiento: establecimiento de algunas premisas y superación de otras

En este ítem nos ocuparemos de establecer algunas premisas básicas para la comprensión de los derechos de personalidad, así como para superar otras fijadas por una doctrina clásica desajustada con respecto a una necesaria visión contemporánea. Así, se aspira a la afirmación de los derechos de personalidad como valor (3.2.2.1), la absorción de que los derechos de personalidad se relacionan con la dignidad de la persona humana (3.2.2.2) y la proposición de que los derechos de personalidad poseen una eficacia inmediata en las relaciones entre particulares (3.2.2.3).

3.2.2.1. La personalidad como valor

Como acabamos de ver, el Derecho experimentó un período que estaba dirigido por la lógica patrimonial. Lógica esta aplicada, incluso, sobre la noción de persona en el mundo jurídico, por lo que al hombre se le atribuía la propiedad sobre su propio cuerpo. Un tiempo en el que el ser humano asumía la condición de un objeto del derecho de propiedad. Cuando la “persona”, cumpliendo los necesarios requisitos estatuidos en la ley, “debería ser sujeto de derecho”.

Para aquella visión clásica del derecho, la personalidad se confundía con la condición de sujeto de derecho, como capacidad de

derecho⁵⁴⁷. Situación ésta fácilmente perceptible cuando se consulta la más destacada doctrina del Derecho civil.⁵⁴⁸ Una reducción de la noción de personalidad – vinculada a un sujeto abstracto que contrata, constituye la familia y posee un patrimonio -, que se aleja considerablemente de la dignidad de la persona humana.⁵⁴⁹ Una visión que no puede subsistir, una vez que la persona humana se alza como epicentro constitucional. Visión que tuvo su falencia decretada con el florecimiento de los fenómenos de la repersonalización, publicización y constitucionalización. El cambio de paradigma fue evidente, comenzando a asumir, como sostiene Jussara Meirelles, que “el ser humano no tienen una personalidad, sino que es la expresión viva de su propia personalidad”.⁵⁵⁰

La superación de una visión clásica es incontestable. Concretamente no existe ya la posibilidad de restringir la personalidad a una simple capacidad de tener derechos y obligaciones. Cualquier defensa en el sentido de que el sujeto consista en una mera pertenencia se presenta como inadecuada en la contemporaneidad. El sujeto asume la condición de un verdadero poder – como posibilidad de un libre desarrollo de personalidad. El ser humano no es un axioma, sino una axiología. Según Pietro Perlingieri, la personalidad rompe con las barreras de una simple capacidad⁵⁵¹ (como medida de realización del valor establecido por el sistema jurídico), en la medida en que se colma el

⁵⁴⁷ La capacidad se divide en: de derecho (atribuida a todos en una concepción de igualdad liberal) y de hecho (capacidad de ejercicio), cuestión analizada de forma transversa en el apartado (3.1.2.1.). Sobre el tema *vid.* GOMES CANOTILHO, J. J., *Direito constitucional e teoria da constituição*, *cit.*; MOTA PINTO, P., *Teoria geral do direito civil*, 3. ed. atual., 12 reimp., Coimbra, Ed. Coimbra, 1985, pp. 191-194.

⁵⁴⁸ BEVILÁQUA, C., *Teoria geral do direito civil*, Campinas, Red Livros, 2001, p. 116: “(...)personalidad es la aptitud reconocida por el orden jurídico a alguien para ejercer derechos y contraer obligaciones”; ESPÍNOLA, E., *Sistema do direito civil*, Rio de Janeiro, Editora Rio, 1977, p. 350: “(...)personalidad y capacidad jurídica son expresiones idénticas”; PONTES DE MIRANDA, F., *Tratado de direito privado*, v.7, t. II, Rio de Janeiro, Borsoi, 1971, p. 209: “(...) capacidade de direitos e personalidade são o mesmo.”

⁵⁴⁹ MEIRELLES, J., “O ser e o ter na codificação civil brasileira”, *cit.*, p. 98.

⁵⁵⁰ MEIRELLES, J., “O ser e o ter na codificação civil brasileira”, *cit.*, p. 99.

⁵⁵¹ A pesar de no separarse de esta.

valor ético que emana del ser. El autor sostiene que la personalidad es algo inherente al ser humano – apuntando la existencia de un vínculo orgánico.⁵⁵² Se caracterizan claramente dos acepciones de personalidad – que no fueron observadas en las visiones clásicas – y que deben ser debidamente incluidas en el Derecho. Así, además de una visión estrictamente técnico-jurídica tenemos la interpretación de que la personalidad es un “valor” inherente a la condición humana.

Tiago Dantas, en relación a las dos acepciones de personalidad citadas, apunta que una consistiría en un presupuesto de los derechos subjetivos y otra, en los atributos humanos susceptibles de ser objeto de las relaciones jurídicas.⁵⁵³ Interpretación que demuestra el error de los que defendían la imposibilidad de aplicar la categoría de los derechos subjetivos a los derechos de personalidad bajo el argumento de que el hombre no podría asumir una condición de sujeto y objeto de una relación.⁵⁵⁴ Además, la interpretación de esta doble dimensión de personalidad abre el camino hacia una comprensión de la existencia de las relaciones jurídicas de carácter extrapatrimonial (y a la existencia de los derechos subjetivos extrapatrimoniales), en la medida en que estamos ante intereses y bienes que no son externos al ser.⁵⁵⁵

En suma, el derecho de personalidad recibe un nuevo tratamiento, y alcanza el reconocimiento como valor de un ordenamiento constitucional. Se sedimenta la comprensión de que el derecho de personalidad supone un “postulado axiológico” - como valor inherente a la condición humana. Este nuevo tratamiento no permite una modificación en lo que concierne al nexo orgánico existente entre la persona y la

⁵⁵² PERLINGIERI, P., *Perfis do direito civil, cit.*, pp. 137-142.

⁵⁵³ DANTAS, S. T., *Programa de direito civil: teoria geral*, 3. ed., Rio de Janeiro, Forense, 2001, p. 152.

⁵⁵⁴ Conviene observar que, como ya se ha mencionado, que no existe una dualidad entre sujeto y objeto, ya que ambos representan el *ser*. Sobre el tema *vid.* PERLINGIERI, P., *Perfis do direito civil*, 2. ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2002, pp. 155.

⁵⁵⁵ SARMENTO, D., *Direitos fundamentais e relações privadas, cit.*, p. 123.

personalidad. Por el contrario, se profundiza la percepción de que los bienes objeto de tutela, en términos de derecho de personalidad, son indisociables del respectivo titular. Se reconoce una verdadera simbiosis entre el titular del derecho y el objeto. Proximidad de la cual deriva el necesario enaltecimiento de los intereses existenciales, aunque en detrimento de los meramente patrimoniales. Se aprehende los derechos extrapatrimoniales - que antes eran renegados por parte del Derecho privado.⁵⁵⁶ Se pretende superar el dogma consistente en el alejamiento, infundido por la visión clásica del derecho, del objeto que no incluyera una expresión patrimonial⁵⁵⁷, mediante la introspección de que los bienes de la personalidad no poseen un valor económico en sí⁵⁵⁸ - a pesar de poder ser cuantificados, como sucede, por ejemplo, en la contraprestación derivada del derecho de imagen, o incluso en la fijación de un *quantum* en la reparación civil derivada de una lesión⁵⁵⁹ -, y, por lo tanto, estimulando la apertura a un debate sobre la tutela de la persona en sí.⁵⁶⁰ Extrapatrimonialidad que no aleja la generación de los efectos patrimoniales (lo que no implica la patrimonialización de los derechos de personalidad), ni tampoco aleja la garantía de disposición por parte del titular.⁵⁶¹ Se llega así a una cuestión primordial: ¿podría aceptarse una interpretación del derecho general de personalidad contemporáneo para permitir el establecimiento de una serie de relaciones negociales que

⁵⁵⁶ FACHIN, L. E., *Teoria Crítica do Direito Civil*, 2ª ed. rev. atual., Rio de Janeiro, Renovar, 2003, p. 56.

⁵⁵⁷ BORGHETTI CANTALI, F., *Direitos da personalidade*, cit., pp. 69-70: “así, es posible concluir que los derechos subjetivos que no tengan objeto exclusivamente económico y sean esenciales para la realización de la persona son derechos de personalidad”.

⁵⁵⁸ TASSINARI CARDOSO, S., “Do contrato parental à sócio-afetividade”, en ARONNE, Ricardo (org.), *Estudos de Direito Civil-Constitucional*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2004.

⁵⁵⁹ CARDOSO BRASILEIRO BORGES, R., Dos direitos da personalidade, en LOTUFO, R.; ETTORE NANNI, G. (coord.), *Teoria Geral do direito civil*, São Paulo, Atlas, 2008, p. 250.

⁵⁶⁰ BODIN MORAES, M. C., “A tutela da Personalidade no Ordenamento Civil-constitucional Brasileiro”, en TEPEDINO, G., *Temas de direito civil*, Rio de Janeiro, Renovar, 1999, p. 24: “(...) bajo la denominación de derechos de personalidad son los que corresponden a la tutela de la persona humana, considerados esenciales para su dignidad e integridad”.

⁵⁶¹ BORGHETTI CANTALI, F., *Direitos da personalidade*, cit., p. 162.

implican material biológico humano? La respuesta a esta pregunta no es simple, pero a lo largo de este capítulo intentaremos algunas aclaraciones según una perspectiva personal.

3.2.2.3. La eficacia de los derechos de personalidad en las relaciones entre particulares

Claus-Wilhelm Canaris, en los años 80', proclamaba – en un tiempo de “presuntas certezas” - que persistían controversias en el campo de relaciones entre los derechos fundamentales y el Derecho privado. Constatación exteriorizada de forma pública, en el año 1984, que, tras un profundo análisis doctrinal y jurisprudencial alemán, dio origen a un estudio sobre las relaciones existentes entre los derechos fundamentales y el Derecho privado.⁵⁶²

El tema de la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones interprivadas posee un especial relieve en esta investigación. Aunque no represente el objeto principal de este estudio, somos conscientes de que implica numerosas y multifacéticas derivaciones que se amplían progresivamente (principalmente en la sociedad tecnológica).

Como primer paso conviene aclarar la opción terminológica que deberemos adoptar. Optamos aquí por la tradicional distinción entre vigencia y eficacia, sin pretender negar la existencia de una relación entre ambas. José Afonso da Silva diferencia la eficacia social de la norma – real aplicación a los hechos - de la eficacia jurídica de la norma –

⁵⁶² CANARIS, C. W., *Direitos fundamentais e direito privado*, Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto, 2^a. reimpressão, Coimbra, Almedina, 2003, p. 19.

posibilidad de su aplicación.⁵⁶³ Se entiende que la eficacia social se consigue a partir de su efectividad. Así, se adopta en este estudio que:

(...) la eficacia jurídica como posibilidad (en el sentido de aptitud) de norma vigente (jurídicamente existente) es aplicada a los casos concretos y – en la medida de su aplicabilidad – de generar efectos jurídicos, mientras que la eficacia social (o efectividad) puede considerarse que incluye tanto la decisión de la efectiva aplicación de la norma (jurídicamente eficaz), como el resultado concreto derivado – o no – de esta aplicación.⁵⁶⁴

No se puede hablar de la existencia de normas constitucionales carentes de eficacia. Afirmación que de hecho no puede implicar la interpretación de que la eficacia se opere de forma lineal (y sin graduación) para toda y cualquier norma constitucional. En otras palabras, para una correcta interpretación de esta afirmación inicial, conviene partir de normas constitucionales de alta densidad normativa (aquellas dotadas de suficiente fuerza para generar sus efectos esenciales sin que dependan de una actividad legislativa) y las de baja densidad (que no poseen fuerza para generar sus efectos principales sin que dependan de una actividad legislativa), así como de comprender que en ambas formas existe un cierto grado de eficacia jurídica.⁵⁶⁵

La relevancia de los derechos fundamentales exige que se traten de derechos de eficacia inmediata. Los derechos fundamentales, según ALEXY, consisten en una especie de mandato de optimización (que impone maximización), siendo competencia del Estado reconocerles una posible mayor eficacia.⁵⁶⁶ Kornrad Hesse no sólo aduce que estos derechos no estarían a disposición del Estado, sino que éste posee una

⁵⁶³ SILVA, J., *Aplicabilidade das normas constitucionais*, 2. ed., São Paulo, RT, 1982, p. 42.

⁵⁶⁴ WOLFGANG SARLET, I., *A eficácia dos direitos fundamentais*, cit., p. 229.

⁵⁶⁵ WOLFGANG SARLET, I., *A eficácia dos direitos fundamentais*, cit., pp. 244-245.

⁵⁶⁶ ALEXY, R., *Teoría de los Derechos Fundamentales*, cit.; WOLFGANG SARLET, I., *A eficácia dos direitos fundamentais*, cit..

obligación positiva de actuar en el sentido de posibilitar su verdadera realización (incluso como derechos subjetivos),⁵⁶⁷ ya que la:

(...) aplicabilidad inmediata no podrá resolverse, a ejemplo de lo que se produce con las reglas jurídicas (y en esto reside una de sus diferencias esenciales relativas a las normas-principio), de acuerdo con la lógica del todo o nada, razón por la cual su alcance (es decir, el *quantum* en aplicabilidad y eficacia) dependerá del examen de la hipótesis en concreto, es decir, de la norma de derecho fundamental de que se trate. Más allá de eso (y concretamente por este motivo), creemos que resulta posible atribuir al precepto en examen el efecto de generar la presunción a favor de la aplicabilidad inmediata de las normas definidoras de derechos y garantías fundamentales, de tal manera que un eventual rechazo de la aplicación, en virtud de un acto concretizador, deberá (por excepcional) ser necesariamente fundamentado y justificado (...).⁵⁶⁸

Nos adherimos a la posición de Ingo Wolfgang Sarlet, en el sentido de que los derechos fundamentales, previstos o no en un catálogo – siendo coherentes con la unidad de un sistema jurídico y con la concepción materialmente abierta de aquellos derechos -, tienen aplicabilidad inmediata y eficacia plena como regla, siendo cualquier situación diversa, una verdadera excepción que demandaría una suficiente justificación (basada en derechos fundamentales interpretados en la tópica sistemática⁵⁶⁹). Por tanto, la máxima de la mayor eficacia posible se impone no sólo a los legisladores, sino a los jueces y tribunales.⁵⁷⁰ El Poder público debe convertirlos en la principal referencia para toda y cualquier actividad.⁵⁷¹ Resulta que incluso una presunta

⁵⁶⁷ HESSE, K., “Bestand und Bedeutung der Bundesrepublik Deutschland”, en *EuGRZ* 1978, p. 433.

⁵⁶⁸ WOLFGANG SARLET, I., *A eficácia dos direitos fundamentais*, cit., p. 264.

⁵⁶⁹ FREITAS, J., *A interpretação sistemática do direito*, cit..

⁵⁷⁰ A pesar de no pretender su detenido análisis, es debida la referencia a dicha “reserva de lo posible” sobre los derechos fundamentales prestacionales. Sobre el tema *vid.* WOLFGANG SARLET, I., *A eficácia dos direitos fundamentais*, cit., pp. 280-283.

⁵⁷¹ MIRANDA, J., *Manual de direito constitucional*, v. IV, 2. ed., Coimbra, Ed. Coimbra, 1993, p. 279.

alteración en un texto constitucional incluye la eficacia vinculante de los derechos fundamentales del respectivo sistema jurídico.

Los derechos fundamentales ejercen su eficacia en las relaciones interprivadas⁵⁷² – aspecto que parece no generar mayores debates en la doctrina.⁵⁷³ Noción ésta, de hecho, arraigada a partir de la superación del paradigma liberal de la modernidad, así como de la comprensión de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales al dictar valores que el Estado no sólo debe respetar sino proteger efectivamente. Valores que irradian sus efectos sobre toda la unidad del sistema – diluyendo las fronteras de lo público y de lo privado.⁵⁷⁴ Apunta Ingo Wolfgang Sarlet sobre el tema:

Punto de partida para el reconocimiento de una eficacia de los derechos fundamentales en la esfera de las relaciones privadas, es la constatación de que, a diferencia del Estado clásico y liberal de Derecho, en el cual los derechos fundamentales, en la condición de

⁵⁷² BILBAO UBILLOS, J. M., *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

⁵⁷³ ALEXY, R., *Teoría de los Derechos Fundamentales*, cit.; BARROSO, L. R., *Interpretação e aplicação da constituição*, São Paulo, Saraiva, 2006; CANARIS, C. W., *Direitos fundamentais e direito privado*, cit.; GOMES CANOTILHO, J. J., “Dogmática dos direitos fundamentais e direito privado”, en WOLFGANG SARLET, I. (org), *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*, 2. ed. rev. e ampl., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2006; MARCHIORO HARTMANN, R.; GOULART AGUIAR, R., “Dados genéticos e a eficácia dos direitos fundamentais entre particulares”, *Revista Arquivo Jurídico*, Teresina – PI, v. 1, n 6, p. 91-113, jan-jun. 2014; NARANJO DE LA CRUZ, R., *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000; WOLFGANG SARLET, I., *A eficácia dos direitos fundamentais*, cit.; SARMENTO, D., *Direitos fundamentais e relações privadas*, cit.; SILVA, V., *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*, São Paulo, Malheiros, 2005; STEINMETZ, W., “Direitos fundamentais e relações entre particulares: anotações sobre a teoria dos imperativos de tutela”, *Revista de Direito Privado*, n. 23, p. 291-303, jul-set, 2005; BILBAO UBILLOS, J. M., *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997; BILBAO UBILLOS, J. M., “¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?”, en WOLFGANG SARLET, I. (org), *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2003.

⁵⁷⁴ La eficacia inmediata en las relaciones entre particulares, según se observa en la doctrina, se da también sobre su dimensión objetiva. En este sentido *vid.* ALEXY, R., *Teoría de los Derechos Fundamentales*, cit., p. 477; CAUPERS, J., *Os direitos fundamentais dos trabalhadores e a constituição*, Coimbra: Almedina, 1985, pp. 158-159.

derechos de defensa, tenían como objetivo proteger al individuo de las injerencias por parte de los poderes públicos en su esfera personal y en el cual, en virtud de una establecida separación entre Estado y sociedad, entre lo público y lo privado, los derechos fundamentales alcanzaban sentido sólo en las relaciones entre los individuos y el Estado, en el Estado Social de Derecho no sólo el Estado amplió sus actividades y funciones, sino que también la sociedad cada vez participa más activamente en el ejercicio del poder, de tal manera que la libertad individual no sólo goza de protección contra los poderes públicos, sino también contra los más fuertes en el ámbito de la sociedad; es decir, contra quienes detentan el poder social y económico, ya que es en esta esfera donde las libertades se encuentran particularmente amenazadas.⁵⁷⁵

A partir de la idea de unidad de sistema, resulta innegable una eficacia inmediata de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares - en la medida en que, si aquellos derechos se aplican sobre todo el sistema jurídico, no se puede dejar fuera a los particulares.⁵⁷⁶ Por tanto, de la misma noción de sistema único, resulta que el particular debe ser protegido no sólo de los actos lesivos por parte del Estado, sino también de los que derivan de otros individuos o entidades particulares – bajo pena de perder la coherencia.⁵⁷⁷ Vinculación ésta que debe alejar las situaciones de desigualdad que afecten a la libertad de la persona humana – principalmente las que ofenden la dignidad de la persona humana –, por supuesto a través de una adecuada interpretación individualizado-sistemático de los valores y de los principios de la autonomía privada y libertad (que merecen ser sopesados).⁵⁷⁸ Para evitar cualquier interpretación errónea, hay que subrayar que en las relaciones igualitarias la eficacia es igualmente inmediata.

⁵⁷⁵ WOLFGANG SARLET, I., *A eficácia dos direitos fundamentais*, cit., p. 365.

⁵⁷⁶ CANARIS, C. W., *Direitos fundamentais e direito privado*, cit., pp. 118-119.

⁵⁷⁷ CANARIS, C. W., *Direitos fundamentais e direito privado*, cit., pp. 118-119.

⁵⁷⁸ VIEIRA DE ANDRADE, J. C., *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, cit., p. 284; MOTA PINTO, P., "O direito ao livre desenvolvimento da personalidade", en *Portugal-Brasil Ano 2000*, Coimbra, Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, 1999, pp. 241-243.

Los derechos fundamentales esencialmente dirigidos a los particulares, con respecto a la superación de la dicotomía entre el público y el privado - lo que antes era regulado exclusivamente por el Derecho privado comenzó a ser emprendido por el Derecho público (constitucionalización del Derecho privado). En una posmodernidad es innegable una simbiosis entre lo público y lo privado, que trae consigo un nuevo paradigma al Derecho y, precisamente, el derecho de personalidad. En un contexto en el que las “barreras” entre el Derecho público y el privado desvanecen, además de ser evidente la influencia de los derechos fundamentales en las relaciones entre privados, se observa que la dualidad antes existente en el derecho de personalidad (protección en dimensión pública y privada separadamente) también es una interpretación superada. Surge el Derecho Civil-Constitucional.⁵⁷⁹ Un Derecho Civil (donde los derechos de personalidad, por una “herencia de la modernidad” han sido frecuentemente positivados) que comienza a estar preocupado por los aspectos existenciales de la persona, en la medida en que la dignidad de la persona humana asume el papel de valor-guía de todo el sistema jurídico. CANTALI observa la dependencia de los derechos de personalidad con respecto a las normas constitucionales, de las que depende en gran medida la protección de los mismos.⁵⁸⁰

En suma, los derechos fundamentales, y los derechos de personalidad, poseen una eficacia inmediata en las relaciones entre privados. Por tanto, mediante un análisis individualizado-sistemático, se debe buscar siempre la máxima preservación de los derechos de

⁵⁷⁹ Sobre el tema, entre otros, *vid.* ARONNE, R., *Direito Civil-Constitucional e Teoria do Caos*, *cit.*; FACHIN, L. E. (coord.), *Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo*. Rio de Janeiro, Renovar, 1998; TEPEDINO, G., *A parte geral do novo Código Civil*, *cit.*; TEPEDINO, G., “O Novo Código Civil: duro golpe na recente experiência constitucional brasileira”, en *Temas de direito civil*, Rio de Janeiro, Renovar, 2006, t. II, p. 358.

⁵⁸⁰ BORGHETTI CANTALI, F., *Direitos da personalidade*, *cit.*, p. 104-105.

personalidad – evitando un sacrificio completo – y de la esencia de cada derecho fundamental implicado en un caso concreto.

3.2.3. Atributos de los derechos de personalidad

Hemos constatado la personalidad como un valor (3.2.2.1), su íntima relación con la dignidad de la persona humana (3.2.2.2) y su eficacia en las relaciones entre particulares (3.2.2.3). También hemos delineado una visión contemporánea de los derechos de personalidad en un espectro amplio.⁵⁸¹ Ahora conviene realizar un análisis de las características básicas de los derechos de personalidad, para una vez más alejarse de algunas visiones clásicas que tienden a dificultar los estudios adaptados a la realidad. Dividiremos este apartado en dos ítems, un primero destinado al estudio de las características incuestionables de los derechos de personalidad (3.2.3.1) y, un segundo, dirigido a estos derechos que deben de considerarse como absolutos (3.2.3.2).

3.2.3.1. Características incuestionables

Las características básicas de los derechos de personalidad se presentan como incuestionables en la doctrina inherente al tema – ya sea desde una visión clásica o desde una contemporánea -, razón por la cual las trataremos muy brevemente. El hecho de que se traten de características incuestionables no disminuye su relevancia para el desarrollo del presente estudio.

⁵⁸¹ Como intento de tratar los derechos de la personalidad desde la Filosofía del derecho, sin amarras con respecto a un sólo un ordenamiento jurídico y con el fin de comprender su esencia.

Como primera característica digna de mención cabe citar los derechos de personalidad originarios”.⁵⁸² Afirmación que deriva de la interpretación de que se obtienen por el simple hecho de estar vivos – sin depender de ninguna otra condición.⁵⁸³ En efecto, a pesar de que esta característica se presente como incuestionables, la doctrina utiliza, a veces, el término “innato” como sinónimo de “si fuera”. Término este que entendemos debe evitarse para alejarse de cualquier connotación iusnaturalista.

La segunda característica es la “generalidad” – que está vinculada a la titularidad del derecho. A todo ser humano se le atribuyen derechos de personalidad (vinculados al *ser*). Son derechos esenciales.⁵⁸⁴ Esencialidades que, para PONTES DE MIRANDA, confirma que los derechos de personalidad son derechos fundamentales.⁵⁸⁵ Según Adriano de Cupis, los derechos de personalidad consistirían en verdaderos impulsores de los demás derechos subjetivos.⁵⁸⁶ La tercera característica es su carácter “vitalicio” – acompañan al ser humano durante toda la vida.⁵⁸⁷ La cuarta sería la de que son derechos “necesarios”, porque resultan “indispensables para la plena afirmación del ser humano y para el

⁵⁸² No todo el derecho de personalidad deriva del simple existir. Esto significa que existen derechos de personalidad que demandan, además de la atribución de personalidad, otros requisitos para que existan (derecho al secreto de correspondencia sería un ejemplo). Por tanto, existen derechos de personalidad que se adquieren. Sobre el tema *vid.* SILVA PEREIRA, C. M., *Instituições de direito civil*, 21. ed., Rio de Janeiro, Forense, 2006, p. 242.

⁵⁸³ Para una observación más amplia de su carácter originario *vid.* CASTAN TOBEÑAS, J., *Los derechos de la personalidad*, *cit.*, p. 22; VALENTINO ALEIXO CAPELO DE SOUZA, R., *O direito geral da personalidade*, *cit.*, p. 416.

⁵⁸⁴ OLIVEIRA ASCENÇÃO, J., *Direito civil: teoria geral: introdução, as pessoas, os bens*, Coimbra, Ed. Coimbra, 1997, v. I, p. 72; BORGHETTI CANTALI, Fernanda, *Direitos da personalidade*, *cit.*, pp. 130-135; MOTA PINTO, P., “Notas sobre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e os direitos de personalidade do direito português”, *cit.*, p. 63.

⁵⁸⁵ PONTES DE MIRANDA, F., *Tratado de direito privado*, *cit.*, p. 10.

⁵⁸⁶ Actradores en la medida en que permiten una alteración sistémica, tal como se visualiza en la “Teoría del Caos”.

⁵⁸⁷ GOMES, O., *Introdução ao direito civil*. Rio de Janeiro, Forense, 2001, pp. 152-153; AMARAL, F., *Direito civil: introdução*, 6. ed. rev., atual., Rio de Janeiro, Renovar, 2006, p. 250.

desarrollo de su personalidad en una comunidad de personas.”⁵⁸⁸ La quinta sería la “extrapatrimonialidad”, en la medida en que no poseen como objeto un patrimonio (tener), sino “bienes” inherentes a la intersubjetividad humana.⁵⁸⁹ Otra característica es la “inembargabilidad”.⁵⁹⁰

En suma, existen características sobre las que hay consenso por parte de la doctrina sobre los derechos de personalidad. Sin embargo, esta “paz” no incluye toda o cualquier propiedad de los derechos en cuestión. Para poner de manifiesto un cierto punto de discrepancia se plantea la cuestión de si los derechos de personalidad ¿son absolutos? Este el desafío de las próximas líneas.

3.2.3.2. Los derechos de personalidad ¿son absolutos?

La atribución de carácter absoluto a los derechos de personalidad (y a los derechos fundamentales) es relativamente común en la doctrina. Posición que se considera obedece a una confusión derivada de la evidente oponibilidad de una obligación negativa universal de los mismos derechos.⁵⁹¹ Sin embargo, en un estudio centrado en la contemporaneidad, resulta erróneo el uso del término “absoluto”, ya que puede ser equivocadamente tomado con respecto al contenido del

⁵⁸⁸ BORGHETTI CANTALI, F., *Direitos da personalidade, cit.*, p. 132.

⁵⁸⁹ Conviene subrayar que esta característica no determina la imposibilidad de que los derechos de personalidad ocasionen hechos o consecuencias patrimoniales. Recuérdese la posibilidad de indemnización (moral y material) cuando se incumplen tales derechos. Sobre el tema *vid.* VALENTINO ALEIXO CAPELO DE SOUZA, R., *O direito geral da personalidade, cit.*, p. 415; CREVILLEN SÁNCHEZ, C., *Derechos de la personalidad: honor, intimidad personal y familiar y propia imagen en la jurisprudencia*, Madrid, Actualidad, 1995, p. 25.

⁵⁹⁰ BITTAR, C. A., *Os direitos da personalidade*, 7. ed., Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2004, p. 5.

⁵⁹¹ Conviene apuntar que no se restringe al deber de abstención, en la medida en que incluye el deber del Estado y de los particulares de respetarlos. Respeto que ciertamente implica la prestación positiva consistente en el deber general de ayuda derivado del deber de solidaridad social. BORGHETTI CANTALI, F., *Direitos da personalidade, cit.*, pp. 135-138.

derecho (remitiendo a una vencida modernidad y a sus conceptos perfectos y herméticos). Por tanto, es notorio que los derechos de personalidad, ante la coexistencia de derechos en una colectividad, se relativizan. Relativización esta que evidencia el alejamiento de una noción de derechos absolutos. Se observa que ni tampoco el derecho “más duro” puede ser visto como absoluto – ni tampoco el derecho a la vida debe recibir tal poder. Se sostiene la muerte de la visión que defendía los derechos absolutos.⁵⁹² Ni tampoco la dignidad de la persona humana – el valor supremo de un sistema jurídico – es absoluto, en la medida en que diversas dignidades influyen unas sobre las otras (relativizándose). La relativización – con certeza que no descontrolada – es la constante de un sistema jurídico único, axiológico y de epicentro constitucional.⁵⁹³

3.2.3.3. La irrenunciabilidad e intransmisibilidad de los derechos de personalidad

La irrenunciabilidad y la intransmisibilidad son comúnmente atribuidas como características de los derechos de personalidad. Por tanto, parte de la doctrina defiende que estas características derivarían de la indisponibilidad de los derechos fundamentales, y, más concretamente, de los derechos de personalidad.⁵⁹⁴ Al apuntar que no hay argumentos para la defensa de una indisponibilidad *prima facie* de los derechos fundamentales en el apartado anterior (3.1) y de la aún no confirmada indisponibilidad de los derechos de personalidad – tema que consiste en el objeto de esta segunda parte de este capítulo (3.2) – conviene mencionar algunos aspectos no exentos de ciertas inquietudes.

⁵⁹² WOLFGANG SARLET, I., *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, cit., p. 118.

⁵⁹³ CANTALI presenta una interesante reflexión: si los derechos de la personalidad fueran absolutos no habría que plantearse conductas que le ocasionen perjuicios. BORGHETTI CANTALI, F., *Direitos da personalidade*, cit., p. 138.

⁵⁹⁴ Conforme apunta FACHIN, L. E., “Direitos da personalidade no Código Civil brasileiro”, cit., pp. 625-643.

Entendemos que no se pueden imponer restricciones a los derechos de personalidad porque implicaría el primer paso para impedir la tutela de estos derechos. Tampoco la dignidad de la persona humana posee un carácter absoluto, pudiendo, dependiendo de las condiciones presentadas en un caso concreto, incurrir en limitaciones. Como se ha visto anteriormente (3.2.3.2), debe evitarse afirmar un carácter absoluto para los derechos de personalidad (al menos desde una perspectiva de contenido).

El segundo aspecto consiste en el reflejo de la muerte en los derechos de personalidad. Aquí se hace alusión al hecho de que – a pesar de que los derechos como regla general se extinguen con la muerte de su titular – hay casos en los que se da la sucesión o adquisición derivada de la traslación de los derechos de personalidad. De hecho, esta mutación no aleja la funcionalización en razón de los intereses del fallecido, pero también es cierto que implica una legitimación procesal de los sucesores para ejercer su defensa. Se observa, así, una evidente “transmisibilidad” de derechos debido a la muerte.⁵⁹⁵ Como bien apunta FACHIN, la transmisibilidad consiste, a veces, en una exigencia para que se haga viable una efectiva defensa de los derechos de personalidad, como se produce en los casos de derecho de imagen o del honor del fallecido. Transmisibilidad que puede darse, incluso, mediante testamento (como en el caso de los derechos de autor).⁵⁹⁶

Se aprovecha el nexo – de la reciente referencia con el derecho de imagen - para apuntar el tercer aspecto; es decir el de que indiscutiblemente existen situaciones en las que los derechos de personalidad pueden ser objeto de negocio jurídico. Por tanto, como muy

⁵⁹⁵ Sobre el tema *vid.* VALENTINO ALEIXO CAPELO DE SOUZA, R., *O direito geral da personalidade, cit.*, p. 404.

⁵⁹⁶ Para llegar a esta afirmación el autor hace uso de la interpretación de que los efectos patrimoniales de los derechos de personalidad son intransmisibles. FACHIN, L. E., “Direitos da personalidade no Código Civil brasileiro”, *cit.*, pp. 625-643.

bien apunta Fernanda Borghetti Cantali, el goce de este derecho puede permitir un sensible resultado económico.⁵⁹⁷ Se delinea aquí otra forma de transmisión. Transmisión del derecho de imagen, como derecho de personalidad, que no disminuye la persona en cuanto ser (existencia).

El cuarto aspecto consiste en la evidente renuncia o limitación parcial de los derechos de personalidad en casos de cirugías de transgenitalización. Un procedimiento quirúrgico en que parte del cuerpo humano puede ser extraído, de forma definitiva, mediante la anuencia del titular del derecho de personalidad, con el fin de promocionar su propia dignidad. Independientemente de lo que se entienda como acto de una renuncia total (como renuncia sobre parte del cuerpo) o parcial (como renuncia al ejercicio de un derecho, pero no al derecho en sí), lo cierto es que alguna forma de renuncia existe.⁵⁹⁸

El quinto aspecto consiste en que a veces el propio ordenamiento jurídico de un Estado determinado puede proporcionar el alejamiento de la irrenunciabilidad o intransmisibilidad de los derechos de personalidad. En este sentido, cabe citar como ejemplo la normativa española para la protección de los datos personales (Real Decreto 17/2007 y Ley Orgánica 15/1999), donde se observa, como sostiene PEREZ LUÑO con relación a al análisis del derecho la intimidad, el establecimiento de posibilidades de transgresiones permitidas, en la renuncia o incluso cesión onerosa, a los derechos de personalidad.⁵⁹⁹

En resumidas cuentas, a partir de la referencia de estos cinco aspectos simples – que podrían ser más si consideramos el abanico de

⁵⁹⁷ Sobre el tema *vid.* BORGHETTI CANTALI, F., *Direitos da personalidade, cit.*, p. 141.

⁵⁹⁸ Para CANOTILHO esta situación no consistiría en una renuncia, sino en una limitación voluntaria del ejercicio de un derecho. GOMES CANOTILHO, J. J., *Direito constitucional e teoria da constituição, cit.*, pp. 464-465.

⁵⁹⁹ Sobre la patrimonialización del derecho a la intimidad de los adultos *vid.* PÉREZ-LUÑO, A. E., “La protección de los datos personales del menor en Internet”, en PÉREZ-LUÑO, A. E., *Los derechos humanos en Internet*, Madrid, Cideal, 2012, p. 77.

posibilidades derivadas de la sociedad tecnológica –, así como de la existencia de casos permisivos legales en los diversos Estados, resulta que las dichas intransmisibilidad e irrenunciabilidad, como mínimo, deben ser entendidas como relativas, dependiendo del contexto en el caso concreto - siempre que se respete la dignidad de la persona humana.⁶⁰⁰

3.2.3.4. La insubsistencia del cierre de los derechos de personalidad en los límites ofrecidos por los derechos subjetivos

Los derechos de personalidad forman parte de un sistema único de epicentro constitucional y se armonizan con valores, principios y normas del sistema para permitir su ajuste hacia la realidad social⁶⁰¹. Un sistema en el cual se puede atribuir a la dignidad de la persona humana el aspecto lógico-fundante de los derechos de personalidad y en el cual el derecho privado, inevitablemente, debe adecuarse al proyecto constitucional.

Recapitulando, el derecho de personalidad es objeto de un renovado planteamiento, alcanzando el reconocimiento como valor de nuestro ordenamiento constitucional (3.2.2.1). Se acepta que el derecho de personalidad supone un postulado axiológico - como valor inherente a la condición humana. Esto significa que consisten en intereses existenciales de su titular que representan una esfera extrapatrimonial. Extrapatrimonialidad que no aleja la generación de efectos patrimoniales (lo que no implica patrimonialización de los derechos de personalidad), cuanto menos aleja la garantía de disposición por parte del titular.⁶⁰² Se camina hacia una posible interpretación en el sentido de que puedan

⁶⁰⁰ Una posición más radical podría ser adoptada (en el sentido de transmisibilidad y renunciabilidad limitadas para la protección de la dignidad de la persona humana en un caso concreto). Por más próximas que parezcan las posiciones, resulta que en esta “modalidad radical” tenemos una “puerta abierta” para el abuso de derecho.

⁶⁰¹ DONEDA, D., “Os direitos da personalidade no Código Civil”, *cit.*, p. 36.

⁶⁰² BORGHETTI CANTALI, F., *Direitos da personalidade, cit.*, p. 162.

resultar posibles las relaciones privadas que implican material biológico humano.

Por lo que hasta ahora analizado, podemos afirmar que el contorno de los derechos de personalidad supera la frontera del derecho subjetivo⁶⁰³, ya que incluye todo el conjunto de mutaciones sociales y abarca la pluralidad de las situaciones jurídicas existenciales.⁶⁰⁴ Contexto en el que se evidencia la insuficiente y aclamada solución utilizada por la teoría clásica consistente en la reparación civil – una solución concretamente arraigada al patrimonialismo.⁶⁰⁵ Resulta precaria ya que las facetas de la concreción de la personalidad vienen a multiplicarse ante una pluralidad de situaciones jurídicas existenciales, lo que requiere la mayor extensión de la tutela de los derechos – para abarcar todo un abanico con respecto a la “actuación” de la persona.⁶⁰⁶ De la constitucionalización y repersonalización del derecho civil, se evolucionó hacia la comprensión de un derecho general de personalidad, perfilado desde el sistema jurídico axiológicamente centrado en el texto constitucional, como medio adecuado para acompañar la complejidad social.⁶⁰⁷ Además, impulsó la aceptación de que la propia complejidad humana que no conlleva la tutela mediante un número rígido-fijo de

⁶⁰³ Incluso porque se trata de una categoría de derechos formateados para la protección de la propiedad; es decir, con una capacidad demasiado ajustada para la realidad social, así como demasiado simplista frente al hecho de que la persona asume un papel fundamental en el ordenamiento jurídico contemporáneo.

⁶⁰⁴ PERLINGIERI, P., *Perfis do direito civil, cit.*, pp. 89-242.

⁶⁰⁵ CORTIANO JUNIOR, E., “Alguns apontamentos sobre os chamados direitos de personalidade”, *cit.*, p. 34: “Una eventual protección para la persona humana en el ámbito del Derecho privado sólo se encontraba (e incluso ahí sólo recientemente) en la idea de la reparación del daño, a través de la responsabilización civil del agente causante de un evento perjudicial. Merece atención que la responsabilidad civil se basa en una idea de patrimonialidad, donde se persigue la reparación del perjuicio causado, como regla general a través de un resarcimiento pecuniario. El fundamento, entonces, no es la agresión en sí, sino el perjuicio causado por la agresión”.

⁶⁰⁶ BODIN MORAES, M. C., “A tutela da Personalidade no Ordenamento Civil-constitucional Brasileiro”, *cit.*, p. 45.

⁶⁰⁷ BORGHETTI CANTALI, F., *Direitos da personalidade, cit.*, p. 80.

hipótesis – tipificación⁶⁰⁸ -, así como por el hecho de que un sinnúmero de situaciones existenciales humanas se presentan, y, a su vez, demandan la debida tutela independientemente de una previsión legal.⁶⁰⁹

Regresando a la cuestión del sistema axiológico de epicentro constitucional, encontramos un sistema en el que la dignidad de la persona humana se configura como una especie de vértice de protección y promoción de la personalidad. Derechos de la personalidad tales como el derecho a la vida, igualdad, integridad físico-psíquica, privacidad, intimidad, honor, imagen, entre otros. Se observa que no todos poseen una expresa previsión⁶¹⁰, no sólo por la imposibilidad de entender los derechos de personalidad solamente como aquellos establecidos en un catálogo cerrado e inmutable, sino, por el contrario, por entenderlos como una gama flexible de derechos, capaces de adecuarse a la realidad social – y la sociedad tecnológica.⁶¹¹

3.2.4. Posiciones jurídicas existenciales y presupuestos de admisibilidad de actos de disposición

Los derechos de personalidad superan la esfera de la protección contra los actos del Estado y/o de los particulares que impliquen daños,

⁶⁰⁸ DONEDA, D., “Os direitos da personalidade no Código Civil”, *cit.*, pp. 42-43: “La tipificación de los derechos de personalidad pareció, para muchos autores, una solución teórica viable, incluyendo la identificación de algunos derechos de personalidad presentes en el ordenamiento, como el derecho al nombre o la inviolabilidad de la correspondencia, por ejemplo, y sirviéndose de la técnica de tutela de los derechos subjetivos. Por otro lado, la creciente necesidad de protección de la persona humana, por la cual presionaban las instancias superiores del ordenamiento, hizo que ganasen fuerza las teorías que apuntaban a la necesidad de la protección de la personalidad no a través de un conjunto de derechos tipificados, sino mediante una regla general que incluyera todos los casos en los cuales estuviera la cuestión de los bienes de la personalidad (...)”.

⁶⁰⁹ PERLINGIERI, P., *Perfilis do direito civil*, *cit.*, p. 156.

⁶¹⁰ WOLFGANG SARLET, I., *A eficácia dos direitos fundamentais*, *cit.*.

⁶¹¹ Sobre el rol abierto de los derechos de la personalidad *vid.* SHREIBER, A., *Direitos da Personalidade*, 2ª ed., São Paulo, Atlas, 2013, pp. 14-16. Sobre el surgimiento de nuevos derechos de la personalidad, se tome como ejemplo el “derecho a la vida sexual sana” apuntado por SHREIBER, A., p. 224.

alcanzando una verdadera promoción de la dignidad de la persona humana. Así, se entiende que los derechos de personalidad comportan una dimensión positiva de ejercicio, que se refiere a la posibilidad que tiene el titular, de disponer de una posición jurídica en los casos concretos, siempre que se respete la dignidad de la persona humana y el libre desarrollo de la personalidad. Así, a partir de los estudios hasta ahora realizados, consideramos el cuerpo humano como un derecho de personalidad (3.2.4.1) para posteriormente configurarlo a través de las diversas modalidades de disposición del cuerpo humano.

3.2.4.1. Sobre el cuerpo humano como derecho de personalidad

El cuerpo humano (y sus partes), como esencia del ser, se integran en los derechos de personalidad. La disposición del cuerpo humano históricamente fue tratada a partir del Derecho privado. Sin embargo, con la llegada de los fenómenos de la repersonalización y constitucionalización del Derecho civil, así como de una tutela de los derechos de personalidad delineada por la dignidad de la persona humana, resulta necesaria una relectura capaz de compatibilizarla con la sociedad tecnológica. Vamos a realizar un análisis de la disposición del cuerpo humano y de sus criterios - desde la premisa de relevancia de la autonomía privada existencial (aunque reconociendo las posibilidades de limitación debidamente justificadas). Diferenciaremos dos aspectos centrales: a) inexistencia de disminución permanente de la integridad físico-psíquica (3.2.4.1.1) y b) existencia de disminución permanente de la integridad físico-psíquica (3.2.4.1.2).

3.2.4.1.1. Situaciones en las que no existe una disminución permanente de la integridad físico-psíquica

Para tratar la (im)posibilidad de disposición, renuncia y transmisión del cuerpo humano como derecho de personalidad, en primer lugar analizaremos la cuestión desde situaciones en las que no existe una disminución de integridad física y psíquica del ser humano. Esta opción obedece a dos aspectos principales: 1) situaciones en las que no existe una disminución de la integridad física del titular del derecho general de personalidad, *prima facie*, que causan un menor rechazo en términos generales, lo que propicia el establecimiento de casos más simples de descomponer; 2) al no existir una disminución de la integridad física y psíquica del titular del derecho general de personalidad, resulta que las situaciones que se van a examinar son las más “sencillas” entre las que serán problematizadas en la continuación de este Capítulo – se establece como criterio un orden creciente de densidad del discurso.

Como punto de partida conviene aclarar en qué consiste la “disposición del propio cuerpo en que no se permite una disminución permanente de la integridad física o psíquica”. En esta etapa inicial, tomamos como parámetro la disposición del “cuerpo vivo” en su sentido más amplio, incluyendo no sólo la estructura fisiológica del ser, sino su imagen natural. Esto significa que no se pretende una limitación del contenido corpóreo del ser humano, por lo que incluimos en el análisis el espectro psíquico del ser.

Para desarrollar el tema, nada mejor que la reflexión sobre algunos ejemplos. El primer ejemplo sería el de una simple “donación de cabellos” para la producción de pelucas en beneficio de personas que por cualquier razón las necesiten (por ejemplo en el caso de personas que como resultado de tratamientos para el cáncer acaba perdiendo su propio pelo). En este caso se observa que el titular de un derecho de personalidad dispone, de forma no onerosa, de parte de su cuerpo por una razón

altruista para la tercera persona necesitada. Se trata de un acto de disposición en la que no existe una disminución permanente de la integridad física o psíquica del titular del derecho de personalidad - su pelo seguirá creciendo. Se vislumbra un acto de disposición del propio cuerpo que, concretamente, es social y jurídicamente aceptado - y defendible - en todos los sistemas jurídicos.

El segundo ejemplo consiste en la donación de leche materna en beneficio de bebés necesitados – ya sea porque la madre no puede producir leche; ya sea porque la madre es portadora de HIV e incapaz de amamantar; ya sea en razón del abandono materno, entre otras muchas posibilidades imaginables. El tercer ejemplo sería el de las donaciones anónimas⁶¹² de semen o óvulo humano, en bancos de material genético, para que personas que por algún motivo sean (o estén) incapaces de reproducir lo hagan mediante procedimientos asistidos (reproducción asistida heteróloga). Situación en la que el titular del derecho de personalidad dispone de forma no onerosa de su cuerpo, sin que se traduzca en una disminución permanente de su integridad física, en lo que se refiere al beneficio de terceros. Hasta aquí, otros dos ejemplos que derivan de prácticas comunes – social y jurídicamente aceptadas en diversos países. De estos tres sencillos ejemplos es la primera (y no menos sencilla) la visión de este apartado: la disposición del cuerpo humano que no permita una disminución permanente de la integridad física y psíquica del titular del derecho de personalidad, en ciertos casos, es social y jurídicamente aceptada.

Para los ejemplos anteriormente utilizados hemos elegido, deliberadamente, como característica la “no onerosidad” para

⁶¹² Conviene aclarar que la condición de “anonimato” deriva de la búsqueda por la máxima simplificación del ejemplo. Así, en una observación inicial se desestiman las numerosas y complejas reflexiones que podrían surgir del ejemplo. Sin embargo, se reconoce que incluso el uso del “anonimato” no aleja un amplio abanico de reflexiones, indagaciones y debates, principalmente ante la reciente decisión proferida por el Tribunal Constitucional Alemán (2.2.2.1).

mantenerlos en su estado más puro y simple. Sin embargo, como cuarto ejemplo tenemos la situación en la que una persona decide “vender” su semen (o óvulo) para bancos de material genético.⁶¹³ En este caso, persiste la disposición del cuerpo humano sin disminución de la integridad física, pero añadiendo el “factor económico”.⁶¹⁴ Conviene reseñar que la fundamentación sería la misma; es decir, que el titular del derecho de personalidad estaría disponiendo de su cuerpo sin la imposición de ninguna disminución permanente de su integridad física o psíquica. La única diferencia es la introducción del aspecto económico; sin embargo, este es suficiente para dividir las posiciones. En este sentido: ¿Por qué en algunos países está permitida esta disposición onerosa y en otros no? ¿Consistiría una opción por la prohibición, a partir de argumentos fundados en la comercialización, en una restricción o violación de los derechos fundamentales? Cuestiones en las que no profundizaremos, ya que sus respuestas se irán presentando a lo largo de los apartados destinados al análisis de la (in)disponibilidad del cuerpo humano con fines altruistas (3.2.4.3.) y al libre desarrollo de la personalidad (3.2.4.4.).

3.2.4.2.2. Situaciones en las que existe una disminución permanente de la integridad físico-psíquica

A diferencia de las situaciones exploradas en el ítem anterior, existen disposiciones del cuerpo humano que implican una disminución permanente de la integridad físico-psíquica del titular del derecho general de personalidad. Situaciones que guardan, al menos a primera vista, una mayor reluctancia en términos sociales y jurídico-filosóficos. Así, mediante

⁶¹³ El ejemplo se utiliza al objeto de reflexionar sobre situaciones que superan el ámbito del derecho positivo. Sin embargo, conviene apuntar que la comercialización de óvulos y semen para fines de reproducción asistida heteróloga está regulada, por ejemplo, en los Estados Unidos de América y en Alemania.

⁶¹⁴ Como ya se ha mencionado en un apartado anterior (3.2.2.1) la extrapatrimonialidad del derecho de personalidad no impide la existencia de los efectos económicos.

la presentación de algunos ejemplos se pretende, a lo largo de este apartado, analizar la posibilidad de afirmar una (in)disponibilidad *prima facie* del cuerpo humano en situaciones en las que se identifica una disminución de la integridad físico-psíquica. El apartado, a causa de sensibles diferencias de análisis a partir de los diversos contextos, será dividido entre los casos en los que la disponibilidad derive de una determinación médica (3.2.4.2.2.1) y de un acto de libre voluntad por parte del titular del derecho general de personalidad (3.2.4.2.2.2).

3.2.4.2.2.1. Por determinación médica

Una disposición del cuerpo humano que implique una disminución permanente de la integridad físico-psíquica del paciente puede dar curso a una recomendación médica. Aquí surge el interrogante: ¿hay disponibilidad *prima facie* del cuerpo humano en todos los casos en los que se presente una recomendación médica? Cuestión que en primer lugar parece suficiente simple, pero que guarda algunas peculiaridades que deben ser apuntadas y analizadas.

Para las situaciones en las que el titular del derecho general de personalidad (a partir de este momento denominado paciente por una cuestión de practicidad) incurre en un riesgo de vida, existiendo una recomendación médica, se observa una cierta tranquilidad en apostar por una disponibilidad sobre el cuerpo humano aunque ésta implique una disminución de la integridad físico-psíquica de aquél. Como ejemplo se puede citar una situación radical, en la cual a un paciente se le ha diagnosticado un cáncer óseo en una de sus piernas y su médico determina la amputación del miembro. En un caso como este no hay inconveniente para aceptar la disponibilidad del cuerpo humano, ya que se trata de una recomendación médica para el bienestar del paciente – incluso reconociéndose la pérdida definitiva de un miembro. A partir de

este ejemplo resulta adecuado establecer la premisa de que en casos de riesgo de vida, al haber una determinación médica, resulta plenamente aceptable la disposición del cuerpo humano.

En este ejemplo hay dos factores importantes para poder establecer una premisa, es decir, el riesgo de vida y la determinación médica. Una situación en la que, además de su salud, el paciente no poseía otros intereses o beneficios directos (económicos). Y ¿cómo sería la situación si se hubiera añadido a la protección de la salud un interés económico del médico, o incluso del médico y paciente? ¿Debería excluirse la premisa de la disponibilidad en unos contextos determinados?

Conviene citar una situación concreta producida en los Estados Unidos de América: el denominado “caso Moore”. Al adentrarnos en una breve narración, vamos a presentar la figura central del caso, el ya fallecido señor John Moore. Un hombre que, a mediados de los años 70’, como paciente del Centro Médico de la Universidad de California (UCLA556), le fue diagnosticada una especie rara de leucemia con un elevado grado de mortalidad.⁶¹⁵ Período en el que empezaron una serie de exámenes clínicos especialmente concentrados en la sangre del paciente, pero realizados también en otros tejidos del cuerpo.

A lo largo de las valoraciones clínicas se le recomendó al paciente la extracción de su bazo: 1) para evitar una eventual ruptura de la diagnosticada hinchazón del órgano; 2) a causa de una posible mejora en el cuadro sintomático de leucemia, se le extrajo el bazo⁶¹⁶ y el seguimiento del estado de salud del señor Moore siguió su curso – incluso con posteriores recogidas de tejidos. Se produjo una disposición del cuerpo humano mediante determinación médica. En un momento

⁶¹⁵ STANTON, A. A., “Forfeited Consent: Body Parts in Eminent Domain”, En GIBSON, J. (Org.), *Patenting Lives: life patents, culture and development*, Inglaterra, Ashgate Publishing Company, 2008, pp. 95-98.

⁶¹⁶ Un informe detallado del “Caso Moore” puede consultarse en: http://biotech.law.lsu.edu/cases/consent/Moore_v_Regents.htm.

determinado, el paciente tomó conocimiento de que las células de su bazo habían sido patentadas por la Universidad de California (UCLA).

El señor Moore descubrió que los investigadores, de la Universidad de California, dirigidos por el médico responsable de su tratamiento, habían realizado una vasta investigación científica sobre sus tejidos corporales – especialmente sobre el material celular de su bazo. Por consiguiente, al observar que el tejido del órgano quirúrgicamente extraído poseía características muy especiales que estimulaban la superproducción de células blancas, los investigadores, mediante Biotecnología, desarrollaron una “célula replicante”.⁶¹⁷ Creyendo los médicos que, a partir de los tejidos del cuerpo del señor Moore, podrían desarrollar nuevas técnicas para ayudar en la lucha contra infecciones. El paciente interpuso una serie de demandas judiciales, aspirando a la participación en las ganancias derivadas de aludido registro, especialmente fundamentadas en la alegación de que sus células fueron extraídas sin un suficiente consentimiento informado.⁶¹⁸

Un caso que, en cada instancia en el Poder Judicial americano, recibió inusitados tratamientos. Sin embargo, lo importante es observar que una disposición del cuerpo humano (extracción del bazo), determinada por un médico, dio origen a una patente que en los años 90’ poseía una potencialidad económica de aproximadamente 3 (tres) mil millones de dólares.⁶¹⁹ Puede concluirse, al menos una reflexión *prima facie*, que una célula humana, se puede decir defectuosa, puesto que era responsable de la leucemia, logró un potencial económico antes impensable. No vamos a detenernos en las diversas fundamentaciones identificadas en las diversas decisiones que implican el caso. Sin embargo, hay que destacar dos aspectos: a) que en algunas de las decisiones las Cortes americanas trabajaron derechos de personalidad

⁶¹⁷ US patent 4438032.

⁶¹⁸ STANTON, A. A., “Forfeited Consent”, *cit.*, p. 97.

⁶¹⁹ STANTON, A. A., “Forfeited Consent”, *cit.*, p. 100.

del señor Moore como si se tratara de patrimonio⁶²⁰; b) al final del caso le fue garantizada a la Universidad de California la patente de células del bazo del paciente John Moore.

A partir de las puntuales observaciones sobre el caso Moore, surgen algunos importantes interrogantes: a) al ser validada la premisa de disponibilidad del cuerpo humano, que implique una disminución de la integridad físico-psíquica, a causa de una determinación médica, ¿se puede hablar de transferencia (voluntaria o involuntaria) del material genético humano? Al tratarse de material humano ya extraído del titular de derecho de personalidad (concretamente debido a la aceptación ante el tratamiento médico), ¿cuál sería la diferencia – desde el punto de vista iusfilosófico – de aquel material humano que puede ser donado o vendido (3.2.4.2.2.1.)? Cuestiones cuyas respuestas emergerán de forma natural en el transcurso de los apartados destinados al estudio de la (in)disponibilidad del cuerpo humano con fines altruistas (3.2.4.3.) y con respecto al libre desarrollo de la personalidad (3.2.4.4.).

3.2.4.2.2.2. Por acto de voluntad: sin determinación médica

Cabe plantear si ¿existe una (in)disponibilidad *prima facie* del cuerpo humano en los casos en los que no existe una determinación médica (por libre voluntad del individuo) y que impliquen una disminución permanente de la integridad físico-psíquica?. Aquí parece sugerir una respuesta “apresurada” en el sentido de indisponibilidad, en la medida en que: a) hay una disminución permanente de la integridad físico-psíquica;

⁶²⁰ Los fundamentos utilizados por las diferentes instancias del Poder Judicial americano, se enfrentaron a un análisis desde el punto de vista del derecho general de la personalidad, razón por la cual no van a ser objeto de un estudio más exhaustivo en esta Tesis Doctoral. Sin embargo, conviene apuntar que en un determinado momento el material genético del señor Moore fue tratado como propiedad (e, incluso, como *res nullius*), caracterizando un tratamiento patrimonial del derecho de personalidad que no posee amparo en un contexto contemporáneo.

b) no existe determinación médica; c) no se parte de la premisa de que el titular del derecho general de personalidad esté corriendo riesgo por su vida. Sin embargo, existen situaciones en que las respuestas podrían resultar más complejas, como se pretende demostrar en las próximas líneas mediante algunos otros ejemplos.

Como primer ejemplo es las cirugías plásticas realizadas con finalidades estrictamente estéticas – sin que exista una necesidad médica – que permitan una disminución permanente de la integridad físico-psíquica. Intervenciones quirúrgicas que, concretamente, son socialmente aceptadas. Y ¿Qué se puede decir de las denominadas *body art* – consistente en procedimientos con finalidades decorativas del cuerpo humano -, *body modification* – como intervenciones que modifican el cuerpo humano, como las consistentes en la extensión de las orejas y del labio, entre otras posibilidades - y *body suspension* - consistente en la suspensión del cuerpo de un individuo mediante anillos y ganchos encarnados en la propia piel y carne? Pregunta que da lugar - entre otras - a dos importantes cuestiones: a) tales prácticas, aunque parte de una población no las interprete como adecuadas o deseadas, ¿no consisten en una práctica corriente? b) Siendo una práctica social reconocida, ¿se podría hablar de una indisponibilidad del cuerpo humano sin un cuidadoso análisis contextual?

En suma, en la realidad contemporánea existen situaciones concretas en las que se acepta la disposición del cuerpo humano, con finalidades no médicas, que permitan una disminución permanente de la integridad físico-psíquica del titular del derecho general de la personalidad. Además, desde los ejemplos anteriormente utilizados, resulta manifiesto que una considerable parte de las disposiciones posibles emana de la libre voluntad de la persona – muchas veces con propósitos estrictamente estéticos – lo que debilita el establecimiento de una indisponibilidad *prima facie*. En efecto, estas conclusiones no inducen

a una disponibilidad absoluta, sino que eliminan la posibilidad de defender una indisponibilidad como regla general. Así, adoptamos aquí la posición de que existe una disponibilidad *prima facie* del cuerpo humano que sí puede sufrir restricciones por parte del Estado (mediante la debida fundamentación).

3.2.4.3. (In)Disponibilidad de los derechos de personalidad y fines altruistas

La cuestión de la (in)disponibilidad sobre el cuerpo humano ha sido abordada, en los apartados anteriores, desde algunas perspectivas no exhaustivas y sí ilustrativas deliberadamente elegidas. A pesar de no haber sido abordada de forma específica en los apartados anteriores, resulta que la cuestión de la (in)disponibilidad invariablemente implica una visión de finalidades – implicación, esta, desde un punto de vista axiológico y no desde el utilitarista. Aspectos que dan origen a un interesante interrogante: en los casos de una presunta indisponibilidad del cuerpo humano, el fin altruista ¿sería un argumento fuerte a fin relativizarlo? Nuevamente, conviene plantear algunas reflexiones a partir de ejemplos.

En primer lugar, retomemos el ejemplo del caso Moore (3.2.4.2.2.1), donde el titular del derecho general de personalidad, en las demandas judiciales, afirmaba la no existencia de consentimiento suficientemente informado para la extracción de su bazo.⁶²¹ No se

⁶²¹ Como se ha mencionado anteriormente, no pretendemos un análisis puntual de toda la fundamentación aplicada en cada una de las decisiones relativas al caso: Sin embargo, algunos de los argumentos levantados serán aquí analizados por guardar una proximidad con los objetivos de esta investigación. El argumento en cuestión (ausencia de consentimiento suficientemente informado) fue levantado por el señor John Moore por entender que los médicos, al recomendar la extracción de su bazo, no sólo pretendían las investigaciones de su material biológico, sino que también detenían una expectativa de comprobación de su potencial para la ciencia y tecnología, pero dejaron de alertarlo. Además, el señor Moore llegó a cuestionar los motivos para la determinación de parte de su cuerpo

pretende aquí una rediscusión del caso concreto, sino un ejercicio de imaginación: al no existir una válida determinación médica para la extracción del bazo del señor Moore, la misma ¿debería haberse realizado? En otras palabras, si los médicos realmente percibieron el potencial biotecnológico del material biológico (células existentes del bazo) – y no existiendo una necesidad médica de extracción del órgano – ¿podría el paciente, siempre que fuera suficientemente informado, disponer de su cuerpo? Cabe señalar que, con el contexto “imaginario⁶²²” de las alteraciones propuestas (ausencia de necesidad médica para la extracción de órgano humano) tendremos un caso de disminución permanente de la integridad físico-psíquica del titular del derecho general de personalidad que demandaría - salvo mejor juicio - la indisponibilidad del cuerpo humano (3.2.4.2.2.2.). Y si a este contexto se añade un otro elemento: la finalidad altruista por parte del titular del derecho general de personalidad ¿sería como la observada en la donación de leche humano, semen y óvulos? Y, suponiendo, que el señor John Moore, informado por los médicos-investigadores del potencial de su material biológico para el desarrollo de curas para las diversas enfermedades (y sabiendo que no corría riesgo su vida), por su libre voluntad, por fines altruistas, diera su libre consentimiento para operarse de su bazo, siendo también consciente de la posterior investigación biotecnológica, en este caso: En esta última perspectiva ¿se podría defender una indisponibilidad del cuerpo humano, incluso sabiendo que el acto podría salvar muchas vidas?

Se concluye que, a partir de los ejercicios hipotéticos expuestos en este apartado, la libertad del titular del derecho de personalidad debe ser un factor preponderante cuando se refleja sobre la disponibilidad del cuerpo humano. Por tanto, al existir una disposición por fines altruistas, no

(¿se trataba de una necesidad médica o de una ambición de los investigadores por su material biológico?).

⁶²² No tanto imaginarias, en la medida en que extraídas, en alguna medida, de las líneas argumentativas utilizadas por John Moore en las demandas judiciales promovidas ante la Universidad de California.

sólo se justifica la disponibilidad, sino que se demanda un mayor *onus* argumentativo por parte del Estado para que se regule una eventual restricción.

3.2.4.4. (In)Disponibilidad de los derechos de personalidad y el pleno desarrollo

De todo un discurso que implican la “disponibilidad o indisponibilidad” del derecho general de personalidad, resulta evidente su estrecha proximidad con el “libre desarrollo del hombre”. De lo que deriva una interesante cuestión: ¿no podría justificarse la (in)disponibilidad, en la tónica-sistemática, en este “libre desarrollo”? Interrogante sobre el cual pretendemos realizar algunas breves – sino no vagas – reflexiones, a fin de proponer algunas respuestas.

Vamos a seguir trabajando con el “caso Moore”. Así, a la ausencia de necesidad médica y a la efectiva disminución permanente de la integridad físico-psíquica del titular del derecho general de personalidad, se añade que ahora el paciente tiene la plena convicción de que la disposición de su cuerpo para las investigaciones biotecnológicas consiste en la vía hacia el pleno desarrollo de su personalidad. Vamos a ejemplificar el ejercicio imaginativo: el paciente, previendo (mediante las aclaraciones de los científicos) el potencial de su material biológico en la cura de enfermedades como el cáncer, ¿considera que la disposición de parte de su cuerpo consista en la realización plena de su potencial cómo ser? De forma más clara, si el paciente tiene la convicción de que su participación (disposición de parte de su cuerpo) sería fundamental en la cura del cáncer y que la disposición, a la que este será legado, ¿por qué evitar la disponibilidad del cuerpo humano? ¿No sería posible pensar en una disponibilidad del cuerpo humano (sin implicar un riesgo de vida) en

aras del bien común y haciendo uso de su libre desarrollo de la personalidad?

Se concluye que, a partir de los ejercicios hipotéticos realizados en este apartado, la libertad del titular del derecho de personalidad debe ser un factor preponderante cuando se refleja sobre la disponibilidad del cuerpo humano. Por lo tanto, al existir la disposición que fundamente el libre desarrollo de la personalidad, no sólo se debe permitir la disponibilidad, sino que se debe entender como incrementado el *onus* argumentativo por parte del Estado para regular una eventual restricción.

3.2.4.6. Toma de posición personal: (in)disponibilidad sobre el material genético humano

Hemos llegado a la conclusión de la imposibilidad de poder afirmar una indisponibilidad *prima facie*. Así, adoptaremos la interpretación en un sentido de disponibilidad *prima facie* del cuerpo humano, como derecho de personalidad y que esta libertad, si existe una adecuada y suficiente justificación, puede comportar una consiguiente restricción por parte del Estado.

Al observarse la disponibilidad *prima facie del* cuerpo humano, partiendo de prácticas socialmente aceptadas, podemos concluir que – aunque no sean observadas así por parte de la doctrina – existen relaciones interprivadas que permiten una transferencia del material genético humano (como en la donación de semen y óvulo). Lo que implica otra conclusión, es decir la de que el material genético humano asume la condición de objeto de relaciones contractuales entre particulares. Contratos que pueden ser realizados, incluso, de forma onerosa (con la evidente relativización de cualquier restricción estatal, bajo pena de conllevar una verdadera violación de los derechos fundamentales), sin

que esto implique una exclusión de la extrapatrimonialidad de los derechos de personalidad o la cosificación del ser humano.

Se observa así (especialmente a partir de las ideas presentadas en el Primero y Segundo Capítulo) que la Biotecnología abre un abanico interminable de posibilidades para la explotación de los organismos vivos (incluso del material genético humano), de hecho capaces no sólo de afectar eventualmente la realidad, sino, más concretamente, de modificar las relaciones interprivadas hasta entonces conocidas. Emerge un nuevo “nuevo nicho” contractual, así como un “nuevo objeto contractual”. Se entiende que el material genético humano vivo (vida por ser, o como parte del todo que es la persona humana), ante la Biotecnología, asume un nuevo papel en las relaciones privadas. La vida más allá de un nuevo nicho contractual – en la medida en que nuevos contratos pueden originarse de las potencialidades derivadas de las nuevas técnicas biológicas -, supone un nuevo objeto contractual – en la medida en que el material vivo en sí comienza a ser susceptible de ser contratado por diversas formas y para diversos fines. Afirmación que gana relevancia en el debate especialmente a partir del reconocimiento de que el fenómeno denominado transhumanista gana fuerza. Ello lleva a cuestionar el contrato privado, desde una concepción clásica, ¿resulta apto para esta nueva realidad impuesta por la sociedad tecnológica? Cuestión que se pretende responder a lo largo del próximo Capítulo de esta investigación.

**CAPÍTULO IV – CONTRATOS
BIOTECNOLÓGICOS:
¿HACIA UN CONCEPTO
POSMODERNO DE
CONTRATO?**

Premisa

En el capítulo anterior, con el objetivo de aclarar la cuestión de la (in)disponibilidad sobre el cuerpo humano, hemos analizado, a partir de las diversas perspectivas, la tradicional afirmación de que los derechos fundamentales son indisponibles. Investigación que, a partir del marco teórico elegido, nos ha permitido rechazar una serie de argumentos inherentes a la disponibilidad y concluir con una adscripción al derecho general de libertad - puesto que una indisponibilidad de posiciones subjetivas de derechos fundamentales no se ajusta a la realidad de la sociedad tecnológica. Así, hemos adoptado la posición de una disponibilidad *prima facie* de las posiciones subjetivas de los derechos fundamentales, reconociendo – y valorando – la posibilidad de restricciones y su correspondiente regulación por parte del Estado siempre que sean debidamente justificadas. También hemos analizado el principio de la dignidad de la persona humana como valor guía del sistema, adoptando la primacía de la dignidad de la persona humana como autonomía y reconociendo la posibilidad de que ésta pueda sufrir algunas restricciones.

A partir de los estudios realizados sobre la disponibilidad de las posiciones subjetivas de los derechos fundamentales, nos hemos adentrado concretamente en los derechos de personalidad, adoptando una interpretación que conlleva la existencia de un derecho general de personalidad y que supera las fronteras de los derechos subjetivos (en la medida en que son existenciales). Derechos de la personalidad que, en la misma línea de los derechos fundamentales, poseen una disponibilidad

prima facie que puede sufrir restricciones por parte del Estado siempre que exista una suficiente justificación en base a los valores del sistema y a la dignidad de la persona humana. No consideramos que los derechos de personalidad sean irrenunciables e intransmisibles – afirmación que no aleja la posibilidad de, en el tópico-sistemático, se observe tal incidencia. Por lo tanto, hemos descrito, principalmente mediante ejemplos socialmente aceptados, la disponibilidad *prima facie* del cuerpo humano – especialmente de material genético. Disponibilidad que, de hecho, implica el establecimiento de relaciones interprivadas – en esta investigación denominadas como contratos biotecnológicos – ya que no guardan una perfecta adecuación con un análisis tradicional del derecho contractual, bajo pena de que se produzca un desajuste entre Derecho y realidad, y que no han sido apenas objeto de atención desde una perspectiva iusfilosófica.

En este Capítulo pretendemos ofrecer un análisis del contrato moderno desde los aspectos deliberadamente seleccionados, para poder destacar su inadecuación con respecto a las relaciones contemporáneas derivadas de las nuevas biotecnologías humanas. Optamos por dividir este Capítulo en cuatro partes. La primera, destinada a una presentación general del contrato en la modernidad – siempre desde aspectos que permitirán demostrar su insuficiencia frente a un mundo permeado de nuevas biotecnologías (4.1); la segunda, dirigida a presentar el contrato en la posmodernidad, principalmente ante los fenómenos de la constitucionalización y repersonalización del Derecho privado (4.2); la tercera, destinada al estudio de los contratos biotecnológicos, como un primera forma de replantear el contrato (4.3), que será subdividido a su vez en: un análisis de la donación de órganos para trasplantes entre vivos (4.3.1), una comprensión del tránsito del material genético (4.3.2) y del consentimiento suficientemente informado (4.3.3); la cuarta, y última, dedicada a una toma de posición personal sobre la aproximación del Derecho con la realidad y superación, no sólo de un contrato moderno,

sino también del “denominado” posmoderno, donde defenderemos la necesidad de una revisión ante las nuevas biotecnologías humanas (4.4).

4.1. Contratos: concepciones y cierre de la Modernidad

A lo largo de los Capítulos anteriores hemos defendido una disponibilidad *prima facie* del cuerpo humano como derechos de personalidad y hemos apuntado al camino hacia la existencia de consecuentes relaciones interprivadas que carecen de “espacio” en el derecho contractual (no sólo en el moderno sino también en el posmoderno). Por lo que vamos a retomar la cuestión: el contrato tradicional, o incluso desde una visión post-moderna, ¿es apto para manejar la realidad impuesta por las nuevas biotecnologías humanas? Interrogante que será el eje central de este Capítulo. Por tanto, como primer paso del enfoque que vamos a desarrollar, conviene realizar una rápida presentación del contrato en la modernidad.

4.1.1. Breve perspectiva histórico-filosófica

El contrato es un instituto histórico que se remonta a la antigüedad de la humanidad. Muchos autores, al elaborar un concepto de contrato, parten del Derecho Romano (*pacto conventio*) y atraviesan por una serie de momentos histórico-jurídicos en los que no podemos extendernos.⁶²³

Como pretendemos confrontar la teoría del contrato actual con el de la teoría clásica del Derecho privado, conviene recordar a Norberto

⁶²³ Para un breve recorrido histórico *vid.* LIMA MARQUES, C., *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*, 5. ed., São Paulo, RT, 2006; RIZZARDO, A., *Contratos*, 13. ed., revista e atualizada, Rio de Janeiro, Forense, 2014, pp. 7-10; WIEACKER, F., *História do Direito Privado Moderno*, Traduzido por A. M. Botelho Hespanha, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1980.

Bobbio, que situaba la Revolución Francesa como un momento neurálgico en la medida en que significa, en la historia de la humanidad, un cambio de paradigmas.⁶²⁴ La Revolución Francesa fue la cuna del “Estado Liberal Burgués”, a su vez sumergido en la supremacía de lo individual sobre lo social. Fase en la que las codificaciones quedaron centradas en la propiedad, en el contrato y en la familia.⁶²⁵ Momento histórico en que se delineó un nuevo panorama, como fue el de que el Derecho privado asumió la posición central de los ordenamientos jurídicos, cuando la dicotomía entre Derecho público y privado era la regla general.⁶²⁶ Tiempo en el que el Derecho privado, principalmente el Derecho Civil, asume un perfil patrimonial-individualista, estrictamente centrado en el enaltecimiento del patrimonio sobre el sujeto, y, porqué no decir, una posición de creador de *outsiders* - seres que, por la ausencia de propiedad privada, acabaron por ser excluidos incluso de la condición de persona.

Conviene destacar, con respecto al estudio sobre el contrato moderno, que:

La noción de contrato, como expresión de la libertad contractual o de la autonomía privada, fue desarrollada en el contexto histórico preciso del Estado moderno, más concretamente en la fase del Estado Liberal. Su ápice coincidirá con el predominio del capitalismo industrial de la segunda mitad del siglo XIX y de la primera mitad del siglo XX, cuando se elaboró la teoría del negocio jurídico y se consagró la idea de autonomía privada como principio fundamental del Derecho privado.⁶²⁷

El contrato, en la teoría moderna o tradicional, fue estructurado desde una perspectiva de interacción entre la realización de una oferta y su respectiva aceptación, de la existencia de un consentimiento libre y de

⁶²⁴ BOBBIO, N., *A Era dos Direitos*, 14. ed., Tradução de Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro, Campus, 1992, p. 85.

⁶²⁵ ARONNE, R., *Propriedade e domínio: reexame sistemático das noções nucleares de direitos reais*, Rio de Janeiro, Renovar, 1999, p. 38.

⁶²⁶ SARMENTO, D., *Direitos fundamentais e relações privadas*, cit., p. 13 e 70.

⁶²⁷ LÔBO, P., *Direito Civil: contratos*, 2ª tiragem, São Paulo, Saraiva, 2012, p. 19.

la igualdad formal entre los implicados.⁶²⁸ El contrato recibió un tratamiento de verdadera ley entre las partes, incorporando el conocido *pacta sunt servanda*. Un fenómeno tan hermético que ni el Estado ni la colectividad, podrían violarlo. Contrato que acepta una mínima intervención estatal⁶²⁹, constituida en la mera posibilidad de aplicar las disposiciones normativas y supletorias que trataran temas con respecto a los cuales el mismo Estado podría posicionarse – por omisión u opción. Período en el que el Estado consiste, esencialmente, en un mero regulador de los requisitos de existencia, validez y eficacia para el reconocimiento del contrato, sin que se le atribuyera ninguna función de intervención en las relaciones entre los privados.⁶³⁰

Estamos refiriéndonos a un Derecho privado que, en la modernidad, fue embebido de una experta abstracción y centrado en la intachable autonomía de la voluntad.⁶³¹ Un marco jurídico-privado con el claro fin de promover la expansión de la burguesía y, por tanto, del individualismo. Un contrato que consiste, desde entonces, un instrumento de beneficio para el capital.⁶³² Un contrato estrictamente vinculado a la noción de propiedad privada, estructurado desde las modalidades de su adquisición y transferencia. Libertad de propiedad manifiesta bajo la forma de libertad contractual – ambas en lo que se refiere a la realización de

⁶²⁸ LÔBO, P., *Direito Civil, cit.*, pp. 19-21.

⁶²⁹ CATALAN, M. J., *Descumprimento Contratual: Modalidades, Conseqüências e Hipóteses de Exclusão do Dever de Indenizar*, 3ª reimpressão, Curitiba, Juruá, 2012, p. 46: “Se sostuvo durante un largo período que nadie estaría obligado a contratar, sino mediante la manifestación libre y sin obstáculos de su propia voluntad, reinando el individualismo categórico; pero en la medida en que las partes se obligasen, el Estado sólo estaría autorizado a intervenir para tutelar la voluntad manifestada, no pudiendo promover la inclusión o supresión de cláusulas; es decir, no pudiendo modificar lo que fue libremente estipulado por las partes.”

⁶³⁰ LÔBO, P., *Direito Civil, cit.*, pp. 15-41.

⁶³¹ RODRIGUES JUNIOR, O. L., “Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação: notas sobre a evolução do conceito na modernidade e na pós-modernidade”, *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Senado Federal, nº 163, 2004, pp. 113-130.

⁶³² BUENO DE GODOY, C., *Função Social do Contrato: os novos princípios contratuais*, São Paulo, Saraiva, 2004, pp. 4-5.

funciones meramente individuales destituidas de cualquier función social.

633

Conviene destacar - sin que ello signifique ninguna pretensión de examinar las obras de cada uno de los pensadores – que de una rápida visión de las proposiciones de GROTIUS⁶³⁴, DESCARTES⁶³⁵, HOBBS⁶³⁶ y KANT⁶³⁷, resulta que el Derecho se estructuró a partir de una noción estricta de las relaciones derivadas de la “voluntad”. Es decir, el Derecho en un determinado momento tuvo como base los valores voluntaristas, lo que lo aproximaba especialmente a la figura del contrato. Se recuerda el imperativo categórico de orden moral de KANT – que no sólo influenció el Derecho otrora, sino que aún se repercute en los diversos rincones de la doctrina “contemporánea” – en el cual la voluntad era la fuente de toda obligación jurídica. Tiempo de un contrato caracterizado por la voluntad contractual. Un contrato formal (abstracto) – dissociado de las preocupaciones sociales, es decir, desvinculado de la realidad social.⁶³⁸

En suma, la modernidad representa el Derecho Civil como un sistema único, completo, cerrado y universalista.⁶³⁹ Se delinea el contrato moderno a partir de una extrema valorización de la libertad contractual, como clara expresión de la libertad individual. El contrato refleja una efectiva concreción de la autonomía individual (libertad de contratar, escoger con quién contratar y lo que contratar). Después de haber

⁶³³ LÔBO, P., *Direito Civil, cit.*, pp. 19-26.

⁶³⁴ Sobre a participação de GROTIUS como elemento de influência no contrato clássico *vid.* NALIN, P., *Do contrato: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional*, 2. ed., Curitiba, Juruá, 2008, pp. 106-113; MENEZES CORDEIRO, A., *Da boa-fé no Direito Civil*, Coimbra, Almeida, 1984, pp. 938-941.

⁶³⁵ DESCARTES, R., *Discurso do método*, Porto Alegre, L&PM, 2005.

⁶³⁶ HOBBS, T., *Diálogo entre um filósofo y un jurista y escritos autobiográficos*, Madrid, Tecnos, 1992; HOBBS, T., *Leviatã*, São Paulo, Martin Claret, 2005.

⁶³⁷ KANT, E., *Fundamentos da metafísica dos costumes*, Traduzido por Lourival de Queiroz Henkel, Rio de Janeiro, Edições de Ouro, 1967, p. 109.

⁶³⁸ RAISER, L., *Il Compito del Diritto Privato*, Milão, Giuffrè, 1990, pp. 73-74.

⁶³⁹ Noção que impregnou codificações mundo a fora. Sobre o processo de codificação *vid.* SANTOS AMARAL, F., *Direito Civil*, 2. ed., Rio de Janeiro, Renovar, 1998.

realizado esta sumaria visión histórico-filosófica, conviene examinar el concepto moderno de contrato encontrado en la doctrina, que iremos a analizar seguidamente.

4.1.2. Conceptuación por la doctrina tradicional

Es preciso analizar, tras una breve digresión sobre el momento histórico-filosófico en que se estructura el contrato moderno, así como sobre sus características significativas, el trabajo conceptual realizado por la doctrina tradicional. Como primera referencia tenemos la aportación de Mendonça, que apunta que el contrato consiste en una reunión de dos o más voluntades dirigidas a alcanzar un cierto fin o resultado.⁶⁴⁰ Interpretación esta que se aproxima al sentido común correspondiente a la modernidad (y que perdura para muchos autores, incluso en una posmodernidad); es decir, que el contrato consiste en una convención, entre una o más personas, que se obliga, u obligan, ante otras a hacer, o dejar de hacer, algo.⁶⁴¹ PEREIRA sostiene que:

Es un negocio jurídico bilateral y, por consiguiente, exige el consentimiento; presupone, por otro lado, la conformidad con el orden legal, sin lo que no tendría la condición de crear derechos para el agente; y, al ser un acto negocial, tiene como un objetivo aquellos objetivos específicos. En base a la doctrina, decimos entonces que el contrato es un acuerdo de voluntades, en conformidad con la ley, y con la finalidad de adquirir, resguardar, transferir, preservar, modificar o extinguir derechos. Diciéndolo más sucintamente, y remontándonos a la noción que dimos de negocio jurídico (nº 82, supra, vol. I), podemos definir contrato como el “acuerdo de voluntades con la finalidad de producir efectos jurídicos”.

⁶⁴²

⁶⁴⁰ CARVALHO DE MENDONÇA, M. I.. *Doutrina e prática das obrigações*. p. 154.

⁶⁴¹ Conceito este adotado pelo Código Civil Francês. ROLDÃO DE FREITAS GOMES, L., *Curso de direito civil: contratos*, Rio de Janeiro, Renovar, 1999, p. 3.

⁶⁴² SILVA PEREIRA, C. M., *Instituições de direito civil*, v. 3. Contratos, 18. ed., Rio de Janeiro, Forense, 2014.

ROPPO caracteriza el contrato expresamente como una operación económica:

Las situaciones, las relaciones, los intereses que constituyen la sustancia real de cualquier contrato pueden ser resumidos en la idea de operación económica. De *facto*, hablar de contrato significa siempre remitirse – explícita o implícitamente, directa o mediatamente – a la idea de operación económica.⁶⁴³

Son muchos los autores que, con mayor o menor proximidad, acaban presentando conceptos suficientemente próximos al de PEREIRA y ROPPO, como es el caso de MELLO⁶⁴⁴ y MARTINS-COSTA⁶⁴⁵. A fin de evitar tautología, dejamos aquí de realizar una “exposición de conceptos”.⁶⁴⁶ Sin embargo, es preciso tener en cuenta que éstos se fundan, en mayor o menor medida, en la individualidad, en la libertad de los contratantes y en la patrimonialidad del contrato. A partir de esta breve presentación de un concepto moderno de contrato, conviene apuntar algunos de los requisitos y principios que se vinculan al mismo.

4.1.3. Requisitos de los contratos

Si se pretende superar un concepto moderno de contrato, conviene observar, como requisito de los contratos, el “objeto” forjado en la modernidad (4.1.1.2.1). Conviene destacar que, para evitar derivación

⁶⁴³ ROPPO, E., *O contrato*. Coimbra, Almedina, 1988, p. 7: “Las situaciones, las relaciones, los intereses que constituyen la sustancia real de cualquier contrato pueden resumirse en la idea de una *operación económica*. De *facto*, hablar de contrato significa siempre remitir – explícita o implícitamente, directa o mediatamente – a la idea de operación económica.”

⁶⁴⁴ BERNARDES DE MELLO, M., *Teoria do fato jurídico: plano da existência*, São Paulo, Editora Saraiva, 2007, p. 189.

⁶⁴⁵ MARTINS-COSTA, J., “O fenômeno da supracontratualidade e o princípio do equilíbrio: inadimplemento de deveres de proteção (violação positiva do contrato) e deslealdade contratual em operação de descruzamento acionário”, *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 26, abr./jun. 2006, p. 218.

⁶⁴⁶ Sobre el concepto moderno de contrato *vid.* DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, v. I, 2. ed., Madrid, Tecnos, 1983, p. 97; RIZZARDO, A., *Contratos*, *cit.*, pp. 4-7.

inadecuada, no vamos a ocuparnos de los demás requisitos, a saber: la capacidad de las partes; la forma prescrita o no defensa en la ley; licitud; inexistencia de fraude; ausencia de nulidades y vicios; inexistencia de simulación o ausencia de transparencia, entre otros.⁶⁴⁷ Además, por una cuestión de método, conviene tratar el “consentimiento” en un momento posterior de esta investigación (4.3.3).

4.1.3.1. Objeto lícito, posible, cierto y determinable

La doctrina apunta que para la validez de un contrato tenemos como requisito el objeto lícito, posible, cierto y determinable. La “licitud del objeto” consistiría, en la modernidad, esencialmente en el rechazo de los acuerdos ilícitos; es decir, bastaría que no existiera algo prohibido legalmente para su afirmación. Una noción individual-patrimonial y positivista, en la cual el individuo abstracto (sujeto de derecho) podría contratar todo lo que no fuera prohibido en la ley. El “objeto posible” consistiría, en la modernidad, en la exigencia de que el contrato trabaje con obligaciones realizables. Así, sólo los objetos no realizables quedarían al margen del contrato. RIZZARDO⁶⁴⁸ sostiene que éste sería el caso de las prestaciones que vulneran las leyes de la naturaleza o incluso superan las fuerzas humanas. La “posibilidad” sería el aspecto patrimonial del objeto, en la medida en que debería consistir en algo que pudiera transformarse en dinero. Por tanto, lo que no poseyera estimación económica no podría ser objeto de contratación. MONTEIRO trabaja con el ejemplo de una pretensión de venta de “un grano” de un cierto cereal, que por tener una restricta cantidad y el consiguiente diminuto valor económico no permitiría ninguna acción en lo que se refiere al

⁶⁴⁷ Sobre los requisitos de los contratos *vid.* RIZZARDO, A., *Contratos, cit.*, pp. 10-17.

⁶⁴⁸ RIZZARDO, A., *Contratos, cit.*, pp. 10-11.

cumplimiento de la insignificante obligación.⁶⁴⁹ A su vez, el objeto “cierto o determinable” consiste en aquél que puede ser identificado (localizado y medido), es decir, que puede ser diferenciado de otros.

En la modernidad, el objeto contractual necesariamente debía permitir un bien patrimonial, reforzando la función precípua del contrato - edificado en el Estado Liberal - de circulación de riqueza de forma libre (siempre que no ilícita). Un “objeto denso”, muy próximo a una “percepción material” (como físico y sensible) por su proximidad con el dinero. Es decir, un objeto contractual delineado para guardar una similitud con el patrimonio, por lo tanto la circulación de este era el motivo de los contratos entre sujetos de derecho (aquel abstracto ser que podía ser propietario y contratar). Una estructura que, incluso en la modernidad “guardaba comodines en la manga”, por lo tanto, siendo conveniente económicamente, se admitían los objetos que incluso en un tiempo de solidez y certezas dejaban de ser explicados. En este sentido se puede dejar la reflexión sobre la venta de una cosa futura (que se aproxima a una esperanza) – algo de identificación dudosa y compleja medición.

4.1.4. Principios que rigen la formación del contrato

Con el propósito de superar un concepto moderno de contrato, conviene analizar brevemente, los principios que rigen la formación del contrato, entre los que vamos a destacar la autonomía de la voluntad (4.1.1.3.1) y la libertad contractual (4.1.1.3.2). No nos extenderemos en el estudio de los demás principios, es decir, de la igualdad de las partes y obligatoriedad de los contratos, entre otros.⁶⁵⁰

⁶⁴⁹ BARROS MONTEIRO, W., *Curso de direito civil: direito das obrigações*, 2. ed., São Paulo, Saraiva, 1962, p. 7.

⁶⁵⁰ Sobre los demás principios *vid.* RIZZARDO, A., *Contratos, cit.*, pp. 17-31.

4.1.4.1. Autonomía de la voluntad

En el Estado Liberal – como ya se ha mencionado en los Capítulos y apartados anteriores – el individuo asume una condición destacada. Con respecto a la autonomía de la voluntad se atribuye una posición central a las relaciones sociales. Esto significa que al individuo (abstracto) le competía la libre ordenación y coordinación de su “ser” y “vivir”, sin que tuviera que aceptar interferencias externas.⁶⁵¹ Se delinea la soberanía del interés personal en un tiempo-espacio de separación entre el Estado y la sociedad. Un momento en el que la auto-regulación consistía en la verdad - cuando el único aspecto que debía ser observado era la conexión entre el mercado y la voluntad libre. Voluntad que no guardaba lazos con el Estado o incluso con los deberes sociales.⁶⁵² Esto significa que el Derecho se encontraba en perfecta consonancia con el iluminismo. MARQUES apunta que la función de las leyes relativas a los contratos permitía esencialmente la estructuración de las relaciones jurídicas (sin preocupaciones con las individualidades de cada implicado).⁶⁵³

De esta afirmación cabe inferir que las normas consistirían en un elemento subsidiario a la voluntad de las partes implicadas en una relación. La norma estaría para asegurar el ejercicio de la voluntad libre y garantizar los efectos jurídicos de la relación. Es decir, el Estado no posee ninguna injerencia en la relación en sí. Por lo que se llega a un contrato inherente estrictamente a la circulación de riqueza, como instrumento de “tránsito del bien jurídico” de mayor relevancia para la burguesía (la propiedad inmobiliaria).⁶⁵⁴ Se fija un modelo contractual basado, esencialmente, en los principios básicos de la teoría tuteladora del

⁶⁵¹ ROPPO, E., *O contrato, cit.*, p. 128.

⁶⁵² SOUZA RIBEIRO, J., *O problema do contrato: as cláusulas gerais e o princípio da liberdade contratual*, Coimbra, Almedina, 1999, p. 27.

⁶⁵³ LIMA MARQUES, C., *Contratos no Código de Defesa do Consumidor, cit.*, p. 52.

⁶⁵⁴ Obsérvese que aquí se trata de la obligación personal de tránsito, sin que esto elimine la necesidad de transcripción en los Registros Públicos.

consensualismo.⁶⁵⁵ Tiempo de la máxima libertad en el cual las obligaciones contractuales, aunque pudieran afectar negativamente a la sociedad, deberían ser estrictamente cumplidas. Se consagra el dogma de la voluntad (*Quid it contractuel, dit juste*⁶⁵⁶) y de la justicia contractual centrada en la voluntad individual (...*tout contrat libre est un contrat juste*⁶⁵⁷).

Autonomía de la voluntad absoluta, que acaba por alejar el Derecho de la realidad⁶⁵⁸, dado que, a pesar de presentarse en diversas situaciones concretas una insubsistencia del modelo contractual moderno, este se mantiene vivo (aunque de forma sutil o velada) en muchos estudios actuales. Se observa que las estructuras del contrato clásico se vuelven a recuperar en estudios contemporáneos (ya sea de forma intencionada o ingenua) de los contratos.

4.1.4.2. Libertad contractual

La posibilidad de que el individuo elija sus caminos negociales - rasgo significativo del Estado Liberal – se debe la denominada libertad contractual.⁶⁵⁹ Una libertad sobre la cual el Estado, desde una visión

⁶⁵⁵ SOTO COAGUILA, C. A., La contratación masiva y la crisis del contrato: a propósito del proyecto del Código Civil argentino de 1998.”, en *LL*, T. 1999-C, pp. 1190-1191: “La libertad de contratar es el derecho o facultad que el ordenamiento jurídico reconoce a los particulares para que puedan contratar o no. En cambio, la libertad contractual es la potestad que permite a las partes determinar libremente la forma (siempre que no sea *ad solemnitatem* y bajo sanción de nulidad del contrato) y el contenido del contrato; es decir, la configuración y la normativa de la relación jurídica contractual que están creando.”

⁶⁵⁶ Traducción libre: “Quem se diz contratante, se diz justo”. Conforme preconizava KANT e depois FOUILLÉE. ROLLAND, L., «*Qui dit contractuel, dit juste.*» (*Fouillée*) ... *en trois petits bonds, à reculons. Revue de Droit de McGill*, 51 (2006), pp. 765-780.

⁶⁵⁷ Traducción libre: “(...) todo contrato livre é um contrato justo”. GHESTIN, J., *Traité de droit civil: la formation du contrat*, 3. ed., Paris, LGDJ, 1993, p. 27.

⁶⁵⁸ La modernidad no dejó de ser una “auto-ilusión”, en la medida en que estableció una realidad formal en paralelo con la realidad social. Sobre el tema *vid.* BAUMAN, Z., *Modernidade e ambivalência*, Rio de Janeiro, Jorge Zahar, 1999.

⁶⁵⁹ LIMA MARQUES, C., *Contratos no Código de Defesa do Consumidor, cit.*, p. 61.

ochocentista, no debía imponer ninguna injerencia. Una libertad de contratar, o de optar por no hacer; escoger con quien contratar, o no contratar; establecer el contenido y las dimensiones de las obligaciones; manifestar la voluntad individual como deseado, siempre con la protección del Derecho.⁶⁶⁰

La libertad contractual, habida en la modernidad, trabajaba con contratantes abstractos, en la medida en que no se tomaba en consideración factores económicos o sociales de los mismos. Esto significa que el contrato moderno trataba a los contratantes como átomos separados, sin que se consideraran sus individualidades o incluso su posición frente a la realidad social.⁶⁶¹ Se asume en la visión clásica una libertad contractual universal y de rasgos idénticos (igualdad “formal” entre contratantes). Aquí se encuentra una evidencia más de la insuficiencia del contrato moderno, en la medida en que las relaciones agregaron una complejidad que implicaran su “despersonalización”. El contrato moderno, en este contexto, pierde su vínculo con la realidad, ya que no posee las condiciones para manejar las relaciones en las que no existe una libertad material del contratante. Los pilares del contrato moderno se estremecen: los contratos masificados⁶⁶² (de adhesión⁶⁶³) abren las puertas a la ruina de un modelo clásico. Sin embargo, incluso

⁶⁶⁰ LIMA MARQUES, C., *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, cit., p. 60.

⁶⁶¹ BESSONE, D., *Do contrato: teoria geral*, 4. ed., São Paulo, Saraiva, 1997, p. 25.

⁶⁶² LÔBO, P., *Direito Civil*, cit., p. 120: “La sociedad de masas multiplicó la imputación de los efectos negociales a un sin número de conductas, independientemente de la manifestación de voluntad de los obligados. No se puede negar que el modelo paradigmático del liberalismo, de libertad de elecciones para la autocomposición de intereses, en igualdad de condiciones, tuvo su espacio reducido considerablemente, debido a la masificación contractual y a la creciente concentración de capital. Este fenómeno real, más que la intervención legislativa, fue la causa efectiva de la crisis de la autonomía privada contractual. Las masas son los ‘conjuntos humanos en los cuales el hombre se revela como un ser anónimo y despersonalizado”

⁶⁶³ Los contratos de adhesión son aquí mencionados como demostración de la insuficiencia del modelo clásico de contrato para manejar la evolución social; sin embargo, no vamos a profundizar en el tema. Para una panorâmica de los contratos de adhesión *vid.* LÔBO, P., *Direito Civil*, cit., pp. 120-142; LIMA MARQUES, C., *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, cit.; WALD, A., “Do contrato de adesão no direito brasileiro”, *RIL*, n. 66, abr-jun. 1988.

ante la percepción de “graves grietas” en las bases del contrato moderno, la fuerza obligatoria de los pactos – concretamente derivados de una visión abstracta de la libertad contractual y autonomía de la voluntad – parece perdurar (de hecho sufriendo una paulatina mitigación⁶⁶⁴) incluso en una parte de la doctrina más actual.

4.2. Contrato en la posmodernidad

A pesar de ser perceptible la constante publicación de nuevos estudios sobre el contrato - muchos de los cuales presentan una comprensión real de que el modelo moderno no posee las condiciones de subsistir en una realidad posmoderna, al menos no en los parámetros y límites de otrora – resulta que en su mayoría, en la casi totalidad, dejan de aportarle un verdadero contorno posmoderno. Es preciso aclarar que la posmodernidad aquí apuntada pertenece a la superación de los mencionados estrictamente racionales-patrimoniales-individualistas de la modernidad. Así, en esta investigación utilizamos como parámetro lo posmoderno entendido como posterior a lo moderno, o incluso como “modernidad líquida”.⁶⁶⁵ Por lo tanto, en este estudio no existe ninguna relación con marcos posmodernistas.

Al pretender una toma de posición personal en lo que se refiere a los contratos derivados de las nuevas biotecnologías, de hecho resulta imprescindible comprender el contrato en su dimensión posmoderna, para sólo entonces poder apuntar su adecuación, o no, a la sociedad tecnológica. Para el desarrollo de este apartado, con que se pretende comprobar la posibilidad - o no - de adoptar un concepto posmoderno de contrato, conviene dividirlo en seis subítems. La división se llevará a cabo

⁶⁶⁴ Sobre a fuga dos efeitos do contrato aos contratantes *vid.* DÍEZ-PICAZO, L.; GULLON, A., *Sistema de Derecho Civil*, v. II, Madrid, Tecnos, 1989.

⁶⁶⁵ BAUMAN, Z., *Modernidade líquida*, Tradução de Plínio Dentzien, Rio de Janeiro, Jorge Zahar, 2001.

así: el primer *subítem* se destinará a una breve perspectiva histórico-filosófica (4.2.1); el segundo, se destinará a un estudio del sistema axiológico abierto de epicentro-constitucional (4.2.2); el tercero, se ocupará de un análisis del contrato como medio de realización de los valores existenciales (4.2.3); el cuarto, versará sobre el ámbito de la “despatrimonialización” del contrato (4.3.4); el quinto, analizará el contrato como vértice de las relaciones privadas y de los derechos fundamentales (4.2.5); el sexto, y último, se dirigirá a la superación de un concepto posmoderno de contrato.

4.2.1. Breve perspectiva histórico-filosófica

El contrato, como se ha adelantado en el apartado anterior (4.1.1.1), es el instituto histórico que remonta a la antigüedad de la humanidad. Representa el marco inicial del camino que se recorrió tras el período de la Segunda Guerra Mundial – con respecto a la construcción de un “Estado Social” en diversos países. Un período en el que se evidencia una severa alteración del paradigma capaz de comenzar un lento y gradual proceso de debilitamiento de la dicotomía entre el Derecho público y el privado.⁶⁶⁶ Dejan estos de ser considerados como antagónicos y comienzan a ser vistos como cada vez más interrelacionados. El Derecho público se aproxima al privado – privatización del Derecho público⁶⁶⁷ -, así como el Derecho privado se

⁶⁶⁶ TARTUCE, F., *Direito Civil: Lei de Introdução e parte geral*, 9ª ed., Rio de Janeiro, Método, 2013, p. 93.: “Por otro lado, en una visión clásica, el Código Civil – como piedra fundamental del Derecho Privado – no disciplina al Estado, sino a los particulares, de forma concreta, no abstracta y genérica. Sin embargo, las distancias entre los dos textos legales – y entre los propios Derecho público y privado – fueron abreviados, en razón, del fenómeno de la búsqueda del *Estado Social*.”

⁶⁶⁷ FACCHINI NETO, E., “A constitucionalização do direito privado”. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, Ano 1 (2012), nº 1, 185-243. Disponible en: http://www.idb-fdul.com/uploaded/files/RIDB_001_0185_0243.pdf . Consultado el 06 de mayo de 2013, p. 202.

afina con el público – publicización del derecho privado.⁶⁶⁸ Se deduce que, aquel exacerbado individualismo, característico del Derecho privado en un cierto momento histórico, comienza a ser cuestionado. Los denominados pilares del Derecho “comienzan a ser dirigidos hacia la persona humana, en todo su contexto social, produciéndose una ‘repersonalización’ o ‘transpersonalización’.”⁶⁶⁹

La “publicización” del Derecho privado, consistente en la atracción, por parte del Estado, de áreas del Derecho que antes quedaban adscritas exclusivamente a la libre voluntad de las partes, implica un primer nivel de ruptura con la modernidad. Ruptura derivada de la creciente participación del Derecho público en la formación e interpretación del derecho privado. Un primer paso para la superación de un Estado Liberal, con las primeras actuaciones del Estado en áreas hasta entonces abarcadas exclusivamente por el Derecho privado. A pesar de la relevancia del fenómeno en cuestión, la aparición de los textos constitucionales de la posguerra (principalmente en los países que experimentaron regímenes dictatoriales) consiste en el verdadero “disparadero” para una profunda revisión de los paradigmas del “Estado Liberal”, que permitió iniciar el proceso de “repersonalización”⁶⁷⁰. Cuando, invariablemente, se produce un distanciamiento de una visión ochocentista individual y patrimonialista⁶⁷¹, y el individuo incierto en una colectividad y detentador de dignidad (no aquel abstracto de la modernidad) asume el puesto de preferencia en los ordenamientos jurídicos. Por tanto, casi al cerrarse las puertas del siglo XX, más precisamente en sus últimas dos décadas, se sintió que “la familia, el contrato y las titularidades eran significantes que

⁶⁶⁸ FACCHINI NETO, E., “A constitucionalização do direito privado”, *cit.*, p. 203.

⁶⁶⁹ ARONNE, R., *Propriedade e domínio*, *cit.*, p. 40.

⁶⁷⁰ ARONNE, R., *Propriedade e domínio*, *cit.*, p. 41: “(...) este fenômeno consiste no deslocamento do enfoque dos códigos do patrimônio para a pessoa humana.”

⁶⁷¹ ARONNE, R., *Propriedade e domínio*, *cit.*, p. 38: “O indivíduo era concebido como um átomo isolado, sem qualquer traço de interdependência social sendo, portanto, causa e fim do Direito, cujo objetivo substancial seria o de assegurar a liberdade descomedida e o mais absoluta possível.”

ostentaban nuevos significados, cuya fisonomía y silueta aún continuaría transformándose”⁶⁷².

El Derecho privado va a experimentar, en diversos países y con diversas velocidades, el fenómeno de la “constitucionalización”, que consistió, en una primera etapa, en un proceso de validación del Derecho positivo privado en el contexto constitucional de cada Estado. Los temas básicos del Derecho civil fueron traídos para el cuerpo de los textos constitucionales, modificando significativamente el Derecho como hasta entonces se entendía.⁶⁷³ Y, en una segunda etapa, esta “constitucionalización” ascendió, desde la hermenéutica jurídica, en la difusión de efectos de la Constitución sobre todo un ordenamiento jurídico. Por lo que el Derecho sufrió una verdadera revisión metodológica – principalmente en lo que concierne al Derecho Civil – en la medida en que demandaba un alejamiento de la teoría clásica.

El Derecho Civil deja de ser visto como enclaustrado en un sistema cerrado de reglas, limitado por la codificación, y preocupado exclusivamente por las relaciones jurídicas patrimoniales, comenzando a integrar un sistema jurídico abierto y jerárquicamente axiológico en el ámbito jurídico. Un sistema formado por valores, principios y reglas – con densidades normativas variables en el caso concreto. Un Derecho Civil directamente comprometido con los derechos fundamentales – especialmente en lo que concierne a las nuevas dimensiones directamente dirigidas a la contemporaneidad. Un Derecho que debe siempre mantenerse unido a los reales valores que tutela y concretiza. Se presenta un Derecho privado embebido de derechos fundamentales. Esto significa que las normas constitucionales que tradicionalmente eran consideradas como puestas para el legislador y el Estado, son efectivamente aplicables a las relaciones privadas, con el mismo fin con el

⁶⁷² ARONNE, R., *Direito Civil-Constitucional e Teoria do Caos*, cit., p. 37.

⁶⁷³ FACCHINI NETO, E., “A constitucionalização do direito privado”, cit., p. 208.

que se concretiza el principio de la dignidad de la persona humana – y los demás valores constitucionales.⁶⁷⁴ Derechos fundamentales que orientan las relaciones privadas, como sostén axiológico que será medido en el caso concreto. Eficacia que a su vez implica un necesario replanteamiento del Derecho Civil, que debe reconocer el texto constitucional como el primer regulador de las relaciones privadas como ápice axiológico de un sistema.

Tiempo en el que el Derecho Civil asume el puesto de regulador de las relaciones de mercado con respeto a la realización de los derechos más íntimos de los seres humanos. Ya no puede observarse desde el puro aspecto legislativo, sino que debe interpretarse ante la realización del proyecto constitucional que le confiere sentido. Ya no se puede hablar de un Derecho Civil, sino de un Derecho Civil-Constitucional – concretamente con respecto a la interpretación que aplica el sistema al caso concreto, y ya no a una mera codificación.⁶⁷⁵ En este sentido, apunta ARONNE:

La concepción de la Constitución como norma, y además como suprema, hace que sus principios y valores se esparzan por todo el tejido normativo, en las palabras de la profesora Maria Celina, alcanzando el área clásicamente considerada como privada. El contenido normativo de la Constitución vincula a los entes privados tanto como a los públicos, de modo que sus contornos moldean y adecúan la legislación civil.⁶⁷⁶

El Derecho Civil, ante la comprensión de unidad axiológica constitucional⁶⁷⁷, comenzó a revisarse,⁶⁷⁸ especialmente en cuanto a los

⁶⁷⁴ TARTUCE, F., *Direito Civil, cit.*, pp. 92-100.

⁶⁷⁵ Sobre el tema, entre otros, *vid.* NALIN, P., *Do contrato, cit.*, pp. 88-93.

⁶⁷⁶ ARONNE, R., *Propriedade e domínio, cit.*, p. 43.

⁶⁷⁷ CANARIS, C. W., *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito, cit.*, pp. 240-241.

⁶⁷⁸ ARONNE, R., “Em defesa dos princípios: sistema jurídico, direito privado e existencialismo”, en JANQUIÊ BEZERRA DINIZ, J.; RIBEIRO, M. (Coord.), *Constituição, Processo e Cidadania*, Gomes e Oliveira Livraria e Editora, 2014, pp. 209-210.

proyectos parentales y a las titularidades de apropiación.⁶⁷⁹ Un replanteamiento del Derecho Civil que invariablemente, e innegablemente, extrapoló la codificación para que fuera viable la adecuación a la realidad y la efectiva respuesta a los casos concretos contemporáneos – hecho que, por sí sólo, demuestra el desuso de la teoría clásica. Sin embargo, la evolución del Derecho Civil anteriormente apuntado, desafortunadamente, no surtió efecto en el campo de los contratos. Como la sociedad tecnológica agregó una drástica complejidad a la realidad – sin olvidar que se experimenta un tiempo de explosión demográfica, creciente urbanización y término de las fronteras del conocimiento ante internet – el contrato se encuentra en una evidente crisis.⁶⁸⁰ La sociedad contemporánea ya no consigue incluir sus posibilidades – y tampoco sus potencialidades – de las relaciones interpersonales en el modelo de contrato diseñado por la civilista clásica.

Conviene entender las evoluciones que se produjeron. Es notorio que, con la llegada del Estado Social, la intervención estatal en las relaciones privadas gana espacio, llegándose al reconocimiento de la función social del contrato (que será tratada en un apartado propio). Aunque no se observe una suficiente mejora de las legislaciones infraconstitucionales, puesto que los legisladores aún tiene dificultad para liberarse de los fundamentos modernos, se observa el establecimiento de una ligera – y relevante – permeabilidad de la visión contemporánea del Derecho, en la medida en que se acepta el principio de la buena-fe⁶⁸¹ y la

⁶⁷⁹ FACCHINI NETO, E., “A constitucionalização do direito privado”, *cit.*, p. 212.

⁶⁸⁰ LÓBO, P., *Direito Civil, cit.*, p. 19: “Mientras la sociedad se limitó a una complejidad reducida, la concepción de autonomía de la voluntad pudo ser una explicación convincente. La revolución industrial y la revolución de la informática, el desarrollo tecnológico, la explosión demográfica, la urbanización dominante, forjando una sociedad de masas, en la cual la ciudad es sólo un espacio territorial, llevaron el contrato a un estado de crisis. Pero esta crisis no es del contrato, sino de un modelo de contrato, que ya no corresponde a las necesidades de la sociedad contemporánea.”

⁶⁸¹ RENE NICOLAU, G., “Implicações práticas da boa-fé objetiva”, en HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, F. (Coord.), *Direito Contratual: temas atuais*, São Paulo, Método, 2007, pp. 113-123.

función social del contrato.⁶⁸² Sin olvidar, o incluso que disminuya, la importancia, del reconocimiento, aunque de forma apocada – y a veces no expresa – del principio de la equivalencia material de las partes contratantes.⁶⁸³

Sin embargo, al plantearse en situaciones concretas experimentadas en la sociedad tecnológica, surgidas al amparo de las nuevas tecnologías en el campo de la biología, resulta que el área del Derecho Civil inherente al “contrato” precisa una significativa revisión. En la contemporaneidad, el tradicional derecho de los contratos no consigue ofrecer respuestas. La Biotecnología considera la necesidad de replantear el contrato, incluso a fin de que el Derecho resulte apto para el reconocimiento de eventuales nuevos nichos, o incluso que se plantee la posibilidad de un nuevo objeto contractual. Esto significa que en una realidad en la cual la sociedad está permeada de nuevas biotecnologías humanas, los “contratos biotecnológicos” – como las relaciones interpersonales derivadas de nuevas técnicas biológicas – merecen ser replanteados.

Una vez realizada esta breve puntuación histórico-filosófica como preludeo de un enfoque del contrato en la posmodernidad, conviene profundizar algunos aspectos cuidadosamente elegidos (aunque el abanico de temas que podrían elaborarse en torno al contrato en una posmodernidad resulte bastante amplio). Comenzaremos haciendo referencia al ya mencionado sistema único, abierto y axiológico del epicentro constitucional.

⁶⁸² ROSENVALD, N., “A função social do contrato”, en FERNANDES NOVAES HIRONAKA, G. M.; TARTUCE, F. (Coord.), *Direito Contratual: temas atuais*, São Paulo, Método, 2007, p. 122; también, CATALAN, M. J., *Descumprimento Contratual*, cit., p. 47.

⁶⁸³ Sobre o princípio da equivalência material das partes contratantes *vid.* TOSCANO DE BRITO, R., “Equivalência material: o equilíbrio do contrato como um dos princípios sociais”, en FERNANDES NOVAES HIRONAKA, G. M.; TARTUCE, F. (Coord.), *Direito Contratual: temas atuais*, São Paulo, Método, 2007, pp. 171-188.

4.2.2. Comprensión de sistema jurídico axiológico abierto y de epicentro constitucional

Partimos de que el Derecho privado de la modernidad no posee fuerzas para subsistir (a pesar de observarse en la doctrina una serie de intentos de garantizarle, en alguna medida, una supervivencia), ante una notoria repersonalización del Derecho. Principalmente, un Derecho privado que, para poder manejar las inusitadas relaciones interprivadas de la contemporaneidad (muchas de ellas derivadas de la Biotecnología, tal como se ha afirmado en los primeros Capítulos de esta investigación), indudablemente debe descolgarse de una visión clásica. Se abandona una visión estrictamente patrimonial de los derechos para centrarse en su dimensión existencial.⁶⁸⁴

El Derecho privado merece ser objeto de unos renovados planteamientos. El Derecho privado antes egoísta y disociado de la realidad no puede perseverar. Como apunta MIRANDA, conviene comprender la noción de sistema jurídico rente a la realidad social, en la medida en que la interpretación jurídica es indisociable de la aplicación del Derecho. Así, el Derecho privado necesariamente debe ser interpretado a partir de la Constitución. Como sostiene el autor “conviene racionalizar sin formalizar”.⁶⁸⁵ Esto significa que las relaciones privadas poseen una regulación que proviene del texto constitucional – con sus valores, principios y normas.⁶⁸⁶ Conviene recordar que en un Estado Social y Democrático, los valores, principios y normas emanados de un texto constitucional, permiten un nuevo contenido al Derecho privado

⁶⁸⁴ ARONNE, R., “Titularidades e apropriação no novo Código Civil brasileiro – breve ensaio sobre a posse e sua natureza”, en WOLFGANG SARLET, I. (org), *O novo Código Civil e a Constituição*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2003, pp. 215-220.

⁶⁸⁵ MIRANDA, J., “Direitos fundamentais e interpretação constitucional”, *Revista do Tribunal Regional da 4ª Região*, Porto Alegre, O Tribunal, n. 30, 1998, pp. 21-34.

⁶⁸⁶ PERLINGIERI, P., *Perfis do direito civil, cit.*, pp. 10-12.

(independientemente del tiempo en el que se realiza la norma infraconstitucional de carácter privado). Un Derecho privado que concretamente se distancia de aquél de la modernidad (en el que existe una dicotomía entre el Derecho público y el privado).

En lugar de un sistema jurídico cerrado (y axiomático) esculpido en la modernidad⁶⁸⁷, resulta que, en la contemporaneidad, este asume una incontestable apertura, con un sentido teleológico y axiológico.⁶⁸⁸ Un sistema jurídico formado por valores, principios y normas que se jerarquizan en situaciones concretas.⁶⁸⁹ Componentes axiológico-normativos que implican una resignificación de la integralidad del Derecho privado, en la medida en que en la posmodernidad el hombre (de hecho considerado como insertado en una colectividad) asume la posición central del Derecho. Componentes que integran el sistema jurídico como una red jerarquizada (de valores, principios y reglas) y a partir de los cuales se da su interpretación en la búsqueda de una coherencia material.

690

ARONNE sostiene que:

Debido a la unidad material del sistema, cada norma tópicamente aplicada no lo es separadamente, tiene como objeto incomprensible el fenómeno jurídico en su aprehensión fragmentaria. Toda norma sólo se revela en el todo, teológicamente orientado a los casos concretos. La jerarquización axiológica del sistema es similar, de modo que una misma regla podrá traducir contenidos distintos del tejido axiológico en casos distintos.⁶⁹¹

⁶⁸⁷ Conviene apuntar que tampoco BOBBIO defiende la idea de plenitud y cierre (sistema lógico-axiomático). Sobre el tema *vid.* BOBBIO, N., *Teoria do ordenamento jurídico*, 10. ed., Brasília, Universidade de Brasília, 1999, p. 77.

⁶⁸⁸ Principalmente con respecto a la apertura como limitación del sistema y modificabilidad de los valores fundamentales del orden jurídico *vid.* CANARIS, C. W., *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, *cit.*, pp. 103-114.

⁶⁸⁹ HESSE, K., *Escritos de derecho constitucional*, Madrid, Centro de estudios constitucionales, 1983, pp. 44-45.

⁶⁹⁰ FREITAS, J., *A interpretação sistemática do direito*, *cit.*, pp. 27-63.

⁶⁹¹ ARONNE, R., "Em defesa dos princípios", *cit.*, p. 220.

La lectura que se hace es en el sentido de que no se puede hablar de la aplicación exclusiva de una norma de Derecho privado en un caso concreto, por lo que, en efecto, sobre él se aplica el sistema como un todo. Afirmación que se justifica por la interpretación de que el sistema jurídico es único, es decir, que resulta impracticable su fragmentación o aplicación de modo compartimentado. Esto significa que todas las partes del sistema están interconectadas - concretamente es lo que le garantiza consistencia y existencia. Así el Derecho privado gana vida y sustento en el sistema abierto con una unidad axiológica: un sistema constitucionalizado.⁶⁹² Un Derecho Civil en que resulta innegable la normatividad de los principios y la relevancia de los valores. Hacemos notar que la separación entre valores y principios es intencional, para poder visualizar una distinción sustancial entre los mismos. Así, en este aspecto se distancia en cierta medida de la teoría alexyana que acaba por “descolgarse” de los valores.⁶⁹³ Sin que este distanciamiento interfiera en la adopción de la posición del autor ante la normatividad de los principios (considerando la diferencia de densidad con respecto a las reglas).

Aquí resulta oportuna alguna breve aclaración sobre la percepción de los valores en esta investigación. Los valores consisten en el elemento más abstracto del sistema jurídico y se encuentran en la esencia de todas las normas (sin ser normas). Constituyen el ideario axiológico del sistema. Los valores constitucionales abren una cadena de densificación en el sistema. Cadena ésta que sigue el siguiente orden: valor; principio estructurante; principio fundamental; principio general; principio especial; principio especialísimo; regla (en sentido estricto es el derecho positivo); regla individual (jurisprudencia y contratos a regular en casos concretos). El principio estructurante consiste en el Estado Social y Democrático de

⁶⁹² Una constitucionalización material y no meramente formal. Sobre el tema *vid.* MARTÍNEZ DE AGUIRRE y ALDÁZ, C., *El derecho civil a finales del siglo XX*, Madrid, Tecnos, 1991.

⁶⁹³ Alexy acaba por rechazar una diferencia sustancial entre valores y principios – posición que no adoptaremos aquí. ALEXY, R., *Teoría de los Derechos Fundamentales*, *cit.*, p. 147.

Derecho, uniendo la integralidad de los valores del sistema, dado que el orden jurídico se da a partir de su densificación.⁶⁹⁴

Se vislumbra una jerarquía axiológica, en el tópico-sistemático, que implica, necesariamente, la interpretación de que la visión moderna del Derecho privado (de normatividad formal) está llamada a desaparecer. No se puede pretender que todos los casos concretos sean solucionados a partir de una mera aplicación formal de una ley, pero necesariamente del sistema (principalmente a partir de los valores del sistema).⁶⁹⁵ En suma, el valor (o valores) que guarda una relación con el caso concreto será el factor determinante de su interpretación y solución.

4.2.2.1. Principios que informan el nuevo orden contractual

Tras una rápida aclaración de la opción a través de un sistema único y axiológico en esta investigación, apuntando a la primera condición de demostrar la superación del contrato moderno y para abrir las puertas a un contrato posmoderno, analizaremos algunos principios que informan el nuevo orden contractual⁶⁹⁶. Conviene aclarar que los principios y sus

⁶⁹⁴ Sobre el tema *vid.* ARONNE, R., "Titularidades e apropriação no novo Código Civil brasileiro", *cit.*, pp. 207-243; ARONNE, R., "Em defesa dos princípios", *cit.*, p. 231: "(...) las reglas acerca del cumplimiento en el Código Civil, que se concretizan en el principio de la obligatoriedad de los contratos, se densifican con el principio de la autonomía de voluntad, que deriva del principio de la libertad, que concretiza el principio de la dignidad de la persona humana, que sin la debida protección, arañaría la propia noción de Estado Social constitucionalmente asegurada y vinculante. No obstante, la misma disposición del Código queda alimentada por el principio de vulnerabilidad del consumidor, densificador de la isonomía contractual, concretizador del principio de la igualdad, que también densifica el principio de la dignidad de la persona humana.

Por lo tanto, el sistema sólo gana sentido teleológico, en la incidencia tópica, según los valores emergentes del caso concreto, podría el principio de la vulnerabilidad relativizar el de la obligatoriedad de los contratos, ante la revisión del pacto, en caso de constatación de un desequilibrio."

⁶⁹⁵ PERLINGIERI, P., *Perfis do direito civil*, *cit.*, p. 5.

⁶⁹⁶ Algunos autores han destacado por sus aportaciones a la hermenéutica del derecho contractual. Inciden en la relación del contrato con la justicia (principalmente con la justicia distributiva) y ayudan a desvelar donde la estructura básica del derecho contractual no se puede aplicar en absoluto, como es el caso del transplante de

jerarquizaciones axiológicas, a diferencia de lo que se producía en la modernidad, asumen una relevancia incontestable en el sistema jurídico. En este sentido, se pretende, a lo largo de este ítem (y sus *subitems*) apuntar la forma de incidencia y normatividad de los principios, a partir de la visión de algunos aspectos puntuales y deliberadamente elegidos, para llegar a la conclusión de que el contrato asume nuevas facciones.

Como introducción a un análisis centrado en algunos principios que informan el nuevo orden contractual, conviene realizar algunas breves puntualizaciones y recapitulaciones. Al pensar en términos de principio, es decir, pensar principiologicamente en el Derecho, resulta evidente el reconocimiento de una dialéctica normativa-axiológica del sistema. Como ya se ha mencionado, los principios guardan una incidencia normativa diferente con respecto a las reglas. Esto significa, desde la teoría alexyana, que los principios y las reglas son normas⁶⁹⁷; sin embargo, los mismos conllevan superioridad – en la medida en que, incluso cuando se observan conflictos entre principios, no se puede hablar de la invalidez de uno frente a otro (u otros), sino de una jerarquización axiológica por parte del intérprete.⁶⁹⁸ A diferencia de los principios, en las reglas existe una cláusula de excepción para eliminar el conflicto o, de lo contrario, una de las normas sucumbirá y dejará el sistema.⁶⁹⁹ Así, pese a la mayor

órganos. Vid. RÖDL, F., “Contractual Freedom, Contractual Justice, and Contract Law (Theory)” en *Law and Contemporary Problems* 76, 201, pp.57-70. Disponible en: <scholarship.law.duke.edu> (Consultado el 10.10.2015).

⁶⁹⁷ ALEXY, R., *Teoría de los Derechos Fundamentales*, cit., pp. 81-115.

⁶⁹⁸ FREITAS, J., *A interpretação sistemática do direito*, cit., p. 126: “En el ejercicio de la jerarquización axiológica, el intérprete sistemático opera con otros principios y subprincipios condicionados al “metacriterio” evaluativo, muy especialmente para enfrentar las antinomias jurídicas, en el sentido adoptado. En este punto conviene prestar atención al enfoque de Konrad Hesse, que tuvo el mérito de superar incluso la teoría objetiva de la interpretación, mostrando que, sólo de modo relativo, la meta puesta por la Hermenéutica podría consistir en el desvelar una voluntad, objetiva o subjetiva, además de comprender que los distintos métodos de interpretación, tomados aisladamente, proponen una orientación insuficiente y bastante incompleta. Se trata, pues, de la aliada crítica a las tradicionales reglas interpretativas, sobre todo por dejar claro que la prisión de tales reglas traería un desconocimiento de la estructura íntima de la exégesis, siempre vinculada al objeto y a los problemas.”

⁶⁹⁹ ALEXY, R., *Teoría de los Derechos Fundamentales*, cit., pp. 88-89.

abstracción de los principios y por su contenido axiológico (que garantiza su estabilidad – como permanencia – en el sistema), estos poseen una verdadera capacidad informativa del sistema, en la medida en que ofrecen un sentido a las reglas que los densifican. En suma, toda regla debe ser interpretada (o aplicada) a partir de los principios axiológicamente jerarquizados, en el caso concreto, según la orientación teleológica ofrecida por los valores del sistema.⁷⁰⁰

La relevancia de los principios en el Derecho demuestra la ineptitud de una visión clásica del Derecho privado - principalmente el destinado al contrato - de adecuarse a la realidad, en la medida en que postula la mera aplicación formal de la norma (visión positivista). LARENZ⁷⁰¹ y DWORKIN⁷⁰² ya se manifestaron en el sentido de que las reglas consisten en una mera regulación de conductas, así como en los principios se subsuman lo cierto y lo erróneo (el contenido axiológico). Los principios, como sostén axiológico, rehacen la razón del sistema.⁷⁰³ Son normas impositivas de optimización, que se presentan en diversas gradaciones de concreción dependiendo del caso en concreto (omnipresentes), que superan el plano de la validez y abarcan el de la valoración.

Por coherencia con la noción de sistema jurídico único y axiológico, los principios se aplican a los contratos, incluso a los establecidos entre particulares. Además, como bien aclara ARONNE, “las cláusulas generales son principios y están presentes en todos los contratos y conductas, independientemente de su previsión, concretamente por su naturaleza normativa principiológica.”⁷⁰⁴ El autor subraya que es admisible afirmar que todos los principios, en efecto, son cláusulas generales que informan materialmente a los individuos (todos los actos que lleve a cabo). Así, independientemente de que una norma afirme la

⁷⁰⁰ ARONNE, R., “Em defesa dos princípios”, *cit.*, pp. 235-236.

⁷⁰¹ LARENZ, K., *Metodologia da ciência do direito*, *cit.*, p. 404.

⁷⁰² DWORKIN, R., *Levando os direitos a sério*, *cit.*, pp. 419-421.

⁷⁰³ CANARIS, C. W., *Pensamento sistemático e conceito de ciência do direito*, *cit.*

⁷⁰⁴ ARONNE, R., “Em defesa dos princípios”, *cit.*, p. 239.

antijuridicidad de un acto, si éste contraria un principio, así lo será.⁷⁰⁵ Por tanto, en esta investigación, pretendemos apuntar que el camino inverso – poco observado en la doctrina inherente a los contratos – también resulta no sólo racional, sino también adecuado para una noción de sistema único y axiológico. Es decir, pretendemos con este estudio apuntar que, incluso en casos en los que la regla indique una antijuridicidad, en un caso concreto, puede ésta no estar densificando “adecuadamente” los principios y los valores del sistema; es decir, la antijuridicidad positivada puede ser apartada.

En los siguientes ítems nos ocuparemos de algunos de los principios que en la contemporaneidad acaban entrando en conflicto con aquellos forjados y sedimentados en la modernidad. Analizaremos los principios de la libre-iniciativa (4.2.2.1.1); de la autonomía privada (4.2.2.1.2); de la solidaridad (4.2.2.1.3), de la función social del contrato (4.2.2.1.4) y el de la buena fe objetiva (4.2.2.1.5).

4.2.2.1.1. Principio de la libre-iniciativa

La libre-iniciativa es un principio económico que permea la totalidad de los Estados Sociales y Democráticos de Derecho, como medida (no desmedida) de libertad para que el ciudadano de un Estado pueda gestionar sus intereses. De hecho, la comprensión de la libre-iniciativa en la contemporaneidad difiere considerablemente de la desarrollada, en el ideario individualista de libertad y acumulación, en la modernidad. En la actualidad este principio debe ser interpretado a partir de los valores constitucionales (en un sistema único y teleológico-axiológico), y será objeto de tutela constitucional si se desarrollada en armonía con los intereses sociales. Hay que recordar, que el individualismo de la

⁷⁰⁵ ARONNE, R., “Em defesa dos princípios”, *cit.*, p. 239.

modernidad ha dejado de estar en vigor desde que el Derecho ha sido re-personalizado.⁷⁰⁶

La libre-iniciativa es la libertad que, como libertad de creación de iniciativas o actividades económicas, innegablemente, guarda un vínculo genético con el principio de la libertad de comercio y de industria – derivado de la revolución industrial. Proveniente de un tiempo en el que el sistema económico y el político eran como “agua y aceite” (completamente disociados). Sin embargo a pesar de no haberse perdido en el tiempo-espacio, este principio, en la medida en que el Derecho se desnuda del individualismo-patrimonialismo-abstractivismo, es objeto de una nueva perspectiva: debe ser entendido como adscrito a los valores constitucionales, y, por lo tanto, para que garantice la dignidad de la persona humana.

4.2.2.1.2 Autonomía privada

Por autonomía privada, siempre que se presente el principio, como dogma, se entiende la viabilidad de elección entre contratantes con la oportunidad de celebrarse o no, el contrato y, especialmente, la siempre presente definición del contenido contractual. Derivaba ella de un ejercicio de libertad, en el marco jurídico del “mundo de ayer”, preocupado el Derecho por proponer al individuo, los instrumentos hábiles y suficientes, para que pudiera expandirse, tutelándolo, en el sentido de impedir que este mismo individuo determine la “elección de un fin”, supuestamente mejor para sí. El Derecho se preocupaba por la “regla del juego” y del mercado, con el resultado de la actividad individual. En suma: el marco jurídico de la autonomía privada presentaba un contorno instrumental al servicio del

⁷⁰⁶ NALIN, P., *Do contrato: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional*. 2. ed. Curitiba, Juruá, 2008, pp. 162-170.

individuo, para que el mismo lograra la elección (*scelta*) deseada.⁷⁰⁷

En el pasaje transcrito, NALIN presenta, de forma sucinta pero precisa, la autonomía privada en la modernidad. Un principio que se concentraba en la libertad amplia e irrestricta con respecto al contrato. Una simple manifestación libre de voluntad. Un principio que, concretamente, pierde su clásica lectura, como se deduce de lo apuntado por PERLINGIERI sobre la publicización del Derecho privado.⁷⁰⁸ En la posmodernidad emerge una autonomía privada, principalmente en los contratos, dirigida por los principios como el de la buena fe contractual, con el fin de dignificar al hombre (en un Derecho re-personalizado). Un principio de la “autonomía privada” emanado de la solidaridad como “valor” y adscrito a éste. Una autonomía privada que se puede decir embebida de alteridad.⁷⁰⁹ Así, queda evidente la existencia de un estrecho lazo entre la autonomía privada y la solidaridad, cabiendo al intérprete el deber de la armonización. Es preciso apuntar que el contrato, como parte del sistema único y axiológico, debe siempre considerar al hombre insertado en una colectividad (no un ser formal, sino material y existencial).⁷¹⁰

4.2.2.1.3. Solidaridad contractual

¿Solidaridad en una relación contractual interprivada? Una idea impensable en un mundo moderno – caracterizado como individualista -, pero con un deber en la posmodernidad. Al pensar en una relación entre privados embebida de solidaridad, como primer paso se debe entender

⁷⁰⁷ NALIN, P., *Do contrato, cit.*, p. 170.

⁷⁰⁸ PERLINGIERI, P., *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, ESI, 1990, pp. 142-144.

⁷⁰⁹ LEVINAS, E., *Entre nós: ensaios sobre alteridade*, Petrópolis, Vozes, s.d.

⁷¹⁰ NALIN, P., *Do contrato, cit.*, p. 173.

que aquélla debe colmar una confluencia de intereses inherentes a un fin común. Esto significa que abandona la visión egoísta de la modernidad – en la cual los contratantes eran considerados como opuestos –, para vivir una solidaridad en la cual los contratantes asumen una posición de cooperadores. Se observa que este “nuevo orden contractual solidario” sólo puede pensarse en una noción de sistema único y axiológico, en que se tiene la solidaridad como valor-guía, ya que en el tiempo-espacio clásico (aquél de la codificación abstracta, completa y cerrada) la relación interprivada poseía un “cercado propio” en que no se admitían injerencias externas.⁷¹¹

NALIN, en un eficiente juego de significantes y significados, apunta a la “solidaridad” como a un género del cual emanan otros elementos axiológicos, elementos por él descritos como “especies destinadas a la concordia de los intereses jurídicos implicados”.⁷¹² Independientemente de los significantes, lo importante es que la solidaridad represente el valor del sistema que se densifica en los principios como el de la solidaridad contractual y otros. Solidaridad contractual en la cual los contratantes deben actuar no sólo en beneficio propio, o incluso de los directamente implicados en la relación, sino de la colectividad (como relevante también sus intereses en la relación).⁷¹³ Interpretación esta que no disminuye la relevancia de la relación contractual interprivada, cuanto menos su validez y eficacia, sólo rechaza un “individualismo insuperable” para dar espacio a una especie de “solidaridad” – como preocupación por los demás.⁷¹⁴ En esta investigación, la solidaridad (principalmente como altruismo) puede configurarse como una justificación para disponer del cuerpo humano

⁷¹¹ Como explicitado en el ítem “4.1.1”, nem mesmo ao Estado cabiam ingerências, salvo as referentes ao reconhecimento da existência e validade do contrato.

⁷¹² NALIN, P., *Do contrato*, cit., p. 174.

⁷¹³ Apuntamos aquí al escaso debate sobre la causalidad de las relaciones jurídicas pese a la despatrimonialización del Derecho privado (mayor valorización del *ser* que del *tener*).

⁷¹⁴ SARMENTO sostiene que la solidaridad “implica el reconocimiento de que, aunque cada uno de nosotros componga una individualidad, irreductible al todo, estamos también todos juntos, de alguna forma hermanados por un destino común”. SARMENTO, D., *Direitos fundamentais e relações privadas*, cit., p. 338.

(aunque con respecto a la relativización de las prohibiciones normativas) y establecer las relaciones interprivadas.⁷¹⁵

La solidaridad contractual aquí tratada consiste en una teleología axiológica, en las relaciones entre particulares y Estado, o incluso entre particulares, ante los valores guías del sistema. Esto significa que los contratos deben orientarse a los intereses del hombre (no a aquél abstracto de la modernidad), en lo que se apunta a una igualdad material entre los contratantes destacando el medio en el que están insertados. Un contrato que no puede ser pensado de forma fragmentada, sino que necesariamente debe realizarse desde una noción del sistema único y axiológico – que implica la permeabilidad a los valores y principios. Una solidaridad entre contratantes que concierne al control, y en la mediación, a las autonomías privadas contractuales. Es decir, en la misma línea de lo mencionado en el apartado anterior, todo ordenamiento, incluso los contratos, deben subsumirse en los valores del sistema. Recuérdese que en esta investigación adoptamos la interpretación de que las restricciones a los derechos por parte del Estado deben estar justificadas, dado que una restricción a la libertad contractual debe ser aplicada, en el tópico sistemático, por el intérprete, si hay una justificación suficiente.

Emerge un interesante interrogante: solidaridad contractual y mercado ¿necesariamente son opuestos? La cuestión del *onus* plantea una serie de aspectos en los que no vamos a extendernos. Sin embargo, conviene exponer algunas pinceladas sobre el tema, bajo pena de tener una “pantalla en blanco” que acabar imposibilitando cualquier evolución de una “imagen” (como noción conforme a las líneas adoptadas para el desarrollo de esta investigación). Adoptaremos, pues, la interpretación de

⁷¹⁵ La afirmación tiene como objetivo aclarar que con la manifestación de una “solidaridad” no existe ninguna intención de defender un “socialismo”. Una interpretación de este tipo no guarda ninguna coherencia en una investigación que aspira a justificar los contratos – incluso onerosos – que implican al cuerpo humano (principalmente el material genético humano) y que respeten los valores del sistema.

que el mercado apunta a la libertad contractual, sin embargo, una libertad que, aunque sea amplia, no está exenta de ningún tipo de restricción (o direccionamiento) por parte del Estado, bajo pena de incongruencia del sistema. Solidaridad contractual que debe informar las relaciones privadas, no con el propósito meramente restrictivo de la libertad, sino como un medio para afirmar los bienes existenciales (que, en esta investigación, se defiende que pueden ser objeto contractual). Así, cabe al intérprete, en el tópico-sistemático, comprobar las situaciones en las que el mercado se limita por la solidaridad contractual, o se promueve por ésta – sin que se defienda ninguna fórmula preparada. Así, no existe incompatibilidad, sino la necesidad de armonizar la relación entre Estado-ciudadano-mercado.⁷¹⁶

4.2.2.1.4. Función social del contrato

El contrato posmoderno debe ser funcional, ya que se adscribe a intereses sociales.⁷¹⁷ Esto porque los contratos, en mayor o menor medida, influyen más allá de la esfera de los contratantes, proyectando su influencia en el entorno social. La función social del contrato no excluye su función individual, sino que implica deberes extracontractuales para los implicados (independientemente de la voluntad de las partes).⁷¹⁸ Aquí conviene destacar que el contrato sigue tratándose de una autorregulación de los intereses individuales involucrados, pero debe entenderse como no sólo celebrado, sino también ejecutado en la

⁷¹⁶ Paulo Nalin realiza un pormenorizado estudio de la relación entre solidaridad contractual y mercado en su obra. NALIN, P., *Do contrato, cit.*, pp. 183-189.

⁷¹⁷ NALIN, P., *Do contrato, cit.*, p. 216: “El proceso de funcionalidad (social) de los institutos jurídicos tiene su raíz histórica en lo que se denominó, en esta investigación, de posmodernidad, en el período, entre las Grandes Guerras, momento en que la unidad del Derecho Privado, representa la mayor conquista de la civilística europea, y, principalmente, de la alemana, que resultó insuficiente para atender al caos de la posguerra (Primera Guerra Mundial), que se impuso en Alemania y en Europa en general, con la restricción de la libertad contractual y de la utilización de la propiedad. (...)”

⁷¹⁸ LÓBO, P., *Direito civil, cit.*, p. 67.

sociedad. Así, el principio en cuestión es un elemento conformador del principio de la libertad contractual (incluso de contenido del contrato). La función social constituye una intervención del Estado en las relaciones privadas que condiciona la autonomía privada y la libertad contractual. Aquí hay que tener en cuenta la limitación de la libertad⁷¹⁹ (ya analizada en el Capítulo Tercero, para excluir la interpretación de una violación), y los elementos contractuales, principalmente al “derecho subjetivo” – que deben respetar los intereses no sólo de los individuos, sino de la sociedad.⁷²⁰

El Estado Social y Democrático de Derecho aúna las conquistas del Estado Liberal – igualdad y libertad individual – y las del Estado Social – superación de la fragmentación Estado-sociedad.⁷²¹ Esto significa que el contrato se despega del egoísmo arraigado en el Estado Liberal y gana un aspecto social (diverso de socialista). Un nuevo paradigma en el cual los efectos de las relaciones negociales, con respecto al principio de la función social del contrato, afectan a la sociedad. Es un camino difícil de trazar, dada la complejidad que supone el establecer unas reglas para ordenar las numerosas posibilidades fácticas que deben aplicarse al campo de los contratos (recordemos la ya advertida insuficiencia del positivismo). Aquí surge una cuestión: Ya que no es posible establecer reglas estancas para ordenar toda y cualquier situación fáctica, ¿cómo se pueden identificar y delimitar los contornos de una función social del contrato? Entre las respuestas posibles consideramos como la más acertada la que deriva de los estudios de NALIN; es decir, de que la mejor descripción de la función social del contrato se concentra en el valor de la solidaridad y en el principio de la buena fe objetiva.⁷²² Así, resulta que la función social del contrato consiste en un respeto del valor-guía del

⁷¹⁹ Pude haber autores que, a diferencia de la posición adoptada en este estudio, consideren que se trate de una limitación. En este sentido *vid.* WIEACKER, F., *História do direito privado moderno*, *cit.*, pp. 632-633.

⁷²⁰ NALIN, P., *Do contrato*, *cit.*, pp. 213-217.

⁷²¹ BARCELLONA, P., *Diritto privato e società moderna*, Napoli, Jovene, 1996.

⁷²² NALIN, P., *Do contrato*, *cit.*, p. 221.

sistema (solidaridad) y en el principio que el mismo densifica (buena fe objetiva).

TEPEDINO, cuando trata la función social de la propiedad, partiendo de las premisas ofrecidas por PERLINGIERI⁷²³, sostiene que la función social implica una nueva estructura del dominio (en un perfil interno)⁷²⁴ y actúa como criterio de valoración del ejercicio del derecho (dirigido a lo social). El autor también se manifiesta en el sentido de que la funcionalización de la propiedad no se refiere a una disminución cuantitativa del instituto, sino a una determinación conceptual cualitativamente distinta (en la cual se incluyen los intereses no propietarios carentes de tutela).⁷²⁵ Como afirma TEPEDINO, el contrato igualmente recibe una nueva estructura, por lo que sólo es merecedor de tutela si respeta su función social (de lo contrario estaría fuera del sistema).⁷²⁶

NALIN propone una división de la función social en intrínseca y extrínseca, apuntando la primera como la observancia de “nuevos” principios (derivados de la solidaridad) y la segunda como la preocupación por los efectos del contrato en la sociedad.⁷²⁷ La función social del contrato es la que permite concretar mejor los valores de la persona humana. No vamos a extendernos a otros aspectos de la función social del contrato susceptible de estudio (tales como las relativas a la nulidad contractual). Nos limitamos a apuntar un aspecto que aquí puede

⁷²³ PERLINGIERI, P., “Note sulla crisi dello Stato sociale e sul contenuto mínimo della proprietà”, *Legalità e giustizia*, 1983, pp. 439 e ss.

⁷²⁴ Adoptamos la interpretación de que dominio (poderes sobre la cosa) y propiedad (titularidad) son institutos distintos – pero no incoherentes. Sobre la “Teoría de la Autonomía” vid. ARONNE, R., *Por uma nova hermenêutica dos direitos reais*, Porto Alegre, Renovar, 2001; ARONNE, R., *Propriedade e domínio*, *cit.*; ARONNE, R., *Propriedade e Domínio: a teoria da autonomia: titularidades e direitos reais nos factais do direito civil-constitucional*, 2. ed., rev. e ampl., Atualizada por Simone Tassinari Cardoso, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2014.

⁷²⁵ TEPEDINO, G., “Contornos constitucionais da propriedade privada”, en TEPEDINO, G., (org.), *Temas de direito civil*, 3. ed. rev. e atual., Rio de Janeiro, Renovar, 2004, pp. 314-329.

⁷²⁶ TEPEDINO, G., “Contornos constitucionais da propriedade privada”, *cit.*, p. 319.

⁷²⁷ NALIN, P., *Do contrato*, *cit.*, pp. 223-224.

definirse como “negativo” (que impide la validez y la eficacia del contrato) y otro “positivo” (cuando el valor de la persona humana justifique un contrato que no encuentre reconocimiento en el ordenamiento positivo).

4.2.2.1.5. Buena fe objetiva

Hay una interpretación de que la buena fe objetiva⁷²⁸ forma parte de la función social, en la medida en que los contratantes estén insertados en una colectividad (no son más aquellos seres abstractos de la modernidad), sino que poseen una atención precípua muy especial en los intereses de los contratantes (una especialización). La mayoría de los autores suelen optar por tratar la buena fe objetiva como un “complemento” de la función social, lo que a pesar de ser comprensible – si se entiende como “algo más de la función social” – implica dificultades de discurso cuando refleja el Derecho como un sistema único y axiológico.

El principio de la buena fe objetiva abarca la actuación ética en las relaciones contractuales. Un principio que definitivamente “separa” aquel contrato egoísta e insensible de la modernidad, en la medida en que humaniza las relaciones jurídicas. Consiste en un verdadero centro de atracción que concretiza las relaciones armonizadas con los valores de un orden jurídico. El principio se configura como el hito (o intento de) de los modelos ideales de conducta que deben considerarse ante el ejercicio de los derechos subjetivos, bajo pena de incurrir en una antijuridicidad. Un deber de conducta para influir en todas las fases de la relación jurídica.

El principio en examen demanda un Derecho pluralista (con fuentes jurídicas y metajurídicas) destacándose la densidad y la complejidad de la

⁷²⁸ Nos limitamos al análisis de la “buena fe objetiva”. Para una visión general de la “buena fe”, su origen y evolución histórica y sus dimensiones *vid.* MARTINS-COSTA, J., *A boa-fé no direito privado*, São Paulo, RT, 1999.

sociedad contemporánea. Un Derecho que carece de una interacción con la realidad y, por lo tanto, de una interpretación transdisciplinaria. Así, el principio de la buena fe objetiva se configura no solo como referente hermenéutico de los contratos, pero también como contenido normativo. MARQUES sostiene que “la mejor línea de interpretación de un contrato o de una relación de consumo debe ser la del principio de la buena fe, que permite una visión total y real del contrato en cuestión.”⁷²⁹ Por lo tanto, de la manifestación de la autora, se reafirma la importancia del tópico-sistemático. Así, a partir de las reflexiones de NEGREIROS⁷³⁰, a pesar de que resulte difícil establecer un contorno concreto del principio de la buena fe objetiva, con relación a la visión de una situación contractual, su contenido es aprehensible y comprensible. El principio en cuestión está en la línea de la realización de la justicia contractual de acuerdo con los patrones sociales aceptados y deseados.⁷³¹

La buena fe objetiva se presenta también como un referente de limitación del ejercicio de los derechos subjetivos, en la medida en que orienta la actuación de los contratantes.⁷³² Esto significa que el principio posee la función de “brújula” cuyo norte es la razonabilidad de la conducta de las partes relacionales. Aquí conviene citar la “teoría de los actos propios” según la cual nadie puede hacer uso del derecho en contradicción con el comportamiento anteriormente adoptado. Es decir, no es lícito para uno de los contratantes incumplir las obligaciones asumidas y exigir el cumplimiento de la otra parte (el incumplidor del contrato que

⁷²⁹ LIMA MARQUES, C., “Boa-fé nos serviços bancários, financeiros, de crédito e securitários e o Código de Defesa do Consumidor: informação, cooperação e renegociação?”, *RFD/UFGRS*, v. 22, set. 2002, p. 51.

⁷³⁰ PAIVA DE ABREU TRIGO DE NEGREIROS, T., *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*, Rio de Janeiro, Renovar, 1998, p. 226.

⁷³¹ REZZÓNICO, J. C., *Principios fundamentales de los contratos*, Buenos Aires, Astrea, 1999, p. 531.

⁷³² LIMA MARQUES, C., “Boa-fé nos serviços bancários, financeiros, de crédito e securitários e o Código de Defesa do Consumidor”, *cit.*, pp. 50 e ss.

intenta beneficiarse del incumplimiento).⁷³³ Actos contradictorios en este sentido son reprimidos, en la medida en que burlan la confianza habida entre las partes.

El principio de la buena fe objetiva se proyecta en las fases pre-contractual, contractual y post-contractual.⁷³⁴ El principio en cuestión otorga un verdadero dinamismo para el contrato, en la medida en que no se restringe a lo pactado, sino a todas las interacciones entre los contratantes que guarden alguna relación con el objeto negocial (objeto material o incorpóreo). La buena fe objetiva rompe las ataduras que convertían el contrato en una configuración estática y separada en el tiempo-espacio, para liberarlo y presentarlo como una dinámica realidad social. Los contratantes asumen, a partir de este principio, unos vínculos relacionales y obligacionales impensables en la modernidad (los rígidos marcos iniciales y finales del contrato habidos en la modernidad no subsisten en una realidad compleja y multifacética). El principio de la buena fe objetiva actúa no sólo como hermenéutica (limitadora del ejercicio de derechos), sino también como creadora de deberes colaterales adscritos a la relación jurídica.

A pesar de que en esta investigación no pretendemos un estudio puntual y profundizado del Derecho Civil de un determinado Estado, consideramos conveniente destacar que el principio de la buena fe objetiva debe tener una previsión normativa en los diversos ordenamientos jurídicos. Aquí dedicamos especial atención a la previsión de este principio, como un elemento necesario del contrato, en el artículo 1528 del Código Civil español. El citado artículo, como defiende

⁷³³ A título de referencia, en dos formas de manifestación: a) *tu quoque* – exceso regulatorio del contrato ya violado; b) *venire contra factum proprium* – dos comportamientos lícitos del mismo contratante, separados por el tiempo y las discrepancias. Sobre el tema *vid.* MENEZES CORDEIRO, A., *Da boa-fé no Direito Civil, cit.*, pp. 747-840.

⁷³⁴ LIMA MARQUES, C., *Contratos no Código de Defesa do Consumidor, cit.*, pp. 217-218; LÔBO, P., *Direito civil: obrigações*, 3. ed., São Paulo, Saraiva, 2013, pp. 79-80.

QUESADA SÁNCHEZ⁷³⁵, además de informar normativamente todas las relaciones contractuales en razón de su fuerza normativa, tiene una relevancia hermenéutica. JIMÉNEZ GÓMEZ, además del aspecto normativo y hermenéutico, hace referencia a un campo ético del principio de la buena fe objetiva puesto que se entiende como deber de honestidad.⁷³⁶ Una disposición legal que posee una aplicación en las relaciones contractuales independientemente de la voluntad de las partes – o incluso de su previsión en un instrumento contractual en concreto -, de donde se desprende que consiste en una conformación de la autonomía privada y de la libertad contractual prevista en el cuerpo de la misma codificación civil. Como bien apunta QUESADA SÁNCHEZ, representa un artículo que consiste en una verdadera ordenación objetiva de las relaciones contractuales en un sentido amplio, irradiando efectos tanto en los contratos típicos como en los atípicos. Norma que implica, desde luego, un trabajo de concreción de sus consecuencias a partir de las situaciones concretas (es decir, de efectiva definición en cada relación contractual específica). Una norma que, además de tener una proyección significativa en las legislaciones especiales en España, como las relativas a los contratos de seguro y las que se dirigen a la defensa del consumidor, posee aplicabilidad general sobre las relaciones contractuales.

En suma, la buena fe objetiva implica una ética en las relaciones contractuales, haciéndolas funcionales para que concreten la justicia social extraída de los valores del sistema. Como explica BETTI,⁷³⁷ una

⁷³⁵ QUESADA SÁNCHEZ, Antonio José, *El infravalorado artículo 1258 del Código Civil y su innegable utilidad*. Disponible en <http://www.derecho.com/articulos/2002/12/15/el-infravalorado-art-culo-1258-del-codigo-civil-y-su-innegable-utilidad/>. Consultado el 09 de octubre 2015.

⁷³⁶ JIMÉNEZ GÓMEZ, Ricardo, *El principio de la buena fe en la teoría general del contrato*. Disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/371/17.pdf>. Acesado el 09 de octubre de 2015.

⁷³⁷ BETTI, E., *Teoría general de las obligaciones*, t. I, Madrid, Editorial Revista de Derecho, 1969, pp. 117-118.

actitud de cooperación entre los contratantes⁷³⁸. Una relación en la que, siempre con un sacrificio razonable, el contratante no sólo realice su interés sino que garantice resultados para el otro implicado (al amparo de la solidaridad contractual).⁷³⁹

4.2.3. Contrato como medio de realización de los valores existenciales

El contrato forjado en la modernidad, que “sólo” se destinaba a la circulación de riquezas, ya no persiste. De hecho, el contrato sigue siendo un medio de circulación de economías, pero aquella estructura moderna sucumbe ante una renovada autonomía privada, a la solidaridad contractual y a la función social del contrato. Se desvela un nuevo paradigma, en el cual el contrato, a pesar de que se reconozca su función económica, puede, a veces, no manifestarla. Esto significa que la patrimonialidad deja de ser el presupuesto de eficacia de toda y cualquier relación contractual, admitiéndose la posibilidad de vínculos derivados de intereses existenciales. Esta lectura del contrato (despatrimonializado⁷⁴⁰) deriva de la propia noción de sistema único y axiológico, en el cual el hombre asume la posición central (no hay más que plantearse un sujeto abstracto tal como estatuido en la modernidad) y en el cual existe una preocupación por los valores sociales y existenciales (*ser*).⁷⁴¹

Conviene señalar que, a pesar de una aparente contradicción - en la medida en que se ha defendido firmemente, a lo largo de esta investigación, que la constitucionalización del Derecho privado venció al individualismo del Estado Liberal, para posteriormente afirmar que puso al hombre en el centro del sistema – existe es una perfecta racionalidad.

⁷³⁸ Sobre la superación de la composición con intereses antagónicos para el establecimiento de cooperación *vid.* LÔBO, P., *Direito civil, cit.*, pp. 95-97.

⁷³⁹ PAIVA DE ABREU TRIGO DE NEGREIROS, T., *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*, Rio de Janeiro, Renovar, 1998, p. 256.

⁷⁴⁰ TEPEDINO, G., “Contornos constitucionais da propriedade privada”, *cit.*, p. 313.

⁷⁴¹ TEPEDINO, G., “Contornos constitucionais da propriedade privada”, *cit.*, p. 309.

Como se puede deducir de las líneas de NALIN, el hombre abstracto de la civilística clásica era lo “económico”⁷⁴², así como el tutelado en la contemporaneidad por el sistema único y axiológico es lo “existencial”. Por lo tanto, la relación jurídica que fue aceptada por este nuevo orden es aquella que, además de una mera patrimonialidad-individualidad, implica experiencias individuales que permiten la utilidad (existencia) para los contratantes y la colectividad.⁷⁴³

La libertad contractual está vinculada necesariamente a los valores del sistema. Así, la libertad contractual existe, y persiste, en razón del libre desarrollo de la personalidad: el hombre es el epicentro axiológico de las relaciones jurídicas. Se recuerde que el sistema no desconoce, o aleja, la función económica del contrato, sino que se superpone a la realización de lo existencial (dignidad de los contratantes). Así, en la contemporaneidad el enfoque de la interpretación contractual se desplaza desde el *tener* al *ser* (sin que ello implique una necesaria desconexión entre ambos).

4.2.4. Despatrimonialización del contrato

La perspectiva moderna - individualista (personalismo) y patrimonialista (en que el patrimonio en sí era el enfoque del Derecho) – pierde espacio y lo gana una posmoderna en la cual el sujeto prima sobre al patrimonio. Una gran alteración de paradigma en el cual el ser asume el puesto principal del sistema jurídico (el *tener* no sucumbe, sino que pierde

⁷⁴² ARONNE, R., *Direito Civil-Constitucional e Teoria do Caos*, cit., p. 42: “(...) un hombre ideal, viviendo en un cerco privado (o mercado) ideal. Condiciones ideales. Inmunes. Neutras. En un cierto punto de vista. De un observador también abstracto. Cierta visión de mundo. Determinista. Crea un *Homo Economicus*. Codificado. Abstracto. Eficiente. En el intento de administrar y generar ‘externalidades’.”

⁷⁴³ NALIN, P., *Do contrato*, cit., p. 244.

su *status* moderno). La repersonalización del Derecho es competencia del hombre-contratante y, por lo tanto, afecta al contrato.

En esta realidad, en que el patrimonio deja de configurarse como el centro y se configura como una condición accesoria para la persona humana insertada en una sociedad⁷⁴⁴, asistimos a la plena superación de un contrato moldeado en la modernidad. Sin embargo, a pesar de la evidente superación aludida, persisten inquietudes. NALIN, cuando se ocupa de la despatrimonialización se posiciona en el sentido de que, aunque sea sólo aparentemente, no existe una circulación económica – como en el caso de una donación sin cometidos – sino que existe una patrimonialidad, en la medida en que el donante habrá disminuido su patrimonio.⁷⁴⁵ El autor hace uso de la expresión “contenido económico del contrato”, pero sin diferenciar una patrimonialidad – aquí se observa un aspecto con que se debe discordar. Es decir, existe una distinción entre patrimonialidad y contenido económico de una relación, esto porque la primera implica una dimensión moderna en la cual todo lo económico es patrimonio. Sin embargo, en la contemporaneidad existe un tránsito de bien no patrimonial (existencial), pero, incluso este puede ser económicamente cuantificado. Éste es el caso del ejemplo citado de la donación de cabello, semen u óvulos – consistentes en bienes extrapatrimoniales (derecho de personalidad). Por lo tanto, la venta de estos materiales biológicos (social y jurídicamente aceptada en algunos Estados, y, que demandan relativización en los Estados en los que está prohibida) no aleja su extrapatrimonialidad. Por ello, defendemos la posibilidad de los contratos sin contenido patrimonial e, incluso, de los contratos cuyo objeto sea extrapatrimonial – lo que será retomado en los apartados siguientes de este Capítulo.

⁷⁴⁴ MARTÍNEZ DE AGUIRRE y ALDAZ, C., *El derecho civil a finales del siglo XX*, cit., p. 152.

⁷⁴⁵ NALIN, P., *Do contrato*, cit., p. 248.

La despatrimonialización defendida por NALIN representa una transposición de relevancias, en la medida en que en un sistema constitucionalizado el centro de atención se traslada desde el *tener* al *ser*. Es decir, el autor, como otros muchos, trata el tema de la despatrimonialización como la superación de la patrimonialidad vuelta a sí misma, tal como apunta PERLINGIERI.⁷⁴⁶ Por lo que, esta perspectiva de ninguna manera puede considerarse incorrecta, ya que está en perfecta consonancia con la defendida superación de los dogmas de la modernidad. Sin embargo, en una investigación que acepta la disponibilidad de derechos de personalidad (según trabajado en el tercer capítulo), resulta insuficiente para la contemporaneidad.

En definitiva, en esta investigación hemos intentado profundizar la noción de despatrimonialización ofrecida por la doctrina. Profundización que consiste en la superación de la idea de que la despatrimonialización consistiría estrictamente en la alteración de paradigma (desplazamiento de enfoque desde el *tener* al *ser*) de manera que permita comprender que pueden existir (principalmente en una sociedad que experimenta nuevas biotecnologías humanas) posibles relaciones contractuales aunque no exista un contenido patrimonial. Aquí puede apuntarse una constatación cíclica: el ser humano puede disponer – pero no de forma ilimitada – del propio cuerpo, hecho que requiere una viabilidad contractual, que a su vez lleva a cabo la utilización del mismo. En la sociedad tecnológica, más que nunca, existe el “tránsito de derechos de personalidad” y, por lo tanto, el Derecho (como sistema abierto) debe dar una respuesta a la misma y armonizarse con la realidad.

⁷⁴⁶ PERLINGIERI, P., “Despatrimonializzazione” e diritto civile. Scuole, tendenze e metodi: problemi del diritto civile, Napoles, ESI, 1989, pp. 175-178.

4.2.5. Contrato como vértice de relaciones privadas y derechos fundamentales

La eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares ha sido el tema de un apartado propio en el Tercer Capítulo de esta investigación. Sin embargo, el tema merece una breve recuperación en este Capítulo Cuarto (centrado en los contratos). Los contratantes son sujetos de derechos fundamentales, de dónde se deriva que el contrato asume la condición de instrumento de realización de aquellos derechos. Mediante la libertad contractual los contratantes, respetando los valores, principios y reglas, ofrecen concreción a la dignidad de la persona humana. Lo que significa afirmar que el contrato consiste en un verdadero centro de atracción de los derechos fundamentales, en la medida en que toda relación contractual no sólo será permeada por tales derechos, sino que también en muchas situaciones se centrará en ellos. Éste el caso de una relación entre privados derivada de una disposición sobre el cuerpo humano (que además de la dignidad humana de los contratantes puede implicar a la de terceros en la relación).

4.2.6. La superación de un concepto posmoderno de contrato

Al pretender la superación de un concepto posmoderno de contrato, vamos a elegir un concepto cuidadosamente elaborado por un autor, que en la densidad de su estudio, reconoce todas las incoherencias derivadas de una supuesta concreción del tema. En este sentido, citamos la propuesta de NALIN, Reconocemos el valor de su investigación, que resulta ser de las más evolucionadas en esta temática (elaborado desde un Derecho Civil-Constitucional), y que debe ser superado.

El autor, en una obra impar en el escenario del derecho contractual, reconoce la imposibilidad de que en un sistema abierto se

ofrezca un concepto cerrado e inmutable de contrato. Además, reconoce que en un mundo jurídico hipercomplejo no puede pretenderse un concepto que abarcara la integralidad de las relaciones contractuales. A pesar de que apunta otras dificultades para poder ofrecer una conceptualización, a modo de entrada en el “paraíso de los conceptos”⁷⁴⁷, NALIN se arriesga a sostener:

(...) si no un concepto, una proposición o afirmación, a partir de la cual se puede comenzar, siendo el contrato interprivado la relación jurídica subjetiva, basada en la solidaridad constitucional, destinada a la producción de efectos jurídicos existenciales y patrimoniales, no sólo entre los titulares subjetivos de la relación, sino también ante terceros.⁷⁴⁸

Formula un concepto posmoderno de contrato desde una perspectiva civil-constitucional, y propone el siguiente axioma: el contrato es una relación compleja solidaria.⁷⁴⁹ NALIN sostiene que todos los contratos, cada uno con sus peculiaridades, deben guardar una sincronía con el citado axioma. Defiende taxativamente la superación de un concepto moderno (a lo que expresamente nos adherimos).

A pesar de que no compartimos el establecimiento de un concepto como certeza, en la medida en que se defiende una hermenéutica axiológica, tenemos, inicialmente, que considerar que el contrato entre privados está vinculado a los valores del sistema, principalmente al de la solidaridad como valor-guía para la realización de la dignidad de la persona humana. Además, concordamos con la afirmación de que el contrato supera la frontera de los efectos entre los contratantes, en la medida en que irradia efectos sobre terceros.

⁷⁴⁷ HART, Herbert L. A., *O conceito de direito*, Tradução de A. Ribeiro Mendez, Lisboa, Gulbenkian, 1986, pp. 142-143.

⁷⁴⁸ Negrita en el original. NALIN, P., *Do contrato*, cit., p. 253.

⁷⁴⁹ NALIN, P., *Do contrato*, cit., p. 254.

La inconsistencia en el concepto la encontramos cuando apunta que el contrato interprivado está “destinado a la producción de efectos jurídicos existenciales y patrimoniales”. No es por azar por lo que NALIN usa la conjugación “y”, por lo tanto, para él, el contrato debe producir unos efectos jurídicos existenciales primordialmente, pero que, inevitablemente, tienen “contenido patrimonial”. Aquí tenemos la primera discordancia con respecto al concepto, ya que, como hemos explicado (4.2.4), en esta investigación sostenemos que existen contratos puramente existenciales (sin contenido patrimonial). Retomemos el ejemplo de la donación, sin cometidos, de semen u óvulo, de la cual se extrae el tránsito de material biológico humano (bien extrapatrimonial) de forma no onerosa. Ejemplo que pone de manifiesto dos vías: 1) el autor del concepto desconoce la realidad social – en una ingenuidad pura o programada (ceguera deliberada) – en la medida en que es notoria la incidencia de tránsito de material biológico humano en la sociedad tecnológica; 2) el autor del concepto conoce la realidad y, por lo tanto, adopta la interpretación de que el material biológico humano consiste (al menos en alguna medida) en un bien patrimonial. Es decir, la vía conclusiva que se adscriba al concepto (1 o 2), estará impregnado de patología derivada de la modernidad. Se observa que un concepto que desconoce la realidad social acaba siendo moderno (camino 1) y un concepto que trabaja con el cuerpo humano como propiedad (camino 2) se hace indudablemente insubsistente en la contemporaneidad.

Un concepto tan marcado por la modernidad (aunque de forma ingenua o inconsciente) implica la imposibilidad de universalidad y universalización. Según la posición adoptada en esta investigación, el cuerpo humano es disponible *prima facie*. Esto significa que caracteriza la disponibilidad *prima facie* de los bienes extrapatrimoniales – derechos de personalidad que pueden ser cuantificados económicamente, pero no entendidos como parte del patrimonio del hombre. Además el concepto-referencia de hecho no abarca todas las posibilidades contractuales, lo

que de por sí hace necesario que se supere. Y si no bastara este aspecto – que para esta investigación se demuestra esencial – resulta que la idea de establecer un concepto (característica de la modernidad) no coincide con la noción de sistema abierto y axiológico, cuando hay tal necesidad de ofrecer nociones o contornos abiertos y permeables a la realidad. Así, en un sistema único, abierto y axiológico, la percepción de que el contrato interprivado represente la relación entre particulares es suficiente.⁷⁵⁰ Una afirmación (y no conceptualización) que de hecho implica la aceptación de que el contrato, así como todo el sistema (valor, principios y normas), está para la concreción de la dignidad humana. Además, del reconocimiento de la transdisciplinariedad del Derecho que le garantiza simbiosis para la realidad (principalmente en una sociedad tecnológica). Aquí se defiende una noción contemporánea.

4.3. El contrato biotecnológico: por una debida revisión

Hemos constatado la superación de un concepto de contratos interprivados y la defensa de que los mismos consisten en las relaciones entre particulares en un sistema único, abierto y axiológico. Se llega así a un punto fundamental de esta investigación, como es la de hacer frente a la disposición del cuerpo humano – como derecho de personalidad (Capítulo Tercero) -, como resultado de las nuevas biotecnologías humanas (Capítulos Primero y Segundo), mediante contratos gratuitos y onerosos. Cabe cuestionarse si el contrato, tal y como lo concibe la doctrina tradicional ¿puede manejar las relaciones interprivadas de la sociedad tecnológica - principalmente las que se destinen al tránsito de material genético humano? Además, la disponibilidad del cuerpo humano ¿implica un nuevo nicho contractual - impensado por la doctrina - y en un

⁷⁵⁰ Así, el axioma de NALIN es más adecuado que su conceptualización posmoderna de contrato; sin embargo, ese axioma no es necesariamente redundante, en la medida en que la solidaridad representa el valor guía del sistema.

objeto contractual antes rechazado? Cuestiones a las que vamos a referirnos seguidamente.

Vamos a dividir este apartado en cuatro partes. La primera parte, destinada a retomar brevemente la donación de órganos - ahora con un enfoque en las llevadas a cabo en acto entre vivos – para aclarar la efectiva celebración de contratos complejos entre particulares derivados de la disposición del cuerpo humano (4.3.1). La segunda parte, se destina a afirmar la situación del material genético humano en la sociedad tecnológica y las repercusiones en el ámbito del contrato privado (4.3.2). La tercera parte, concierne a una rápida visión del “consentimiento informado” en la realidad contemporánea en que las nuevas biotecnologías humanas asumen la condición de puesta en práctica (4.3.3). La cuarta parte versará sobre una toma de posición personal sobre la superación de los conceptos modernos y posmodernos de los contratos, culminando en la afirmación de un necesario replanteamiento de las relaciones contractuales en la contemporaneidad (4.3.4).

4.3.1. Donación de órganos entre vivos: rápidas observaciones sobre un efectivo contrato biotecnológico

El ser humano viendo haciendo uso, desde hace años, de trasplantes de órganos entre vivos - como en las transfusiones de sangre. Como en el mito en el que Prometeo quedó encadenado para que un águila diariamente picoteara su hígado, mientras que el órgano se regeneraba cada noche, ocasionándole un sufrimiento sin fin, la ciencia desveló la capacidad de trasplantes entre vivos.⁷⁵¹ En este apartado pretendemos hacer una breve referencia al tema de la “donación de órganos entre vivos”, desde una perspectiva de la Filosofía del Derecho y

⁷⁵¹ ANGOITTIA GOROSTIAGA, V., *Extracción y transplante de órganos y tejidos humanos: problemática jurídica*. Madrid, Marcial Pons, 1996, p. 15.

sin extendernos al análisis puntual de un ordenamiento jurídico específico o de las técnicas en sí. Así, pretendemos una desconstrucción de la relación, atinente a la donación de órganos entre vivos, con el fin de caracterizar los derechos de personalidad y el material biológico humano como objeto contractual. Partimos de la donación en los casos donde ésta sea el camino más efectivo el menos gravoso de tratamiento.⁷⁵² El tema será exclusivamente abordado desde la perspectiva de las relaciones interprivadas (sin extendernos al análisis de las normas de un cierto ordenamiento jurídico ni a los motivos para la donación de órganos, ni a los requisitos y formas exigidos).⁷⁵³

La doctrina dedicada al estudio de los aspectos jurídicos y éticos de los trasplantes de órganos entre vivos, aunque se haya ocupado de la disponibilidad de los órganos, apenas se ha ocupado de las consecuentes relaciones interprivadas. La doctrina se limita a trabajar con el consentimiento informado del donante vivo - que debe darse de forma voluntaria. Sin embargo, al hacer referencia al consentimiento, los autores no se manifiestan sobre la “contratualidad” del acto de donación entre vivos. Así, a pesar de que el término “donación” de órganos para los trasplantes entre vivos esté difundido, se observa una completa ausencia de su estudio desde la óptica contractual. Parece que la doctrina ha optado, al menos desde una visión tradicional del Derecho, por sostener que la donación consiste en una modalidad contractual destinada a la transmisión del “patrimonio” de forma no onerosa. Cabe preguntarse si un órgano humano ¿puede considerarse un patrimonio? Esta perspectiva en

⁷⁵² Para uma visão geral do tema *vid.* ANGOITTIA GOROSTIAGA, V., *Extracción y trasplante de órganos y tejidos humanos*, *cit.*; PRICE, D., *Legal and ethical aspect of organ transplantation*. Cambridge, Cambridge University Press, 2000; TREVIJANO ETCHEVERRIA, M., *¿Qué es la bioética?*, Salamanca, Ediciones Sígueme, 1998, pp. 237-255; entre outros.

⁷⁵³ Conviene destacar, a pesar de reconocer la relevancia de los estudios de DÍEZ DIAZ para las investigaciones aquí propuestas, que su eje central de argumentación difiere irremediamente de lo aquí defendido. El autor trabaja con la idea de que el cuerpo humano consistiera en un patrimonio (lo que es llevado a cabo por diversos autores cuando tratan la (in)disponibilidad del cuerpo humano). DÍEZ DIAZ, J., *Los derechos físicos de la personalidad*, Derecho somático, Madrid, Santillana, 1963, p. 312.

cuanto al tema de la “donación de órganos” por parte de la doctrina puede obedecer a que el término “donación” fue heredado desde una visión moderna en que los órganos del cuerpo consistirían en el “patrimonio del ser humano”. Lo cierto es que, a pesar de que sabidamente un órgano humano no consista en un patrimonio, el término “donación” es ampliamente utilizado (ya sea por la doctrina especializada, ya sea por la sociedad).

OLAYA GODOY, al analizar el escenario jurídico español, sostiene que gametos y embriones preimplantados pueden consistir en un objeto de “donación”. La autora reconoce que el material genético humano puede ser objeto de una donación. Sin embargo, aparentemente por no conseguir manejar el hecho de que tener en manos un objeto extrapatrimonial, sostiene que esta relación (donación) no debería ser calificada como un “contrato”, concretamente, porque este poseería una connotación patrimonial. Así, la autora, presa en una visión clásica del Derecho (en la cual el objeto contractual debe ser patrimonial) acaba incurriendo en contradicciones, en la medida en que reconoce la “donación” (figura concretamente contractual) cuyo objeto consiste en el material biológico humano, pero de forma contradictoria defiende que esta “donación” no consistiría en un contrato.⁷⁵⁴ Queda evidente que la autora acaba trabajando con artificios documentales para intentar manejar el aspecto contractual de la donación de material biológico humano.

Por otro lado, al observar la doctrina especializada en los contratos la realidad es otra. La donación de órganos, como figura contractual, deja de constar en cualquier texto autodenominado posmoderno. Puede tomarse como referencia la obra de RIZZARDO⁷⁵⁵ que, en las 1452 páginas dedicadas al contrato (y a los contratos en especie), no hace ninguna referencia a la “donación de órganos” para trasplantes entre vivos

⁷⁵⁴ OLAYA GODOY, M. *Régimen jurídico de la tecnología reproductiva y la investigación biomédica con material humano embrionario*, cit., pp. 274-279.

⁷⁵⁵ RIZZARDO, A., *Contratos*, cit..

(a pesar de dedicar un capítulo completo al ámbito de la donación). Ausencia que se observa también en las obras de LÔBO⁷⁵⁶ y AMARAL⁷⁵⁷. Incidencia que se atribuye a las ataduras de la modernidad, que siguen amarrando al derecho contractual, incluso en los estudios que incluyen la noción de sistema y reconocen la superación del modelo contractual de la modernidad. La incapacidad de los autores de manejar el tema, o incluso la opción de esquivar la cuestión (aunque sus estudios se destinen a un ámbito posmoderno), demuestra su dificultad para distanciarse de una visión clásica de contrato, especialmente en lo que se refiere a la patrimonialidad. ¿Cómo explicar una donación de órganos en los textos de Derecho Civil en la modernidad? ¿No sería la “fuga” un modo de dejar de enfrentarse a la disposición del cuerpo humano o incluso a la existencia de contratos cuyo objeto sea extrapatrimonial? Si no es una fuga, de hecho, consistiría en una asunción de que los autores se mantienen presos en una superada modernidad - en que el contrato necesariamente tendría contenido estrictamente patrimonial.

A partir de la superación de los conceptos, resulta que el contrato en la contemporaneidad puede tener como objeto los bienes extrapatrimoniales, como se produce en el caso del material corpóreo humano. Concretamente, esta interpretación permite no sólo la comprensión de un acto vulgar en la realidad social - es decir la donación de órganos para el trasplante entre vivos -, sino también el mantenimiento de la nomenclatura ofrecida en la modernidad ante su renovada lectura. Esto significa que, una persona puede, por su libre voluntad (al no existir una justificación para una restricción) beneficiar a una tercera persona con parte de su cuerpo de forma no onerosa. Tránsito de material biológico humano realizado especialmente mediante consentimiento informado.⁷⁵⁸ Se reconoce la posibilidad de que la donación de órganos

⁷⁵⁶ LÔBO, P., *Direito Civil, cit.*

⁷⁵⁷ SANTOS AMARAL, F., *Direito Civil, cit.*

⁷⁵⁸ A pesar de que lo menciona la doctrina, la forma podría ser – especialmente a partir de lo defendido en esta Tesis Doctoral– el contrato de donación.

para el trasplante entre vivos como un contrato complejo y multifacético (además de que el paciente disponga de su integridad física para que el médico le opere, está cediendo definitivamente una parte de su cuerpo en beneficio de una tercera persona, entre otras relaciones que derivan de esta).

4.3.2. El retomar de la obviedad: el material genético humano “transita” en la sociedad tecnológica

Todo el material biológico humano contiene material genético, así, ante las genéticas descritas (Capítulos Primero y Segundo), resulta que el tránsito del cuerpo humano no se produce sólo en órganos como un riñón, sino que puede darse sobre una “simple” célula. Así, conviene realizar la revisión del “caso Moore”, para verificar que en la sociedad tecnológica es indiscutible el tránsito del material genético humano, y, por ello, existen relaciones interprivadas en las cuales el mismo representa un objeto contractual.

4.3.2.1. El tránsito del material genético en el “Caso Moore”

Retomaremos el ya citado “Caso Moore”⁷⁵⁹ porque ofrece un ámbito muy adecuado para reflexionar sobre la posibilidad de que la disposición del cuerpo humano permita relaciones interprivadas que dejan de ser abarcadas por el concepto posmoderno de contrato (el concepto que se ha adoptado como referencia ha sido objeto de una breve labor deconstructiva en el apartado 4.2.5).

⁷⁵⁹ Para evitar repeticiones, en este Capítulo se llevarán a cabo sólo algunas reflexiones sobre el tema (alejándose en cierta medida de un trabajo narrativo y descriptivo).

Con respecto al potencial económico del material genético de John Moore, así como de la actividad biotecnológica que se aplicó a su “cuerpo” (células), conviene reflejar que, ante las nuevas biotecnologías humanas, el hombre asume el puesto de “mutante” y “mercader”. Al mismo tiempo en que el hombre experimenta una vida extracorpórea (sus células transitan), las nuevas biotecnologías implican una valoración de su material genético.

Recordemos que John Moore entabló una larga y ardua batalla judicial ante la UCLA. La disputa presentó distintas decisiones - con diversas fundamentaciones. La decisión final garantizó a la Universidad de California la patente sobre las células del bazo del paciente. Decisión emblemática, que terminó afirmando – aunque de forma indirecta - la posibilidad de patentar, en suelo americano, el material genético humano siempre que exista el consentimiento informado del paciente.⁷⁶⁰ De aquí se deriva que el material genético humano, al detener un potencial biotecnológico, abre las puertas a un nuevo nicho contractual aún susceptible de explotación (la propia Biotecnología humana todavía debe aclarar cuáles serían las consecuentes posibilidades prácticas). No obstante, no sólo se observa un nuevo espacio contractual, como se puede reflejar con respecto al efectivo establecimiento de un nuevo objeto contractual - consistente en material genético humano o por así decir “la vida humana”⁷⁶¹ – en un universo complejo y multifacético de relaciones interprivadas.

Resulta conveniente ofrecer algunas breves reflexiones sobre este “nuevo nicho”, así como sobre un “nuevo objeto contractual”. Empezaremos por apuntar la proximidad entre lo natural y lo artificial

⁷⁶⁰ El tema de la patente del material genético humano por sí demandaría un estudio propio, razón por la cual no será aquí profundizado.

⁷⁶¹ Hemos adoptado la posición de que “vida humana” difiere de “persona humana”. Sobre el tema *vid.* o terceiro capítulo desta tese.

proporcionada por las nuevas tecnologías.⁷⁶² Cuando lo natural pueda replicarse, como se produjo en el “caso Moore”, lo que antes era estrictamente visto como artificial, actualmente puede asumir la condición de vida (*vivant*) y viceversa. ¿Cuándo se ha revelado el genoma humano⁷⁶³, para diferenciarlo de la información que se inscribe en el mismo? BOTH/PINHEIRO dan pistas para una posible respuesta, al afirmar que:

(...) Bajo la metáfora de la “información”, el individuo se desnuda de su materialidad, y comienza a ser valorado por la información que contiene. Poniéndose en tela de juicio el reconocimiento jurídico de la persona (LABRUSSE-RIO *apud* Santos, 2000, 301), en la medida en que se indaga si la información en ella contenida puede ser objeto de apropiación y circulación de mercado. Se plantea una post-humanidad, en la cual se deshacen (sic) los límites entre persona y cosas, significando la superación de la condición humana.⁷⁶⁴

La información en la sociedad tecnológica, como es notorio, es mercancía. La vida no consistiría en descubrimiento, sino como se ha mencionado anteriormente en el “caso Moore”, en ciertos casos puede – o podría – recibir el ámbito de propiedad intelectual.⁷⁶⁵ El *vivant* puede completar como información y, por lo tanto, consistir en una mercancía - *comodite*.⁷⁶⁶ La vida presenta su verdadera complejidad al plantearse – baste recordar la emergencia del fenómeno transhumanista, así como la

⁷⁶² GARBINI BOTH, L.; FIDALGO PINHEIRO, R., “Notas sobre o objeto contratual em face da biotecnologia a partir do ‘Ensaio da Dádiva’”, *Hiléia - Revista do Direito Ambiental da Amazônia* nº 14 |Jan - Jun| 2010, p. 60: “(...) En la ruptura con las barreras entre lo natural y lo artificial, se lleva a cabo el pasaje de la vida como un dato material para lo vivo como fuente de “recursos biológicos explotados”, desvendando el *vivant*.”

⁷⁶³ Sobre Genoma humano *vid.* CÁRCABA FERNÁNDEZ, M., “La biomedicina ante el derecho: una nueva cultura”, en MÉJICA, J., *Bioética práctica: legislación y jurisprudencia*, Madrid, Editorial Colex, 2000, pp. 40-42.

⁷⁶⁴ GARBINI BOTH, L.; FIDALGO PINHEIRO, R., “Notas sobre o objeto contratual em face da biotecnologia a partir do ‘Ensaio da Dádiva’”, *cit.* pp. 60-61.

⁷⁶⁵ HOWARD, T., “The legal framework surrounding patents for living materials”, *cit.*, p. 9.

⁷⁶⁶ STANTON, A. A., “Forfeited Consent”, *cit.*, p. 95.

defensa por parte de algunos autores de una realidad post-humana – en sus potencialidades ante las nuevas biotecnologías. Aquí no se pretende comprobar el post-humanismo en sí, cuanto menos juzgarlo, sino que se pretende apuntar que las nuevas biotecnologías humanas delinean la posibilidad de su concreción. Y al entenderse que el material humano (vida humana o como parte del todo que es la persona humana) forma un nuevo nicho contractual (inseminaciones artificiales, vientre de alquiler, trasplantes y autotrasplantes, entre tantas otras posibilidades). La “vida humana” además de integrar un nuevo nicho contractual, supone un nuevo objeto contractual – en la medida en que el material vivo en sí comienza a ser susceptible de relaciones interprivadas. Reflexión que se puede hacer sólo reconociendo el Derecho Civil-Constitucional como un método de relectura y adecuación del derecho contractual (el contrato privado forma parte de un sistema único, abierto y axiológico).

Retomando el “Caso Moore, los médicos responsables por el tratamiento de la salud de un paciente afectado por una grave forma de Leucemia, en un cierto momento, recomendaron la extracción del bazo - posiblemente con el fin principal, sino exclusivo, de investigar su potencialidad científica. Al tomar conocimiento de que una célula suya había sido patentada, el señor Moore optó por entablar demandas judiciales aspirando el reconocimiento del derecho sobre parte de los valores vinculados - pleitos que resultaron infructíferos. En primer lugar, se apunta que la situación fáctica – especialmente la obtención de material genético humano para la investigación -, así como toda la complejidad de las decisiones llevadas a cabo por el Poder Judicial americano, derivó posiblemente en algunos fallos (u obstáculos) existentes en aquel sistema jurídico o debido a una interpretación desmedida (intencional o no). Segundo, que el Poder Judicial americano acabó, aunque de forma indirecta, por “cosificar” el material genético del paciente – habiendo, incluso, una sentencia según la cual, el bazo del señor Moore fue considerado *res nullius*. Tercero, que los juzgadores

hicieron uso del derecho a la investigación como uno de los fundamentos para validar la patente, llevada a cabo por la Universidad de California, de células del bazo de John Moore.

Queda establecido un panorama general del *hard case*. De este escenario, se pretende, aunque de forma sencilla, el análisis de las circunstancias dentro de las perspectivas de los derechos de personalidad (trazadas en el capítulo anterior) y la visualización de las relaciones interprivadas. La disposición del cuerpo humano evidenciada en el “caso Moore” asumió esencialmente dos líneas argumentativas en las demandas ante el Poder Judicial americano. La primera línea argumentativa, presentada por la UCLA, fue en el sentido de que el bazo del paciente habría sido extirpado, por recomendación médica, con la finalidad de tratamiento de la enfermedad del paciente Moore y posteriormente analizado y utilizado en las investigaciones científicas. La segunda línea argumentativa, presentada por el señor Moore, fue en el sentido de que el bazo habría sido extirpado con fines de investigación científica sin el consentimiento suficientemente informado del paciente.

En el primer escenario tendremos la disponibilidad del cuerpo humano, en una situación de disminución permanente de la integridad físico-psíquica, ante la exigencia médica. Sin embargo, a diferencia de la interpretación presentada por el Poder Judicial americano, el hecho de que el tejido humano haya sido extirpado del cuerpo del paciente no lo desvirtuaría como derecho de personalidad. Así, la extracción del órgano sería plenamente justificable (y aceptable). Sin embargo, la utilización para la investigación que se adopta con la interpretación de que el bazo consistiría en una “cosa abandonada” – que representa una evidente “cosificación del ser humano” – sólo podría ser pensada haciendo uso de los fundamentos de la modernidad y basándose esencialmente en los derechos patrimoniales. “Modernidad” que no posee influjo en la

contemporaneidad. La vía interpretativa elegida por el Poder Judicial americano fue la patrimonialización del cuerpo humano.

En el segundo escenario, tendremos, en primer lugar, la caracterización de un vicio de consentimiento, ya que el señor Moore confirmó haber autorizado la extracción de su bazo; sin embargo, afirmó que jamás fue informado de que este sería utilizado con fines de investigación científica. Escenario éste que, si se hubiera confirmando, caracterizaría la inexistencia de consentimiento suficientemente informado (o la existencia de un fallo de consentimiento) que debería excluir la autorización para que los médicos actuaran sobre el cuerpo del paciente. En esta perspectiva, el sentido común sería el de resolución de la cuestión por medio moderno, tal como el de la reparación civil (mecanismo patrimonialista edificado en la modernidad).

En el caso concreto (independientemente de la visión de alguna de las líneas argumentativas antes narradas) lo cierto es que hubo tránsito del material genético humano, aunque tal incidencia no encuentre explicación en el Derecho puesto. Para profundizar el tema conviene plantear una hipótesis: partiendo de la situación en la que el médico, responsable del tratamiento de la leucemia, informara a John Moore de que su bazo poseía un elevado potencial de investigación en la búsqueda de una cura para las diversas enfermedades, ¿se sugiere la respectiva extracción y cesión no onerosa del material biológico? ¿Puede suponerse que el médico informara al paciente que la extracción del órgano, además de la existencia de un interés de investigación, era un tratamiento necesario? Una situación en la que el médico y paciente creyeran fuertemente en el posible desarrollo de una cura para la leucemia. En que el paciente entendiera que el suministro de su bazo conformaría el desarrollo de su personalidad, por ejemplo: 1) por creer en la posibilidad de que su nombre entrara en la historia como participe en el descubrimiento de la cura de una temible enfermedad; 2) por identificar

una considerable oportunidad para alcanzar su propia cura que le garantizara una vida saludable – una existencia digna.

Por lo que se plantea: ¿sería posible pensar en la disposición del cuerpo humano mediante alguna forma de contrato? Una respuesta precipitada podría ser aquella que se da en el camino de la indisponibilidad del cuerpo humano y la imposibilidad de establecer un contrato – aunque no oneroso – que tuviera como objeto un bien extrapatrimonial. Sin embargo, a partir de las posiciones adoptadas en esta investigación (incluso desde el caso concreto tomado como parámetro), hay que considerar otra vía de reflexión. Así, al identificar la disponibilidad *prima facie* del cuerpo humano, principalmente cuando se entrevé el altruismo del disponente y la búsqueda de la plena realización de su personalidad, es posible el tránsito del material biológico humano en la realidad. Si en la realidad la relación es posible, ¿cómo puede considerarse apto el modelo contractual que no consigue lidiar con ella?

Ahora pensemos en otra hipotética situación: imaginemos al paciente proponiendo que la cesión sea onerosa. Argumentando con el médico que, a pesar de creer en el potencial de la investigación para su propio tratamiento, vislumbra un considerable lapso de tiempo hasta que la cura de la enfermedad sea encontrada. Un período de tiempo que, a pesar del bien psíquico derivado de la esperanza renovada, conllevaría considerables gastos financieros con las terapias tradicionales. Propuesta comercial que toparía con la positivación de que se prohíbe la comercialización del cuerpo humano (identificada en la casi totalidad de los Estados Sociales y Democráticos de Derecho). Se plantea: ¿esta prohibición es absoluta? Se defiende aquí que el formato engendrado en la modernidad, de existencia de derechos absolutos, no se ajusta a la contemporaneidad. Por lo tanto, con relación al análisis de un caso concreto, la prohibición pueda ser relativizada ante los derechos fundamentales implicados. Jerarquización individualización-sistemática

que, al considerar que la contratación onerosa puede ser la más eficiente como garantía para el libre desarrollo de la personalidad del paciente, así como para la efectivización de la dignidad de la persona humana, puede alejar la restricción positivada para la libertad.⁷⁶⁷ En este sentido, la realidad puede contener situaciones en las que resultan plenamente aceptables (e incluso defendibles) para el establecimiento de relaciones interprivadas onerosas que implican material biológico humano. Aquí, conviene señalar que el análisis para justificar una relación onerosa toma en consideración el hecho de que el paciente necesitaba la extracción del órgano (recomendación médica), así como de que éste podría ser cuantificado económicamente debido a la investigación que se desarrollaría. Así, de ninguna forma se pretende en esta investigación la defensa de que los órganos humanos (como, por ejemplo, riñones sanos) deban ser libremente comercializados. Hecha esta rápida aclaración, retomamos la cuestión central: ¿se puede considerar apto el modelo contractual que no consigue manejar una relación interprivada (onerosa o no) que implican material biológico humano?

Como tercera hipótesis, vamos a realizar una nueva alteración en el “caso Moore”. En lugar de la extracción del bazo del paciente los médicos sólo desean la extracción de algunas células de su cuerpo con fines de investigación y desarrollo de nuevos tratamientos médicos. Una situación en la que no existe una disminución permanente de la integridad física del cuerpo humano y en la cual se pretende el tránsito de material genético (tal como en el caso de venta de semen y óvulos en Alemania). ¿Sería posible a partir de la tradicional visión del contrato (que continúa con algunas ataduras a la modernidad) establecer una relación onerosa de tránsito de material de genética humana? Es decir, a pesar de que guarda una similitud con la venta de esperma (en la medida en que consiste en una mera disposición de material genético humano sin

⁷⁶⁷ BORGHETTI CANTALI, F., *Direitos da personalidade, cit.*, pp. 234-235.

disminución de la integridad física), la falta de una legislación permisiva ¿sería una justificación suficiente para rechazar una relación interprivada?

Retomemos el caso concreto por el que Moore utilizó una posición subjetiva de derecho fundamental (integridad física) para que los médicos pudieran extraer su bazo (derecho de personalidad). En el caso americano se observa que hubo, mediante consentimiento del paciente, la disposición de parte de su cuerpo. Así, independientemente de que el Poder Judicial americano (en mayor o menor medida) haya tratado el material biológico humano como propiedad, lo cierto es que hubo tránsito (el bazo fue extirpado del paciente y quedó en manos de terceros). El caso en cuestión demuestra que, por mayores dificultades que el Derecho encuentre para manejar la cuestión, en una sociedad tecnológica, no sólo existe, sino que tiende a crecer el tránsito de material biológico humano.

Se observa que las “propuestas” llevadas a cabo en los párrafos anteriores parten de la interpretación adoptada en esta investigación de que hay disponibilidad *prima facie* del cuerpo humano. Además, parten de la lógica de que es posible establecer contratos onerosos que implican el *vivant*, ya que en la realidad contemporánea las relaciones interprivadas no sólo existen, sino que en las diversas situaciones son socialmente aceptadas. Por lo tanto, del anonimato en la donación de semen— que podría extenderse a otras modalidades de tránsito de material genético humano — se deduce que la distinción entre identidad genética y civil representa una realidad en un sistema jurídico. Así la realidad por sí misma se refiere a una especialización de los derechos de personalidad, en la medida en que se conocen y se propagan los datos genéticos y que no se refieren necesariamente a la publicidad de la identidad civil. Disociación que a pesar de aparentar sencillez, guarda una alta complejidad, en la medida en que acaba por rehacer el hilo-conductor para la viabilidad de los contratos destinados al tránsito de material genético humano. En otras palabras, a pesar de que el tránsito de

material genético humano (derecho de personalidad) implique una disposición no temporal (en la medida en que asume la condición de información) resulta que una eventual disociación de la identidad civil consiste en un camino adecuado hacia la comprensión de los contratos aquí defendidos.

De las hipótesis anteriormente planteadas, se deriva que las nuevas biotecnologías pueden dar origen a una serie de contratos entre privados cuyo objeto consista en el material humano (aquí tomado como referencia el material genético humano que no implique una disminución permanente de la integridad física). Oportunidad en la que se puede hacer referencia con la inseminación artificial, como biotecnología ya ampliamente utilizada por el ser humano, como origen de contratos entre privados. Se entiende que, incluso ante las limitaciones técnicas y jurídicas aún existentes sobre esta modalidad de procedimiento, el paciente y el médico, actualmente, pueden contratar la prestación del servicio – ajustando valores, especificaciones de los procesos que se van a utilizar, privacidad de datos, responsabilidad civil, entre otros. Situación semejante se experimenta – aunque existan limitaciones técnicas y jurídicas – en los procedimientos de la reproducción asistida.⁷⁶⁸ Biotecnología que permite a la mujer imposibilitada a gestar, la inclusión de material genético de tercera persona, con el fin de generar un hijo suyo. Procedimiento que posee toda una complejidad jurídica vinculada y que indiscutiblemente se refiere a una serie de relaciones privadas. Deberá contarse con el consentimiento informado – que por su relevancia será abordado en apartado propio (4.3.3), así como contrato(s) de prestación de servicios con el médico responsable por el procedimiento y otros.

⁷⁶⁸

Aquí reflexionamos sobre la técnica en sí y desde la filosofía del derecho; es decir no considerando las limitaciones positivadas en cierto(s) Estado(s).

Un ejemplo menos palpable, pero que implica una biotecnología bastante imaginada por la humanidad, consiste en la posibilidad de desarrollo, haciendo uso de células madres embrionarias, de órganos humanos generados y mantenidos *in vitro* con la finalidad de reposición. Una técnica que, cuando resulte disponible, ciertamente demandará una serie de contratos entre particulares. Contratos que implican la “vida”, de hecho serán tema de los derechos fundamentales, derecho de personalidad y dignidad de la persona humana. La Biotecnología proporciona un vasto campo para la celebración de contratos entre particulares, incluso, como aquí se defiende, en las relaciones en las que el *vivant* consiste en el objeto. Relaciones contractuales que, implica – o implicaría – privados detentadores de derechos fundamentales, que posiblemente – o ciertamente – implicarán colisiones en los derechos de cada parte involucrada. Relaciones contractuales éstas que deberán ser analizadas en el tópico-sistemático. Se rechaza el carácter absoluto de los derechos – adiós a la modernidad –, comprendiendo que todos los derechos pueden ser relativizados, incluso los derechos de personalidad y la dignidad de la persona humana (pese a la dignidad de terceros).

En la sociedad tecnológica resulta innegable el tránsito de material genético humano. Circulación del cuerpo humano que, aunque no prevista o incluida en el Derecho, en la realidad es necesaria (ante las nuevas biotecnologías tiende a aumentar) en las relaciones interprivadas.

4.3.2.2. Qué Derecho es este: ¿Quién define que sólo una de las partes puede beneficiarse económicamente?

En el “caso Moore”, como hemos visto, es indiscutible la incidencia de la disposición del cuerpo humano mediante un consentimiento (aquí no se pretende debatir si es suficientemente informado o no) que caracteriza una relación interprivada en la que una de las partes se beneficia

económicamente (la UCLA obtuvo la patente de célula replicante que alcanzó un elevado valor económico). Una relación jurídica entre particulares en la que el material genético humano, mediante la investigación científica, recibió una significativa cuantía económica en beneficio de sólo una de las partes.

Cabe plantearse: ¿qué Derecho es ése que, además de cerrar los ojos ante la realidad (no admite o no toma en consideración el tránsito de material genético humano por medio contractual), hace uso de justificaciones edificadas en la modernidad para validar el enriquecimiento de una de las partes en una relación entre privados? A partir de las posiciones adoptadas en esta investigación, resulta que el Derecho, en la posmodernidad, no puede hurtar al deber de mantenerse apto para manejar la realidad y cerrarse en paradigmas superados. El Derecho merece una interpretación contemporánea para manejar la realidad compleja de la sociedad tecnológica. Un Derecho que tenga como valor guía la solidaridad, ante un caso como el aquí observado, necesariamente, debería, a partir de una noción de sistema, amparar los derechos de ambos afectados (así como los de la sociedad). Ello bajo pena de que al no hacerlo justificaría que el material genético humano sea, a partir de sucesivos fallos y lagunas en el Derecho, un medio de enriquecimiento de unos en detrimento de otros. Aquí se cuestiona, ¿cuál sería la justificación, en la posmodernidad, para fundamentar que una empresa de biotecnología haga uso del material genético de un individuo para la investigación y que se beneficie de él sin ninguna contrapartida? Por lo tanto, la extrapatrimonialidad de los derechos de personalidad no permite una no cuantificación económica. Además, en un sistema solidario, no existe ningún argumento suficiente para excluir los derechos económicos para quien disponga de su cuerpo y para garantizarlos a quien los disfruta.

Cabe preguntarse si una interpretación contemporánea del Derecho privado, que reconozca la disponibilidad del cuerpo humano existente en la sociedad tecnológica, capaz de comprender y reconocer las relaciones interprivadas de ella consecuentes, ¿no sería un medio bastante más eficaz para garantizar la concreción de los valores de un sistema único, abierto y axiológico? El enriquecimiento de la parte más fuerte, como se produjo en el “caso Moore”, posiblemente deriva de la inercia del intérprete por el hecho de acompañar la sociedad tecnológica. Al no existir un ámbito que permita la contratación del tránsito del material genético humano, una parte fuerte impone su voluntad sobre otra y se beneficia. Si en la práctica se producen actos como este, ¿no sería el momento para que el intérprete supere la clásica idea de resolver las cuestiones de forma meramente reparativa y atenerse a la realidad? Aquí resulta evidente que si el Derecho se forja en la modernidad (aquél que desconocía el tránsito del material genético humano) quedaría superado, siendo injustificable que en una contemporaneidad el intérprete ofrezca soluciones desfasadas con respecto a la realidad (fundadas esencialmente en la patrimonialidad contractual y no en la repersonalización del Derecho).

En definitiva, no se puede defender unas soluciones para los casos concretos basados en presupuestos modernos, bajo pena de cosificar el ser humano en una realidad en la que sus derechos de personalidad ganan flujo en las relaciones jurídicas. Por lo tanto, la revisión del Derecho privado, principalmente en lo que concierne al contrato, supera el mero discurso y gana efectos prácticos que consisten en la búsqueda de una eficiente vinculación con la realidad. Se culmina en la defensa, en el presente estudio, de la posibilidad de establecimiento de contratos biotecnológicos cuyo objeto consista en el material genético humano. Posición que además de ser más acertada desde el reconocimiento de un sistema único, abierto y axiológico, resulta ser la más coherente para la realidad impuesta por la sociedad tecnológica.

4.3.4. Útero de sustitución: ¿una relación que carece de contrato?

El útero en sustitución, habitualmente denominado “vientre de alquiler”, consiste en procedimiento en el cual, tras la realización de una fertilización *in vitro* con los óvulos y espermatozoides, el embrión es transferido al cuerpo de una tercera persona que gestará el bebé.⁷⁶⁹ Una biotecnología humana en que el material biológico humano se transfiere al cuerpo de una tercera persona para que pueda desarrollarse, ya que la madre genética no lo puede hacer.⁷⁷⁰ Procedimiento que, por su proximidad con el objeto de esta investigación, abordaremos muy brevemente, desde la perspectiva de que se puede establecer una relación privada que implique no sólo el tránsito del material biológico como una especie de “alquiler” o “empréstito” del cuerpo humano.

La permisividad con respecto al procedimiento no goza de consenso, razón por la cual tenemos que realizar, inicialmente, algunas breves referencias a la realidad de algunos estados de EEUU que son permisivos con el procedimiento. En estos estados, se atribuye el término *surrogacy* al acuerdo mediante el cual una mujer asume la obligación de gestar un embrión (concebido mediante técnicas de reproducción asistida) y posteriormente entrega el recién nacido a la pareja comitente en cambio de un contraprestación pecuniaria. Existe también la posibilidad de utilizar

⁷⁶⁹ FROZEL DE CAMARGO, J., *Reprodução Humana: ética e direito*, Campinas, SP, Edicamp, 2003: “Portadora subrogada: su uso está indicado cuando los ovarios de una mujer tienen la capacidad para producir óvulos normalmente, pero son incapaces de llevar a término la gestación, por problemas uterinos, malformaciones, etc. En estos casos, el óvulo de esta mujer es fertilizado con los espermatozoides del marido y el embrión es transferido a la portadora subrogada. Madre subrogada: se produce cuando hay una mujer incapaz de producir óvulos funcionales y también de gestar, es el caso, por ejemplo, de mujeres a las que tuvieron que quitar su útero u ovario. En este caso, se puede hasta recurrir a una donante de óvulos y, después, a una “vientre de alquiler” – portadora subrogada; es decir, utilizar mujeres diferentes.”

⁷⁷⁰ BROCHADO TEIXEIRA, A. C., “Conflito positivo de maternidade e a utilização de útero de substituição”, en ROMEO CASABONA, C.; FERNANDES QUEIROZ, J. (Coord.), *Biotecnologia e suas implicações técnico-jurídicas*, Belo Horizonte, Del Rey, 2005.

el óvulo de la mujer que alquila el útero, lo que implica la posibilidad de que ésta opte por no entregar el recién nacido por ser su misma genética. Otra importante cuestión es el desarrollo es la visión de que en EEUU existen localidades en las que se permite la celebración de acuerdo de voluntades con el fin de sustituir el útero, una relación contractual que, incluso, puede ser llevada a cabo de forma onerosa.⁷⁷¹

Como ejemplo de un Estado con permisividad que podríamos calificar de parcial, es Brasil.⁷⁷² Aquí, a pesar de que no exista una legislación propia que autorice la “sustitución del útero”, ante una Resolución del Consejo Federal de Medicina (Resolución 1.957/10 CFM), el procedimiento es una realidad. La citada Resolución establece algunos requisitos para que se implemente el popularmente denominado “vientre de alquiler”, a saber: a) que la madre genética se encuentre imposibilitada de gestar⁷⁷³; b) que el útero en sustitución sea de una pariente, de hasta segundo grado, de los padres genéticos; c) que no exista ningún fin lucrativo en el proceso⁷⁷⁴. Además, conviene señalar que la exigencia de parentesco viene siendo mitigada en Brasil, ampliándose aún más la posibilidad de realizar el procedimiento.

Para que la Biotecnología sea puesta en práctica existe la necesidad de que las partes implicadas firmen un término de

⁷⁷¹ OLAYA GODOY, M., *Régimen jurídico de la tecnología reproductiva y la investigación biomédica con material humano embrionario*, cit., pp. 295-298.

⁷⁷² RODRIGUES JR., W. E.; SILVEIRA BORGES, J., “Alteração da vontade na utilização das técnicas de reprodução humana assistida”, en TRUZZI OTERO, M., *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, IBDFAM: Contratação da ventre de alquiler gratuita e onerosa – legalidade, efeitos e o melhor interesse da criança, São Paulo, 2011.

⁷⁷³ En Brasil, la infertilidad humana se considera una cuestión de salud pública, dado que la Resolución 2.013/13 del CFM refleja la relevancia de las biotecnologías humanas reproductivas siempre que estén amparadas por la ética médica.

⁷⁷⁴ La interpretación mayoritaria se hace en el sentido de que, en Brasil, esta relación debe darse de forma no onerosa. Sin embargo, conviene apuntar que existen autores que defienden la posibilidad de que la relación se dé de forma onerosa, en este sentido *vid.* DUTRA DE ABREU, L., “Renúncia da maternidade: reflexão jurídica sobre a maternidade de substituição - principais aspectos no Direito Português e Brasileiro”, en *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, IBDFAM, Magister, v. 11, ago./set. 2009, p. 102-104.

consentimiento, no sólo testificando la ciencia de los procedimientos, sino expresando la no existencia de cualesquiera fines económicos en el acto. Aquí la primera peculiaridad, además de la participación de los padres genéticos, de la mujer que propone el útero en sustitución y de su cónyuge o compañero, debe haber dos testigos (un requisito concretamente prestado del mundo contractual). Finalmente, resulta necesaria también la presentación de una evaluación psicológica de todos los implicados, un informe médico favorable a la realización de la gestación en el útero en sustitución (todos, para testificar la salud de la persona que gestará).

El término de consentimiento informado, en Brasil, es el documento hábil para el registro del recién nacido gestado en un útero en sustitución. Situación que consiste en la segunda “herencia contractual”, en la medida en que el consentimiento informado posee no sólo un carácter ilustrativo de la paternidad, sino también asertivo como la existencia de una relación de voluntades privadas que implican el tránsito de material genético humano y el uso del cuerpo humano (útero) a favor de intereses de otros. Así, resulta evidente que las partes implicadas, de común acuerdo, mediante el cumplimiento de los requisitos establecidos en la Resolución del CFM y cumplimentando los requisitos formales para el “término de consentimiento informado”, establecen una relación privada cuyo objeto es el “préstamo” del útero humano para la gestación del embrión derivado de terceras personas.⁷⁷⁵ Se trata de una relación privada en la que una persona dispone, aunque temporalmente, de parte de su cuerpo (útero) en beneficio de terceros, así como los proveedores de material genético disponen del embrión para que sea introducido en el cuerpo de una

⁷⁷⁵ NAVES SILVA, F. A., “Gestação de Substituição: Direito a ter um filho”, en *Revista de Ciências Jurídicas e Sociais*, v.1, n.1, São Paulo, 2011, p. 58: “La atribución de maternidad, que se extiende también a la de paternidad, deberá hacerse a la mujer, o a la pareja, encomendada por la técnica médica y participante en el proceso procreativo, tanto que ellos tengan identidad genética o no con los niños. Lo que es preciso aquí es el acto de voluntad manifestado para el ejercicio del método, tomando en cuenta el consentimiento realizado por las partes.”

tercera persona – bajo la cual quedará el “deber de gestar. Aquí se evidencia una biotecnología que, independientemente de la ausencia de una previsión legal, se refiere a una relación contractual.⁷⁷⁶

OLAYA GODOY informa que en Europa existe una sensible reprobación, por la doctrina filosófica y jurídica, al procedimiento del útero en sustitución. Reprobación ésta sensiblemente derivada de un humanismo cristiano para que la contratación sobre el propio cuerpo consiste en una atentado a la dignidad de la persona humana, así como para la cual la filiación deriva esencialmente del parto (la madre en subrogación sería la madre del recién nacido).⁷⁷⁷ Por tanto, la reprobación deriva igualmente de una noción de que la persona que se somete a la condición de gestar el hijo de otros, potencialmente se encuentra en una situación de vulnerabilidad (por ejemplo económica). Éstos son, entre otros, los fundamentos utilizados por los países que reprueban la prácticas del útero en sustitución.

En España, la técnica está prohibida. La Ley 14/2006 (Ley de Reproducción Humana Asistida - LRHA), en su artículo 10.1, establece que la contratación de esta técnica es nula de pleno derecho. Además, el Código Civil establece que la madre es quien da a luz, por lo que se prohíbe otra filiación distinta. El “vientre de alquiler” está prohibido en el país. Por lo tanto, incluso los que siguen esta línea de interpretación afirman que se trata de una prohibición civil, en la medida en que la mujer responsable por la gestación está impedida de prescindir de la filiación.⁷⁷⁸

⁷⁷⁶ La falta de una legislación específica que regule esta relación privada se refiere al debate relativamente no sólo con la maternidad, sino también con el incumplimiento de las obligaciones asumidas por la titular del útero en sustitución. Estos temas, a pesar de ser bastante significativos, no serán aquí profundizados, siendo relevante, para esta Tesis Doctoral, la caracterización de una relación privada que consiste en un verdadero contrato biotecnológico.

⁷⁷⁷ OLAYA GODOY, M., *Régimen jurídico de la tecnología reproductiva y la investigación biomédica con material humano embrionario*, cit., p. 300.

⁷⁷⁸ OLAYA GODOY, M., *Régimen jurídico de la tecnología reproductiva y la investigación biomédica con material humano embrionario*, cit., pp. 303-308.

Existe también una posición minoritaria a favor de que esta práctica no se prohíba en España. Para ATIENZA⁷⁷⁹ la legislación española no establece una prohibición para la puesta en práctica de la técnica, sino una previsión de nulidad de los contratos que la establezcan. Una diferencia que desde el punto de vista estrictamente positivista ya sería suficiente para rechazar la interpretación de que existe una verdadera prohibición de la técnica. No obstante, el autor observa como inexistente cualquier ilícito moral o incluso el atentado a cualquier principio bioético.

Desde un análisis sistemático axiológico del ordenamiento español, los valores y principios constitucionales deberían permitir la interpretación de permisividad: a) desde el punto de vista de la pareja que aspira a un(a) hijo(a) se observa que su dignidad está densificada en el derecho a la filiación, en su libertad, entre otros; b) desde el punto de vista de la persona que “presta” su útero es evidente la densificación del valor de solidaridad en la disponibilidad temporal de su cuerpo (derecho de personalidad) en beneficio de tercero (de forma altruista). La cuestión, pues, no está exenta de densas problemáticas.⁷⁸⁰ Lo que realmente es preciso es la percepción de que el legislador español, en cierta medida, reconoce que la técnica se considera oportuna en una relación entre privados que podría demandar un contrato biotecnológico (lo que el legislador pretendió prohibir desde el Derecho Civil).

⁷⁷⁹ ATIENZA, M., “De nuevo sobre las madres de alquiler”, *El Notario de Siglo XXI*, Julio-Agosto, n. 62, 2015.

⁷⁸⁰ Sobre el tema *vid.* HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A., “Determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución: ¿Hacia una nueva regulación legal en España?”, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 6, n. 2, octubre 2014, p. 147-174; JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J., “Denegación de la inscripción de la filiación determinada por la celebración de un contrato de gestación por sustitución. Comentario a la STS 835/2013, de 6 de febrero de 2014 (RJ 2014, 736)”, en *Rev. Boliv. de Derecho*, n. 18, julio 2014, pp. 400-419.

4.3.5. (Im)posibilidad de defensa de la comercialización del material genético humano

En una investigación enfocada en las relaciones entre privados derivada de las genéticas humanas, constituye un tema de gran relevancia imposibilidad de comercialización del cuerpo humano. Antes de adentrarnos en esta relevante temática, es imprescindible señalar que la comercialización del material genético humano, o su completo rechazo, no consiste en la variable que influye en el resultado de la investigación, en la medida en que las relaciones no onerosas (por ejemplo, la donación de órganos) por sí demuestran la existencia de contratos biotecnológicos en la contemporaneidad. Además, es preciso aclarar que la opción por abordar el tema de la comercialización del cuerpo humano deriva de su relación con el objeto de la investigación, así como de su relevancia para un debate jurídico-filosófico amplio e informado.

El principio ético de la no comercialización del cuerpo humano ha ido ganando adeptos, a lo largo de la historia, en diversos ordenamientos jurídicos. Como ejemplos de los Estados que adoptaron el principio en su contexto constitucional, podemos citar a España y Brasil. En España tenemos la prohibición establecida en la Directiva 44/98/CE mientras que en la Constitución brasileña la prohibición consta en su artículo 199 § 4º. Como otras normas de referencia, que adoptan el principio en examen, cabe citar el Convenio de los Derechos Humanos y Biomedicina (CDHB), la Declaración Universal del Genoma Humano (DUGH), la Convención Bioética Europea, entre otras. Por tanto, en la doctrina, principalmente la inherente a los escenarios español y brasileño, existe un aparente consenso en el sentido de prohibir el comercio del cuerpo humano. Doctrina que suele referirse a tal manera de prohibición como una forma laudable de protección del ser humano, principalmente de los económicamente más débiles, en la medida en que sus condiciones personales – principalmente sus problemas económicos – podrían

implicar una motivación para el comercio desenfrenado y despreocupado ante la dignidad de la persona humana.⁷⁸¹

Desde la perspectiva de protección del ser humano y de su dignidad, a fin de evitar, por ejemplo, la explotación de las personas económicamente menos favorecidas, tenemos la prohibición como opción jurídico-filosófica justificable. Esto significa que el Estado, al garantizar la dignidad de la persona humana, para los casos en los que la venta consista, además de una opresión de los menos favorecidos, en una disminución permanente de la integridad física del ciudadano, puede establecer una restricción con respecto a la disposición onerosa del cuerpo humano.

Como exhaustivamente se ha observado, el material genético humano, en los diversos Estados, es susceptible de ser patentado. Si es posible la patente de material genético humano, como se produjo en el “caso Moore”, es evidente que el mismo pueda asumir la condición de pertenencia y, por consiguiente, agregar la comercialización de sus características. En efecto, la célula de John Moore fue patentada en EEUU, lo que garantizó, a los investigadores y la UCLA, su respectiva comercialización. Hay autores que afirman la plena prohibición de la comercialización, cuando tratan la patentabilidad del material genético humano y defienden que la patente implicaría una invención. Esto significa que para estos autores el material genético humano patentado no consistiría en un cuerpo humano o parte de este.⁷⁸² Argumento este, que resulta débil, en la medida en que el material genético humano que se separa mediante la tecnología puede ser objeto de patente. De donde se deduce que, después de haberlo patentado, el material genético

⁷⁸¹ GÓMEZ SANCHES, Y., “La dignidad como fundamento de los derechos y su incidencia en el posible <<derecho a no nacer>>”, en MAYOR ZARAGOZA, F.; ALONSO BEDATE, C. (coords.), *GEN-Ética*, Madrid, Ariel, 2003, pp. 200-201.

⁷⁸² En este sentido *vid.* CÁRCABA FERNÁNDEZ, M., “La biomedicina ante el derecho: una nueva cultura”, en MÉJUCA, J. (Coord.), *Bioética práctica: legislación y jurisprudencia*, Madrid, COLEX, 2000, pp. 44-46.

humano, indudablemente, asume la condición de aspecto comercializable – aquí la primera relativización de prohibiciones expresadas para el comercio del cuerpo humano.

Existe una parte de la doctrina que suele abordar el tema desde otra perspectiva, es decir la de que el comercio sobre el cuerpo humano es aquél en que se anhela su beneficio. Ésta opta por diferenciar la obtención del beneficio de los casos en los que la disposición del cuerpo humano implique algún tipo de indemnización. CÁRCABA FERNÁNDEZ, por ejemplo, explica que el dinero destinado a indemnizar los gastos del donante del cuerpo no implicaría el beneficio y, por lo tanto, no habría prohibición.⁷⁸³ A partir de la reflexión llevada a cabo por la autora, la prohibición de comercialización del cuerpo humano, por ejemplo, establecida en los Estados español y brasileño, desde una perspectiva de sistema, se dirige a la limitación de los actos de disposición con un mero propósito económico (los que tiene estrictamente como objetivo el beneficio).

El mercado abastecido por órganos humanos extraídos sin la anuencia de su titular (como derecho de personalidad), está prohibido debido a la prohibición de utilizar a otra persona con fines egoístas o incluso lucrativos.⁷⁸⁴ Por otro lado, hay casos en los que la persona pretende, por intereses propios, realizar, por ejemplo, la venta de un riñón para trasplante entre vivos. En este caso, la venta sería inadmisibles esencialmente por la indisponibilidad del derecho de personalidad, en la medida en que implicaría una disminución permanente de la integridad física de la persona humana, sin una necesidad médica, con el estricto

⁷⁸³ CÁRCABA FERNÁNDEZ, M., “La biomedicina ante el derecho”, *cit.*, 45.

⁷⁸⁴ Sobre el tema *vid.* KONDER, C. N., “O consentimento no Biodireito: os casos dos transexuais e dos *wannabes*”, en *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, n.15, 2003.

objetivo de lucro.⁷⁸⁵ Así, el impedimento de la venta derivaría de la indisponibilidad del derecho de personalidad y no de una disposición prohibitiva de la comercialización del cuerpo humano.

Por otro lado, el material genético humano, como es el caso del semen, del óvulo, o incluso de una célula, en la medida en que no impliquen una disminución de la integridad física del titular del derecho de personalidad, es susceptible de disposición voluntaria. Así, parece no existir mayor complejidad en la posibilidad de disposición gratuita de este material biológico humano con fines altruistas. Como ya se ha mencionado, la disponibilidad defendida es la vinculada al libre desarrollo de la personalidad, que difiere sensiblemente de una objetivación de la persona humana. Así, es clara la posición de que la persona humana no debe ser reducida a un mero objeto de derecho, pero tampoco puede ser impedida, por parte del Estado, de realizarse como persona. En este estudio, se ha contemplado el cuerpo humano como derecho de personalidad (y no como propiedad), dado que al reflejar sobre su disponibilidad se han enumerado criterios de disponibilidad centrados en el mantenimiento de la integridad física como derecho fundamental - factores que implican, de por sí, el rechazo de la cosificación del ser humano. Por tanto, adoptamos la posición de que una lógica estrictamente patrimonial, o incluso mercantil, no se incrementa con el cuerpo humano. Es decir, defendemos la necesidad de una lógica propia, fundada en el libre desarrollo de la personalidad y en la solidaridad como valor guía del sistema.

Así, si el titular de una posición subjetiva de derecho fundamental pretende disponer de su cuerpo de forma onerosa a fin de asegurar el libre desarrollo de su personalidad, así como actuando de acuerdo con el valor de la solidaridad (buscando el bien de otros y no estrictamente el

⁷⁸⁵ Sobre la imposibilidad de comercialización *vid.* BERLINGUER, Giovanni; GARRAFA, V., *O mercado humano: estudo bioético da compra e venda de partes do corpo*, Brasília, Universidade de Brasília, 1996, p. 209.

beneficio), resulta que la prohibición al comercio no puede ser considerada como absoluta. Por el contrario, se vincula a la prohibición que puede relativizarse frente a los derechos fundamentales implicados en el caso concreto. Podemos tomar como ejemplo la comercialización de “material” humano renovable, como es el caso de la leche – que consiste en una práctica común y aceptable ante la superioridad de la solidaridad. Por lo tanto, en un caso como el de John Moore, donde una célula de la persona con cáncer puede ser de gran utilidad para la investigación científica, podríamos estar ante una eventual relativización de la prohibición. Sería el caso, por ejemplo, cuando la persona enferma además de pretender hacer el bien a los demás posibilitando la investigación (solidaridad), considera que el acto de disposición permita el desarrollo de su personalidad (por ejemplo dejar un legado a los hijos o para la humanidad). Al ser una persona que posiblemente sufrirá con la evolución de su enfermedad, así como que, eventualmente, padecerá con los costes del tratamiento de salud y subsistencia de su familia, se puede relativizar plenamente la prohibición de comercio del cuerpo humano. Una interpretación contraria implicaría la mera imposición de penuria para el individuo y garantía de las ganancias para los que hagan uso del material. Así, la disposición de los intereses propios, sin que implique una disminución de la integridad física, no necesariamente implica el mero objetivo del beneficio. El disponente, mediante la comercialización, puede quedar efectivamente garantizado en su dignidad como persona humana.

En otras palabras, la prohibición de la comercialización, es considerada en nuestra investigación como una herencia de la modernidad – tiempo de presuntas certezas y de una aplicación cartesiana del Derecho – que no guarda influjo en la contemporaneidad. Aquí se defiende que, con relación al análisis de un caso concreto, una contratación onerosa sería la mejor forma de garantizar el libre desarrollo de la personalidad y la dignidad de la persona humana, la prohibición de

comercialización implicaría no una restricción, sino una verdadera violación de los derechos fundamentales.

4.3.6. Consentimiento informado: del abismo moderno al puente posmoderno

El consentimiento, invariablemente supera las fronteras de aquél estatuido en la modernidad - como requisito primero para la validez de los contratos.⁷⁸⁶ Ya no se configura estrictamente en la manifestación o integración de las voluntades (principalmente a partir de una visión moderna de igualdad formal) para converger hacia un fin deseado (requisito del contrato), en la medida en que la práctica le atribuye (en casos específicos) la verdadera condición de contrato. Esto significa que el “consentimiento suficientemente informado” asume la condición, para las relaciones determinadas, de un contrato en especie: el contrato cuyo objeto es el *vivant*.

La disposición del cuerpo humano (o parte de él), tiene como núcleo el consentimiento del titular de los derechos de personalidad. Consentimiento que debe ser suficiente para justificar el acto comisivo u omisivo que sería imposible sin su existencia. En efecto, para que los médicos procedan a una cirugía de trasplante de riñones entre vivos, resulta necesaria la existencia de un “consentimiento suficientemente informado” por parte del donante (no existe en la doctrina ninguna referencia a la existencia de un contrato formal de donación) y del receptor. Por consiguiente, mediante el consentimiento, el donante está disponiendo de una posición subjetiva de derechos (integridad física, por ejemplo) para que el médico realice la extracción del órgano, así como autorizando que el tercero pueda beneficiarse. Ejemplo éste que posee,

⁷⁸⁶ Sobre el consentimiento como requisito de validez del contrato *vid.* RIZZARDO, A., *Contratos, cit.*, pp. 16-17.

concretamente, la condición de demostrar la relevancia del “consentimiento” para la disposición del cuerpo humano.

La disposición del propio cuerpo implica consentimiento libre e informado. Aquí emergen dificultades que conviene mencionar. Las dificultades vinculadas al consentimiento se encuentran en el campo de la capacidad civil para prestarlo y en sus eventuales defectos. Temas vinculados a la existencia y validez que circulan en el campo del negocio jurídico. En cuanto a su interpretación, es de fundamental importancia la fidelidad del consentimiento a la voluntad de quien consiente (sin olvidarse de las expectativas del otro en la relación).

El consentimiento es la forma de manifestación de libertad de elección de aquél que pretende la disposición sobre el propio cuerpo, elección que necesariamente debe ser informada. Adoptamos la interpretación de que el consentimiento informado presenta la dignidad del disponente como autónoma. Por tanto, las restricciones al derecho de libertad, implica una fundamentación suficiente, bajo pena de asumir la condición de una verdadera violación de los derechos fundamentales. Así que, el consentimiento consiste en una verdadera modalidad de modificación, creación y extinción de las relaciones jurídicas del derecho fundamental. En este sentido, el consentimiento debe ser interpretado a partir del sistema único, abierto y axiológico, y ya no desde una mera previsión legislativa infraconstitucional.

El consentimiento, en términos de disposición del cuerpo humano, por la práctica se firma y debe ser reconocido como un verdadero contrato en especie. Así, defendemos el reconocimiento del “consentimiento informado”, cuando este el único documento que trata la disposición del cuerpo humano, como un verdadero contrato. En otras palabras, si el consentimiento informado posee fuerza, en la sociedad tecnológica, para realizar el tránsito del material genético humano (lo que puede ser observado en un simple consentimiento informado donde se dona semen

a un banco de material genético), se convertirá de hecho en un medio contractual. Por último, un eventual contrato debe reafirmar la necesidad de su revisión para adecuarlo a la realidad.

4.4. Toma de posición personal: la aproximación del contrato a la realidad post-moderna (o incluso post-humana)

El tiempo de un modelo individualista-patrimonialista edificado en el Estado Liberal ha concluido. El Derecho privado ya no puede entenderse como un sistema cerrado y autosuficiente. Se ha apuntado un cambio de paradigma a partir de lo post-guerras con la repersonalización del Derecho, la publicización y la constitucionalización del Derecho privado. El individuo de la modernidad (sujeto de derechos abstracto) pierde espacio y lo gana la persona humana inserta en una sociedad. Para el Derecho significa todo un replanteamiento y, para el Derecho privado en concreto, una creciente humanización y apertura para la realidad. ¿Y para el contrato? Para el contrato significa especialmente el alejamiento de una noción formal de igualdad entre los contratantes para aproximarse a una material (donde aspectos sociales y económicos de los contratantes asumen relevancia para la relación interprivadas). Una posmodernidad en la que los valores reivindican su puesto en un sistema único, abierto y axiológico. Un espacio-tiempo en el que el Derecho se interpreta como un todo, alejándose visiones fragmentadas y fragmentarias.

Se pone de manifiesto la necesidad de configurar un concepto posmoderno de contrato. Se defiende, no un concepto, sino una noción abierta y permeable de los contratos entre particulares - como relaciones interprivadas insertadas en un sistema. Esta dimensión ofrecida al contrato, permitió entender porqué la doctrina deja de explicar relaciones como la “donación de órganos” para trasplantes entre vivos – una relación interprivada socialmente aceptada y reconocida. En la sociedad

tecnológica, el tránsito de material biológico humano es una realidad para la cual el intérprete no puede deliberadamente cegarse.

Llega el momento de adoptar una posición personal sobre la necesaria aproximación del Derecho y, principalmente del contrato, con la realidad. En esta investigación se ha adoptado la interpretación de que el iluminismo (disciplinado – tiempo de certezas) sufre ante de un existencialismo (complejo, multifacético e interdisciplinario – tiempo de incertidumbres). Las dicotomías de la modernidad no merecen espacio (a pesar de reconocerse que no están totalmente superadas), principalmente la del público-privado y la de sujeto-objeto, debiendo el intérprete liberarse de estas amarras impuestas y que, aún hoy en día, atenazan a muchos. Reconociendo alguna influencia de FOUCAULT⁷⁸⁷, en esta investigación se entiende que los conceptos y el positivismo formal y abstracto deben ser superados en cíclica y constante epistemología.

Un contrato, entendido como parte de un todo que es el sistema axiológico, guiado por el valor de la solidaridad y del principio de la dignidad del hombre como autonomía (dignidad no individualista sino entendida como intersubjetiva, referida a sujeto insertado en una sociedad), consista en una efectiva aproximación con la realidad social. Un contrato que ya no tiene como contratante el *Homo Economicus* – un ser desprovisto de sentimientos extraños a la codificación, limitado a ser propietario y contratante⁷⁸⁸ -, sino a una persona humana – aquella inserta en una colectividad, sujeta y detentora de derechos fundamentales, de dolores y amores. Un contrato en el que la libertad e igualdad siguen siendo el enfoque, para no perder el sentido material de los derechos– en el que las desigualdades entre los contratantes y los reflejos sociales deben ser tomados en cuenta.

⁷⁸⁷ FOUCAULT, M., *As palavras e as coisas*, São Paulo, Martins Fontes, 2002.

⁷⁸⁸ ARONNE, R., *Direito Civil-Constitucional e Teoria do Caos*, cit., pp. 42.

Es aquí donde el contrato deja de ser aquél que era, versando sólo sobre objetos concretos y patrimoniales, con sujetos abstractos, y con parámetros meramente positivados, para abrirse para la realidad social. El contrato merece ser replanteado e interpretado desde una noción de sistema abierto – como permeado por la realidad social -, bajo pena de que la crisis de la modernidad se transforme en una crisis de la posmodernidad. Sostenemos que sólo a partir de una aproximación del contrato para la realidad pueden comprenderse y manejarse relaciones entre privados derivadas de las nuevas biotecnologías humanas: los aquí denominados contratos biotecnológicos.

CONCLUSIONES

La investigación realizada ha ido ofreciendo una serie de conclusiones puntuales a lo largo de los diferentes Capítulos de esta Tesis Doctoral, pero conviene que afinemos y profundicemos en algunos puntos iusfilosóficos instigadores. Así, destacamos las siguientes conclusiones:

PRIMERA. Defendemos en esta investigación la superación de los conceptos tradicionalmente ofrecidos por la doctrina jurídico-filosófica para la Biotecnología, especialmente los que se basan estrictamente en aspectos técnico-científicos. Superación aquí impulsada a partir de la comprensión de que la Biotecnología, en la medida en que posee una directa relación con todo el medio ambiente – que de hecho, a su vez, guarda una íntima relación con la vida de los seres humanos, como se destaca en la *Laudatio sí*, de 24 de mayo de 2015, del Papa Francisco -, no debe cerrarse en un concepto rígido-fijo, tal como el que la limita a las tecnologías aplicadas sobre seres vivos inferiores. Si el ser humano forma parte del medio ambiente y con este se relaciona íntimamente su vida, concluimos que la Biotecnología debe ser entendida como su extensión.

A partir de la noción de que la Biotecnología abarca a los seres humanos, acompañado por el creciente número de tecnologías aplicables a la estructura biológica del propio hombre, defendemos, en esta

investigación, que aquélla demanda unos constantes e incesantes análisis éticos. A partir de esta visión sostenemos que la Biotecnología está insertada en la Bioética, en la medida en que ésta posee la condición de un referencial más amplio, denso y completo. La defensa de que la Biotecnología forma parte de un conjunto mayor que es la Bioética, conlleva, a su vez, el reconocimiento de que el principialismo bioético se aplica integralmente a la misma. Por ello, la Biotecnología es considerada como una ciencia transdisciplinar, en la medida en que además de la técnica, en la misma confluye un amplio espectro de saberes de forma simultánea y compleja. La confluencia de mayor relevancia en esta investigación es la de la ética y la biotécnica, bajo la perspectiva de la filosofía-jurídica.

No conviene intentar establecer un concepto único para la Biotecnología. El cierre en un concepto hermético ante la realidad imposibilitaría el manejo con las nuevas tecnologías que rutinariamente surgen, así como con todas las cuestiones éticas adscritas. A partir de la observación de la insuficiencia de un concepto rígido, concluimos que el esfuerzo conceptual consiste en una pérdida de tiempo. Por lo tanto, consideramos que la mejor forma de trabajar la Biotecnología se mueve a través el reconocimiento de sus contornos, sin que éstos sean establecidos como estancos, para que pueda identificarse como el uso de nuevas tecnologías sobre la vida (en un sentido amplio); como parte de un conjunto más amplio que abarque la Bioética y, por último, para que se reconozca su íntima relación con los derechos fundamentales.

SEGUNDA. Al centrar la atención en esta investigación sobre las genéticas humanas – en cuanto nuevas biotecnologías en el campo de la genética humana – y su proximidad a la ética y a los derechos fundamentales, defendemos, en esta Tesis Doctoral que:

a) Las posturas bio-conservadoras, principalmente las centradas en los aspectos esencialmente religiosos, carecen de apoyo en una sociedad

tecnológica. Afirmación que llevamos a cabo a partir del reconocimiento de que no todas las personas afectadas por la biotecnología la observan desde el prisma de la religión, así como que la imposición de una visión contraria a las genéticas hiere tanto las nociones de individualidad como su alteridad. Al observar que una vasta gama de genéticas humanas poseen como objetivo la cura de las enfermedades y la mejora de la calidad de vida de los seres humanos, lo cierto es que – al menos antes de un análisis serio y ético en situaciones concretas – no pueden ser consideradas como una afrenta a la dignidad de la persona humana. Interpretación que nos conduce al alejamiento de las posiciones estrictamente contrarias a la puesta en práctica de estas nuevas tecnologías en la especie humana.

b) El fenómeno denominado transhumanismo, en cuanto uso libre e ilimitado de la tecnología para mejorar al ser humano, atenta diametralmente contra la afirmación de que las nuevas biotecnologías humanas están íntimamente relacionadas con la ética. En esta investigación, a pesar de defender la posibilidad de utilizar las genéticas humanas, sobre todo con el propósito de garantizar la dignidad de la persona humana, refutamos las posiciones que consideran que la genética que se dirige a la mejora del ser humano deba ser puesta en práctica de forma ilimitada e independientemente de un previo análisis ético. Por lo que, aunque en este estudio no se adopte una postura transhumanista, tenemos que concluir que el uso de la genética humana, siempre que se base en fundamentos éticos y en la garantía de los derechos fundamentales, no implica necesariamente un abandono de la condición humana; es decir, no aboca necesariamente hacia el denominado post-humano.

d) Cuando observamos al ser humano, ya sea por el orden de la naturaleza, ya sea por su labor, constatamos que, a lo largo de su existencia, su esencia ha sido constantemente remodelada – afirmación

ésta que incluso puede encontrar sustento en la reciente encíclica *Laudatio sí* -. Defendemos que la evolución humana, como la observada en la superación de las discapacidades físicas y psíquicas, o incluso la potenciación del proceso evolutivo mediante la Biotecnología, no implica, invariablemente, la deshumanización o el establecimiento de un ser post-humano. La puesta en práctica de las genotécnicas humanas, incluso con los eventuales efectos de mejora en el individuo o en la especie, no implica necesariamente la adopción de la interpretación de que hay que hablar de un ser post-humano, puesto que el hombre sigue siendo humano.

TERCERA. La tradicional afirmación de que los derechos fundamentales son indisponibles precisa de una profundización detallada. A pesar de que la parte sensible de la doctrina no se atenga a una diferenciación, defendemos que la indisponibilidad de los derechos fundamentales consiste en el impedimento de restricciones en su ámbito objetivo – es decir, en su contenido normativo y en su titularidad –, ya sea por parte del Estado o por particulares, mientras que su espectro subjetivo admite la disponibilidad. Así que apoyamos la disponibilidad en base: a) a la observación de una serie de situaciones cotidianas en las que los individuos disponen de posiciones subjetivas de derechos fundamentales; b) a la interpretación de que un derecho fundamental no es estructuralmente disponible o indisponible; c) a la asunción de la iusfundamentalidad - en un ordenamiento jurídico que no establezca constitucionalmente una indisponibilidad de posiciones jurídicas de derechos fundamentales - del derecho general a la libertad.

Llegamos a la conclusión de que la disponibilidad está vinculada a la autonomía del titular de la posición subjetiva de derecho fundamental. Así, respaldamos que la disposición implica una manifestación autónoma del titular en el sentido de que un tercero actúe en su lugar. Esto significa que defendemos que la disposición implica una intersubjetividad. La

disposición puede consistir en el efectivo ejercicio del derecho o incluso el ejercicio del derecho puede implicar una disposición de posición subjetiva de derecho fundamental. En este estudio sostenemos que la autonomía privada es un derecho fundamental, razón por la cual no pueden aceptarse las posiciones que consideran que los derechos constitucionales serían un límite para – al menos no antes de que la condición de límite sea reconocida- con relación a la solución de un conflicto de derechos fundamentales en un caso concreto.

CUARTA. Los derechos de la personalidad, con la llegada de los fenómenos de la re-personalización, publicización y constitucionalización del Derecho, abarcan una dimensión existencial de la persona humana, es decir, asumen un objeto claramente extra-patrimonial. Al observar que la doctrina suele atribuir a menudo un carácter absoluto a los derechos de la personalidad (así como sucede con los derechos fundamentales), podemos concluir que esta afirmación corresponde a la oponibilidad pasiva universal y no al contenido del derecho. Así que, los derechos de la personalidad, frente a otros derechos y a los derechos de terceros, se relativizan y por lo tanto no pueden ser entendidos como absolutos. Tal como los derechos fundamentales, los derechos de la personalidad son disponibles, principalmente cuando la disposición consiste en una condición para el pleno desarrollo del hombre y en la garantía de la dignidad de la persona humana.

A partir de la noción de que el cuerpo humano y, más concretamente, el material genético humano, consiste en derechos de personalidad, defendemos su disponibilidad (principalmente cuando no existe una disminución permanente de la integridad física por parte de quien dispone). Interpretación a partir de la cual afirmamos que el material genético humano, pese a la posibilidad de una disposición de posición subjetiva de derechos fundamentales, además de poseer las condiciones de ser objeto de relaciones entre privados, acaba permitiendo el

establecimiento de unas nuevas relaciones interpersonales. Interrelaciones privadas que, en esta Tesis Doctoral, han sido denominados como contratos biotecnológicos.

QUINTA. La libertad contractual merece ser considerada como la regla general, siempre que no implique la vulneración o violación de los derechos fundamentales y de la dignidad de la persona humana (ya sea del contratante, ya sea de terceros). Conclusión que reafirma la noción de que los derechos fundamentales poseen eficacia directa en las relaciones entre privados.

SEXTA. Al adoptar la noción de la existencia de un derecho general de libertad, ya sea ante la previsión expresa en un cierto texto constitucional o mediante una interpretación a partir de los derechos fundamentales, sostenemos que el Estado sólo podrá limitarlo a través de una suficiente argumentación (consistente en una defensa de los derechos fundamentales). A pesar de la existencia de un derecho general de libertad, abogamos por la necesidad de un paternalismo jurídico justificado, en la medida en que el Estado, ante la existencia de personas con capacidad de raciocinio reducida o ausente, tiene motivos suficientes para llevar a cabo intervenciones en las relaciones entre privados. Intervenciones estas que debe tener un carácter temporal y destinarse al bien del propio titular de la posición subjetiva de los derechos fundamentales. Sin embargo, si las partes tienen la plena capacidad de raciocinio y una suficiente información, defendemos que un paternalismo jurídico no se justifica. Un paternalismo jurídico en situaciones de igualdad entre las partes corresponde a una desmedida disminución de la libertad individual. Es cuando nos encontramos con que un paternalismo jurídico no justificado pueda asumir la verdadera condición – indeseada – de una domesticación y estandarización del hombre.

SÉPTIMA. El contrato en la contemporaneidad experimenta un renovado principialismo, en el cual la autonomía privada ya no posee una

aplicación separada, sino que es dirigida por el valor de la solidaridad. En esta investigación consideramos que la autonomía privada no pierde relevancia en el ámbito contractual, sino que comienza a estar vinculada con el valor de la solidaridad. Valor éste que, a su vez, densifica el principio de solidaridad contractual, de la buena fe objetiva contractual y de la función social del contrato. Así, la libertad de contratación permanece, pero deja de centrarse estrictamente en la búsqueda de los intereses del contratante, desde la interpretación de que el contrato tiene lugar en la sociedad y tiene efectos sobre la colectividad, para asumir una postura de respeto y consideración para los sujetos externos a la relación. Aspectos que nos conducen a la defensa de la autonomía privada como permeada por la alteridad. Por lo tanto, sostenemos en esta investigación que la solidaridad consiste en la teleología axiológica en las relaciones entre particulares.

OCTAVA. A partir de la constatación de que en la posmodernidad el ser asume el puesto de posición principal del sistema, argumentamos que la re-personalización del Derecho incluye al hombre-contratante y, por lo tanto, influye en los contratos. Lo que implica la interpretación de que el patrimonio, que de hecho no deja de poseer una gran relevancia en el ámbito de los negocios jurídicos, pierde la posición central recibida en la modernidad.

En esta Tesis Doctoral argumentamos que incluso la doctrina más actualizada para hacer frente a la despatrimonialización del contrato lo hace de forma insuficiente. Afirmación basada en el hecho de que incluso la doctrina más aventajada entiende que la despatrimonialización consistiría en una alteración de paradigma (desplazamiento del enfoque desde el *tener* hacia el *ser* que en efecto consiste en la mencionada re-personalización), cuando en efecto aquélla consiste en el reconocimiento de que bienes extrapatrimoniales, tales como las posiciones subjetivas de los derechos de personalidad, pueden asumir la condición de objeto

contractual. Por lo tanto, se concluye que, en la posmodernidad, sobre todo como resultado de las genotécnicas humanas, son plenamente posibles las relaciones contractuales que no impliquen un contenido patrimonial; es decir, bienes extrapatrimoniales (existenciales) que transitan en la sociedad tecnológica.

Al constatar que en la sociedad tecnológica existen una serie de relaciones entre privados derivadas de las nuevas biotecnologías humanas, en las cuales el material genético humano asume el puesto de objeto relacional, el propio modelo tradicional del contrato – aquél que exige un objeto y contenido patrimonial – entra en crisis. Por lo tanto, llegamos a la conclusión de que la realidad social, en la cual las relaciones entre privados relativas a las nuevas biotecnologías humanas permiten el tránsito de bienes extrapatrimoniales, conduce a la necesidad de una revisión de la teoría del contrato.

NOVENA. Defendemos en este estudio que el consentimiento suficientemente informado supera el mero carácter de condición del contrato – abogado desde una noción tradicional – para asumir el verdadero puesto de un contrato en especie. Aquí sostenemos que si un consentimiento informado puede consistir en un medio adecuado para la disponibilidad de las posiciones subjetivas de los derechos de la personalidad en una relación entre particulares o incluso para el tránsito de material genético humano, y si está sometido a las condiciones de validez y eficacia, el mismo asume la verdadera condición de un contrato en especie. Cuando el consentimiento se dirige a la puesta en práctica de genotécnicas humanas, defendemos que representa un contrato biotecnológico en especie.

DÉCIMA. Esta investigación consiste una verdadera entropía, en la medida en que desde la observación de los movimientos de negociación existentes en la sociedad tecnológica, más específicamente a partir de la demostración de que el material genético humano sea objeto de tráfico en

la contemporaneidad mediante el establecimiento de relaciones entre privados, es que el Derecho merece ser interpretado y aplicado desde la noción de sistema jurídico único-axiológico y de epicentro constitucional, con el fin de que sea capaz de hacer frente a la realidad. Lo que significa afirmar que las nuevas biotecnologías avanzan con mayor velocidad que la positivación jurídica, lo que conlleva que el Derecho, mediante la hermenéutica jurídica, oriente la realidad de la sociedad tecnológica (lo que en esta Tesis Doctoral hemos considerado como el deber del Derecho de mantenerse adecuado a la realidad).

BIBLIOGRAFIA

AGAMBEN, Giorgio, *Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua*. Tradução de Henrique Burigo, Belo Horizonte, Editora UFMG, 2002.

ALBERT, Marta, “El caso Brüstle v. Greenpeace y el final de la discriminación de los embriones reimplantarios”, en *Cuadernos de Bioética*, v. XXIV, n. 3, 2013, p. 475-496.

ALEGRE MARTÍNEZ, Miguel Angel, *La dignidad de la persona como fundamento del ordenamiento constitucional español*, León, Universidad de León, 1996.

ALEXY, Robert, “Direitos Fundamentais no Estado Constitucional e Democrático: para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional”, En *Revista de Direito Administrativo (RDA)* nº 217, 1999.

ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Traducida por Ernesto Garzón Valdés, 3ª ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ALEXY, Robert, “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, En *Doxa*, n. 05, 1988.

ALMEIDA MARQUES, José Oscar de, “Sobre as regras para o parque humano de Peter Sloterdijk”, em *Revista Internacional de Filosofia e Práticas Psicoterápicas*, São Paulo (PUC), Vol. IV n. 2, 2002, p. 363-381.

ÁLVAREZ GÁLVEZ, Íñigo, *La eutanasia voluntária autónoma*, Madrid, Dykinson, 2002.

AMARAL, Francisco, *Direito civil: introdução*. 6. ed. rev., atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ANDRADE CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo, “Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito: um ensaio de teoria da interpretação enquanto teoria discursiva da argumentação jurídica de aplicação”, em ANDRADE CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo (org.), *Jurisdição e hermenêutica constitucional*, Belo Horizonte, Mandamentos, 2004.

ANDRADE CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo, “A ponderação de valores na jurisprudência recente do STF: Uma crítica teórico-discursiva aos novos pressupostos hermenêuticos adotados na decisão do HC n. 82.424-2-RS”, em ADÉRCIO LEITE SAMPAIO, José (org.), *Constituição e crise política*, Belo Horizonte, Del Rey, 2006.

ANGOITTIA GOROSTIAGA, Víctor, *Extracción y transplante de órganos y tejidos humanos: problemática jurídica*, Madrid, Marcial Pons, 1996.

AQUARONE, Eugênio; BORZANI, Walter; ALMEIDA LIMA, Urgel de (coord.), *Tópicos de microbiologia industrial*, São Paulo, Ed. da Universidade de São Paulo, 1975.

APARISI MIRALLES, A., “En torno al principio de la dignidad humana (A propósito de la investigación con células troncales embrionarias)”, en *Cuadernos de Bioética*, vol. 15, n. 54, 2004.

APARISI MIRALLES, A., “Bioética, bioderecho y biojurídica (reflexiones desde la filosofía del derecho)”, en *Anuário de filosofia del derecho*, n.24, 2007.

APARISI MIRALLES, A., “El principio de la dignidad humana como fundamento de un bioderecho global”, en *Cuadernos de Bioética XXIV* 2013/2.

APARISI MIRALLES, A., “El conflicto de intereses en la abogacía. Reflexión filosófico-jurídica. Disponible en http://www.fbe.org/IMG/pdf/Report_Angela_Aparisi-5.pdf. Consultado el 26 de agosto 2015.

APARISI MIRALLES, A., *La dignidad humana como fundamento del orden jurídico positivo*. Disponible en <http://www2.unis.edu.gt/ap/fetch/dignidad-humana-fundamento-orden-juridico.pdf> . Consultado el 17 de agosto 2015.

APARISI MIRALLES, A.; LÓPEZ GUZMÁN, J. “Biotecnología y patentes: ¿reto científico o nuevo negocio?” *Cuadernos de bioética*, Vol. 10, Nº 38, 1999, pp. 282-288.

ARONNE, Ricardo, *Propriedade e domínio: reexame sistemático das noções nucleares de direitos reais*, Rio de Janeiro, Renovar, 1999.

ARONNE, Ricardo, *Por uma nova hermenêutica dos direitos reais*, Porto Alegre, Renovar, 2001.

ARONNE, Ricardo, “Titularidades e apropriação no novo Código Civil brasileiro – breve ensaio sobre a posse e sua natureza”, En SARLET, Ingo Wolfgang (org), *O novo Código Civil e a Constituição*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2003.

ARONNE, Ricardo, *Direito Civil-Constitucional e Teoria do Caos: estudos preliminares*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2006.

ARONNE, Ricardo, *Sistema Jurídico e Unidade Axiológica. Os Contornos Metodológicos do Direito Civil Constitucional*. Disponible en http://cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2013/01/2013_01_00073_00113.pdf. Consultado el 13 de agosto 2013.

ARONNE, Ricardo, “Em defesa dos princípios: sistema jurídico, direito privado e existencialismo”, In DINIZ, João Janquiê Bezerra; RIBEIRO, Marcelo (Coord.), *Constituição, Processo e Cidadania*, Gomes e Oliveira Livraria e Editora, 2014.

ARONNE, Ricardo, *Propriedade e Domínio: a teoria da autonomia: titularidades e direitos reais nos fractais do direito civil-constitucional*, 2. ed., rev. e ampl., Atualizada por Simone Tassinari Cardoso, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2014.

ASSHEUER, Thomas, “Das Zarathustra-Projekt”, *Die Zeit*, n. 36/1999. Disponible en http://www.zeit.de/1999/36/199936.sloterdijk1_.xml. Consultado el 15 de mayo 2015.

ÁVILA, Humberto, “Repensando ‘o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular’”, En SARMENTO, Daniel, *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo a supremacia do interesse público*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007.

BALLESTEROS, J. (ed), *Derechos Humanos. Cocepto, Fundamentos, Sujetos*, Madri, Ed. Tecnos, 1992.

BALLESTEROS, J., "Más allá de la eugenesia: el posthumanismo como negación del *homo patiens*", en *Cuadernos de Bioética*, XXIII, 2012/1ª.

BARCELLONA, Pietro, *Diritto privato e società moderna*, Napoli, Jovene, 1996.

BARROS MONTEIRO, Washington de, *Curso de direito civil: direito das obrigações*, 2. ed., São Paulo, Saraiva, 1962.

BARROSO, Luis Roberto, *Interpretação e aplicação da constituição*, São Paulo, Saraiva, 2006.

BARROSO, Luís Roberto; CAMPOS VELHO MARTEL, Letícia de, *A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida*. Disponible en http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/a_morte_como_ela_e_dignidade_e_autonomia_no_final_da_vida.pdf. Consultado el 31 de mayo 2015.

BAUMAN, Zygmunt, *Modernidade e ambivalência*, Rio de Janeiro, Jorge Zahar, 1999.

BAUMAN, Zygmunt, *Modernidade líquida*, Tradução de Plínio Dentzien, Rio de Janeiro, Jorge Zahar, 2001.

BELLOSO MARTÍN, Nuria, "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.

BELLOSO MARTÍN, Nuria, “La fundamentación de los Derechos Humanos en la doctrina española actual”, En *Estudios filosóficos*, Salamanca, San Esteban, vol.45, nº128, 1996.

BELLOSO MARTÍN, Nuria, “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.

BELLOSO MARTÍN, Nuria, “Algunos efectos perversos de la globalización: las empresas transnacionales y el deber de respecto de los estándares mínimo internacionales de derechos humanos”, en *CEFD*, n.28, 2013.

BELLOSO MARTÍN, Nuria, “De la interpretación jurídica a la hermenéutica constitucional: el criterio de la interpretación evolutiva del Tribunal Constitucional Español”, en *Revista Jurídica do Cesuca*, v.2, n.3, ago/2014.

BELLOSO MARTÍN, N., “La deontología jurídica como el *mínimum ético* en la formación de los operadores del Derecho”, en Cristina Hermida y José Antonio Santos (Coordinadores), *Una Filosofía del Derecho en acción*. Homenaje al Profesor Andrés Ollero. Madrid, Congreso de los Diputados-Universidad Rey Juan Carlos, 2015, pp.131-161.

BENTHAM, Jeremy, *Uma introdução aos princípios da moral e da legislação*. Os pensadores, São Paulo, Abril Editora, 1979.

BERLINGUER, Giovanni; GARRAFA, Volnei, *O mercado humano: estudo bioético da compra e venda de partes do corpo*, tradução de Isabel Regina Augusto, Brasília, Universidade de Brasília, 1996.

BERNARD, Ch., *Como elegir su vida y la muerte*, Barcelona, Argos, 1981.

BERNARDES DE MELLO, Marcos, *Teoria do fato jurídico: plano da existência*, São Paulo, Editora Saraiva, 2007.

BESSONE, Darcy, *Do contrato: teoria geral*, 4. ed., São Paulo, Saraiva, 1997.

BEST, Steven; KELLNER, Douglas, "Biotechnology, Democracy, and the Politics of Cloning", en BRAMAN, Sandra (ed.), *Biotechnology and communication: the meta-technologies of information*, Londres, Lawrence Erlbaum Associates, 2004.

BETTI, Emilio, *Teoría general de las obligaciones*, t. I, Madrid, Editorial Revista de Derecho, 1969.

BEUCHOT, M., "Ética y Justicia en Tomás de Aquino", en *La Ética a través de su historia*. M. Platts compilador. México, UNAM, 1988.

BEVILÁQUA, Clóvis, *Teoria geral do direito civil*, Campinas, Red Livros, 2001.

BILBAO UBILLOS, Juan Maria, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

BILBAO UBILLOS, J.M^a, *Los derechos fundamentales en la frontera entre lo público y lo privado (la noción de State Action en la jurisprudencia norteamericana)*. McGraw-Hill, Madrid, 1997.

BILBAO UBILLOS, Juan Maria, “¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?”, en WOLFGANG SARLET, Ingo (org), *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2003.

BITTAR, Carlos Alberto, *Os direitos da personalidade*, 7. Ed., Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2004.

BLAUG, Sasha; CHIEN, Colleen; SHUSTER, Michael J., “Managing innovation: university-industry partnerships and the licensing of the Harvard mouse”, *Nature Biotechnology*, Volume 22, Number 6, June 2004.

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

BOBBIO, Norberto, *A Era dos Direitos*, 14. ed., Tradução de Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro, Campus, 1992.

BOBBIO, Norberto, *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*, Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues, São Paulo, Ícone, 1999.

BOBBIO, Norberto, *Teoria do ordenamento jurídico*, 10. ed., Brasília, Universidade de Brasília, 1999.

BOCKENFORDE, Ernst-Wolfgang, *Escritos sobre derechos fundamentales*, Traducción de Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez, Alemanha, Baden-Baden, 1993.

BODIN MORAES, Maria Celina, “A tutela da Personalidade no Ordenamento Civil-constitucional Brasileiro”, en TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*, Rio de Janeiro, Renovar, 1999.

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

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

BONAVIDES, Paulo, “A quinta geração de direitos fundamentais”. *Revista Direitos Fundamentais & Justiça*, ano 2, n. 3, p. 82 e ss., abr-jun, 2008.

BONAVIDES, Paulo, *Curso de direito constitucional*, 24. ed., São Paulo, Malheiros, 2009.

BORÉM, Aluizio; SANTOS, Fabrício, “A biotecnologia”, en COSTA, Neuza Maria Brunoro (coord); CARVAHO, Vinicius F. (coord. Técnico). *Biotecnologia e nutrição: saiba como o DNA pode enriquecer a qualidade dos alimentos*, São Paulo, Nobel, 2003.

BORGHETTI CANTALI, Fernanda, *Direitos da personalidade: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana*, Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2009.

BORZANI, Walter; SCHMIDELL, Willibado; ALMEIDA LIMA, Urgel de; AQUARONE, Eugênio (coord), *Biotecnologia industrial: Fundamentos*, São Paulo, Ed. da Universidade de São Paulo, 1995.

BOSTROM, Nick.; SANDBERG, Anders, “The wisdom of nature: an evolutionary heuristic for human enhancement”, en SAVULESCU, J.; BOSTROM, N. (Eds.), *Human enhancement*, Oxford, Oxford University Press, 2009.

BOSTROM, Nick, *What is transhumanism?* Disponible en <http://www.nickbostrom.com/old/transhumanism.html>. Consultado el 20 de mayo 2015.

BOSTROM, Nick, "Transhumanist Values", *Review of Contemporary Philosophy*, v. 4, issue 1-2 [s.d], p. 87-101.

BOTH, Laura Garbini; FIDALGO PINHEIRO, Rosalice, "Notas sobre o objeto contratual em face da biotecnologia a partir do 'Ensaio da Dádiva'", en *Hiléia - Revista do Direito Ambiental da Amazônia* nº 14 |Jan - Jun| 2010, p. 57-77.

BROCHADO TEIXEIRA, Ana Carolina, "Conflito positivo de maternidade e a utilização de útero de substituição", en ROMEO CASABONA, Carlos María; FERNANDES QUEIROZ, Juliane (Coord.), *Biotecnologia e suas implicações técnico-jurídicas*, Belo Horizonte, Del Rey, 2005.

BROWN, Carol-Lynn (ed.), *In vitro fertilization*, Baltimore, 1986.

BU'LOCK, John; KRISTIENSEN, Bjorn, *Biotecnologia básica*, Traducido por Paloma Liras Padín, Acriba Editorial, 1991.

BUENO DE GODOY, Claudio Luiz, *Função Social do Contrato: os novos princípios contratuais*, São Paulo, Saraiva, 2004.

CABRAL PEREIRA FAGUNDES JÚNIOR, José, "Limites da ciência e o respeito à dignidade da pessoa humana", en CORDEIRO LEITE SANTOS, Maria Celeste (org.), *Biodireito; ciência da vida, os novos desafios*, Editora Revista dos Tribunais, 2001.

CALLAHAN, D. , "Escaping from legalism: is it possible?", *Hastings Center Report* 26 (nov-dec), 1996.

CAMBRÓN, Ascensión, “Bioética y Derecho: normar los cuerpos, *UDC*, Rev. 1, 1997.

CAMPOS VELHO MARTEL, Letícia de, “Indisponibilidade de direitos fundamentais: conceito lacônico, consequências duvidosas”, en SARMENTO, Daniel; WOLFGANG SARLET, Ingo (coord), *Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica*, São Paulo, Lúmen & Júris Editora, 2001, p. 75-112.

CAMPOS VELHO MARTEL, Letícia de, “São os direitos como trunfos disponíveis? Reflexões à luz da teoria dos direitos de Ronald Dworkin”, en *CONPEDI*, 2007, Belo Horizonte. Disponible en http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/leticia_de_campos_velho_martel2.pdf. Consultado el 01 de junio 2015.

CANARIS, Claus-Wilhelm, *Pensamento sistemático e conceito de ciência do direito*, Tradução de António Menezes Cordeiro, 3. ed., Lisboa, Calouste Gulbenkian, 2002.

CANARIS, Claus Wilhelm, “A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha”, en WOLFGANG SARLET, Ingo (org.), *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2003.

CANARIS, Claus-Wilhelm, *Direitos fundamentais e direito privado*, Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto, 2^a. reimpressão, Coimbra, Almedina, 2003.

CAPELLA, J. R., *Los ciudadanos siervos*, Madrid, Ed. Trotta, 1993.

CAPEZ, Fernando [et. al], *Curso de direito constitucional*, São Paulo,

Saraiva, 2004.

CÁRCABA FERNÁNDEZ, Maria, “La biomedicina ante el derecho: una nueva cultura”, en MÉJUCA, Juan (Coord.), *Bioética práctica: legislación y jurisprudencia*, Madrid, COLEX, 2000.

CARDOSO BRASILEIRO BORGES, Roxana, “Dos direitos da personalidade”, en LOTUFO, Renan; ETTORE NANNI, Giovanni (coord.), *Teoria Geral do direito civil*, São Paulo, Atlas, 2008.

CARVALHO, Maria Cecília, “Por uma ética ilustrada e progressista: uma defesa do utilitarismo”, en OLIVEIRA, Manfredo (org), *Correntes fundamentais da ética contemporânea*, Petrópolis, Vozes, 2000.

CARVALHO DE MENDONÇA, Manuel Inácio, *Doutrina e prática das obrigações*, Rio de Janeiro, Forense, 1956.

CASADO, Maria, “Implicaciones ético-jurídicas de las patentes biotecnológicas”, en MAYOR ZARAGOZA, Federico; ALONSO BEDATE, Carlos (coords.), *GEN-ÉTICA*, Madrid, Ariel, 2003.

CASTAN TOBEÑAS, José, *Los derechos de la personalidad*, Madrid, Réus, 1952.

CASTILLO VEGAS, Juan, “Las falacias del aborto”, en Narciso Leandro Xavier... [et. al.], *O impacto das novas tecnologias nos direitos fundamentais*, Joaçaba, UNOESC, 2015.

CASTRO Y BRAVO, F., “Los llamados derechos de la personalidad ” *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 12, Nº 4, 1959, pp. 1237-1276.

CATALAN, Marcos Jorge, *Descumprimento Contratual: Modalidades, Conseqüências e Hipóteses de Exclusão do Dever de Indenizar*, 3ª reimpressão, Curitiba, Juruá, 2012.

CAUPERS, João, *Os direitos fundamentais dos trabalhadores e a constituição*, Coimbra, Almedina, 1985.

CIANCIARDO, Juan, “Humana lura. Realidad e implicaciones de los derechos humanos”, En *Natura, ius, ratio. Estudios sobre la filosofía jurídica de Javier Hervada*. En Pedro Rivas (editor) Universidad de Piura – Ara. Lima, 2005.

CORTIANO JUNIOR, Eroulths, Alguns apontamentos sobre os chamados direitos de personalidade, en FACHIN, Luiz Edson (coord), *Repensando os fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*, Rio de Janeiro, Renovar, 1998.

CORTINA, Adela, “Ética na era do consumo”, en PESSINI, Leo; SIQUEIRA, José Eduardo de; SAAD HOSSNE, William (org), *Bioética em tempo de incertezas*, São Paulo, Centro Universitário São Camilo, Loyola, 2010.

CREVILLEN SÁNCHEZ, Clemente, *Derechos de la personalidad: honor, intimidad personal y familiar y propia imagen en la jurisprudencia*, Madrid, Actualidad, 1995.

DANNEMANN, Gert Egon [et al.], *Patentes e marcas no exterior : o que fazer? por qué fazer? como fazer? : um guia prático sobre como proteger sua marca ou patente no exterior*, Rio de Janeiro, SEBRAE/RJ, 2004.

DANTAS, San Tiago, *Programa de direito civil: teoria geral*, 3. ed., Rio de Janeiro, Forense, 2001.

DE CUPIS, Adriano, *I Diritti della personalità*, Milano, Giuffrè, 1950.

DE CUPIS, Adriano, *Os direitos de personalidade*, Lisboa, Livraria Morais Editora, 1961.

DE VERDA Y BEAMONTE, J.R., “El respeto a los derechos fundamentales como límite de la autonomía privada”. En: *Actualidad Jurídica*. Tomo 93, Gaceta Jurídica, agosto 2003.

DEANE, Christine, La percepción social de la biotecnología, en ROMEO CASABONA, Carlos Maria (Ed), *Biotecnología y derecho: perspectivas en derecho comparado*, Bilbao-Granada, 1998.

DEBORD, Gui, *A sociedade do espetáculo*, E-book: eBooksBrasil.org, 2003.

DESCARTES, René, *Discurso do método*, Porto Alegre, L&PM, 2005.

DICK, Philip K., *Androides sonham com ovelhas elétricas?*, São Paulo, ALEPH, 2012.

DÍEZ DIAZ, Joaquim, *Los derechos físicos de la personalidad*, Derecho somático, Madrid, Santillana, 1963.

DÍEZ-PICAZO, Luis; GULLON, Antonio, *Sistema de Derecho Civil*, v. II, Madrid, Tecnos, 1989.

DONEDA, Danilo, “Os direitos da personalidade no Código Civil”, en TEPEDINO, Gustavo, *A parte geral do novo Código Civil: estudos numa perspectiva civil-constitucional*, Rio de Janeiro, Renovar, 2003.

DWORKIN, Gerald, "Paternalism: some second thoughts", en SARTORIUS, Rolf (ed), *Paternalism*, Minnesota, Minnesota University, 1987.

DWORKIN, Ronald, "Rights as trumps", en WALDRON, Jeremy, *Theories of rights*, Oxford University, 1984.

DWORKIN, R. *Los derechos en serio*. Ariel, Barcelona, 1989.

DWORKIN, Ronald, *El dominio de la vida: una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*, Traducción de Ricardo Caracciolo y Victor Ferreres, Barcelona, Editorial Ariel, 1994.

DWORKIN, Ronald, *O império do direito*, Tradução de Jefferson Luiz Camargo, São Paulo, Martins Fontes, 1999.

DWORKIN, Ronald, *Levando os direitos a sério*, Tradução de Nelson Boeira, São Paulo, Martins Fontes, 2002.

DUPUY, J-P., "O transumanismo e a obsolescência do homem", en NOVAES, A. (Org.), *A condição humana: as aventuras do homem em tempos de mutações*, São Paulo, Agir, 2009, p. 89-122.

DURÁN, A. (coord.), *Genes en el laboratorio y en la fábrica*, Madrid, Trotta-Fundación, 1998.

DURÁN COSTELL, Elvira, "La reflexión ética ante el avance de la biotecnología", en ROMEO CASABONA, Carlos Maria (Ed), *Biotecnología y derecho: perspectivas en derecho comparado*, Bilbao-Granada, 1998.

DURKHEIM, E., *El suicidio*, Madrid, Akal, 1976.

DUTRA DE ABREU, Laura, "Renúncia da maternidade: reflexão jurídica sobre a maternidade de substituição - principais aspectos no Direito Português e Brasileiro", en *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, IBDFAM, Magister, v. 11, ago./set. 2009, p. 102-104.

EGOZCUE CUIXART, Josep, Bioética y reproducción asistida, en CASADO, María (Ed.), *Materiales de Bioética y derecho*, Barcelona, CEDECS, 1996.

EILAENDER, G. "Less law? Or different law?", *Hastings Center Report* 26 (nov-dec), 1996.

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

ENNECCERUS, Ludwig, *Tratado de derecho civil: parte general*, v. I, Barcelona, Bosch, 1947.

ERSSON, I.; SAVULESCU, J., "Moral transhumanism", en *Journal of Medicine and Philosophy*, v. 35, n. 6, p. 656- 669, 2010

ESPÍNOLA, Eduardo, *Sistema do direito civil*, Rio de Janeiro, Editora Rio, 1977.

FACCHINI NETO, Eugênio, "Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado", en SARLET, Ingo Wolfgang (Org.), *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*, 2ª ed. rev. ampl., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2006.

FACCHINI NETO, Eugênio, "A constitucionalização do direito privado", *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, Ano 1 (2012), nº 1, 185-243. Disponible en <http://www.idb->

fdul.com/uploaded/files/RIDB_001_0185_0243.pdf. Consultado el 06 de mayo 2013.

FACHIN, Luiz Edson (coord.), *Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo*, Rio de Janeiro, Renovar, 1998.

FACHIN, Luiz Edson, *Teoria Crítica do Direito Civil*, 2ª ed. rev. atual., Rio de Janeiro, Renovar, 2003.

FACHIN, Luiz Edson, "Direitos da personalidade no Código Civil brasileiro: elementos para uma análise de índole constitucional da transmissibilidade", en TARTUCE, Flávio; CASTILHO, Ricardo (Org.), *Direito Civil: Direito Patrimonial, Direito Existencial*, São Paulo, Método, 2006.

FEINBERG, Joel, *Rights, justice and the bounds of liberty: essays in social philosophy*, Princeton, Princeton University, 1980.

FEINBERG, Joel, "Voluntary eutanásia and the inalienable right to life", *The Tanner Lectures on Human Values*, 1997. Disponible en http://tannerlectures.utah.edu/_documents/a-to-z/f/feinberg80.pdf. Consultado el 1 de julio 2015.

FEITO GRANDE, Lydia, *El sueño de lo posible: bioética y terapia génica*, Madrid, Universidad Pontificia Comillas, 1999.

FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías: La ley del más débil*, Tradução para o espanhol de Perfecto Andrés Ibáñez e Andrea Greppi, 2ª ed., Madri, Editorial Trotta, 2001.

FERRAJOLI, Luigi [et.al], *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Editorial Trotta, Madrid, 2001.

FERRAJOLI, Luigi, “La esfera de los indecible y la separación de poderes”, En *Palestra del Tribunal Constitucional*. Nº 2, Vol. XXVI, febrero 2008.

FOOT, Philippa, *The Problem of Abortion and the Doctrine of the Double Effect in Virtues and Vices*, Oxford, Basil Blackwell, 1978.

FOUCAULT, Michel, *As palavras e as coisas: uma arqueologia das ciências humanas*, Tradução de Salma Tannus Muchail, 8 ed., São Paulo, Martins Fontes, 2000.

FREITAG, Bárbara, *Dialogando com Jürgen Habermas*, Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 2005.

FREITAS, Juarez, “Princípio da precaução: vedação de excesso e de inoperância”, *Interesse público*, v.7, n.35, 2006.

FREITAS, Juarez, *A interpretação sistemática do direito*, 5ª ed., São Paulo, Malheiros, 2010.

FUKUYAMA, Francis, *Our posthuman future: consequences of the biotechnology revolution*, New York: Farrar, Straus and Giroux, 2002.

FULLER, Steve, *Humanity 2.0*, UK, Palgrave Macmillan, 2011.

GAFO, Javier, *La eutanasia: el derecho a una muerte humana*, Madrid, Ediciones Temas de Hoy, 1990.

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

GARZÓN VALDÉS, E., “Algo más acerca del ‘coto vedado’”, En *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Nº 6, 1989.

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

GHESTIN, Jaques, *Traité de droit civil: la formation du contrat*, 3. ed., Paris, LGDJ, 1993.

GIOTTO SANTORO TRIGUEIRO, Michelangelo, *O clone de Prometeu: a biotecnologia no Brasil: uma abordagem para a avaliação*, Brasília, Editora Universidade de Brasília, 2002.

GOMES, Orlando, *Introdução ao direito civil*, Rio de Janeiro, Forense, 2001.

GOMES CANOTILHO, Joaquim José, *Direito constitucional e teoria da constituição*, 7. ed., Coimbra, Almedina, 2003.

GOMES CANOTILHO, Joaquim José, “Dogmática dos direitos fundamentais e direito privado”, en WOLFGANG SARLET, Ingo (org), *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*, 2. ed. rev. e ampl., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2006.

GOMES CANOTILHO, José Joaquim; MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa anotada. Art. 1º a 107º*, 4. ed., Coimbra, Coimbra Ed., 2010.

GÓMEZ SANCHES, Yolanda, “La dignidad como fundamento de los derechos y su incidencia em el posible <<derecho a no nacer>>”, en

MAYOR ZARAGOZA, Federico; ALONSO BEDATE, Carlos (coords.), *GEN-Ética*, Madrid, Ariel, 2003.

GONZÁLEZ DUARTE, Roser; CASADO, María, “Bioética y genética”, en CASADO, María (org.), *Materiales de bioética y derecho*, Barcelona, Cedecs Editorial, 1996.

GOUVEIA KRELL, Olga, *Reprodução humana assistida e filiação civil: princípios éticos e jurídicos*, Curitiba, Juruá, 2006.

GRACIA, Diego, *Fundamentos de bioética*, Madrid, Eudema, 1989.

GRISOLÍA, Santiago, “La biotecnología en el tercer milenio”, en ROMEO CASABONA, Carlos Maria (Ed), *Biotecnología y derecho: perspectivas en derecho comparado*, Bilbao-Granada, 1998.

GUGERELL, Christian, “La protección legal de los descubrimientos genéticos y la patenteabilidad de los organismos vivos manipulados. La oficina europea de patentes en Munich”, en ROMEO CASABONA, Carlos Maria (Ed), *Biotecnología y derecho: perspectivas en derecho comparado*, Bilbao-Granada, 1998.

GÜNTER GASSEN, Hans, “Biotecnologia para países em desenvolvimento”. In GÜNTER GASSEN, Hans; BONACELLI, Maria Beatriz M.; SALLES-FILHO, Sérgio L. M. [et. al.], *Biotecnologia em discussão*, São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2000.

HARBELE, Peter, “El concepto de los derechos fundamentales”, en SAUCA, José Maria (ed.), *Problemas actuales de los derechos fundamentales*, Madrid, Imprenta Nacional del Boletín Oficial del Estado, 1994.

HABERMAS, Jürgen, *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, v. 1., v. 2., Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1997.

HABERMAS, Jürgen, *O futuro da natureza humana: a caminho da eugenia liberal?*, Tradução de Karina Jannini, São Paulo, Martins Fontes, 2004.

HABERMAS, Jürgen, "Post vom bösen Geist", *Die Zeit*, 38/1999. Disponible en http://www.zeit.de/1999/38/Post_vom_boesen_Geist. Consultado el 15 de mayo 2015.

HART, Herbert. L. A., "Bentham on legal rights", en SIMPSON, A. W. B. (comp.), Oxford: Oxford Essays in Jurisprudence, Second series, 1973.

HART, Herbert L. A., *O conceito de direito*, Tradução de A. Ribeiro Mendez, Lisboa, Gulbenkian, 1986.

HARRANZ, Gonzalo, "El embión ficticio: historia de un mito biológico: el autor explica su libro", *Cuadernos de Bioética*, v. XXV, n. 2, mayo-agosto 2014, p. 299-312.

HASSAN, Ihab, "Prometheus as Performer: Toward a Posthumanist Culture?", *The Georgia Review*, vol. 31, n. 4 (winter 1977), pp. 830-850. Disponible en <http://www.jstor.org/stable/41397536>. Consultado el 24 de mayo 2015.

HERBERT, David, *Becoming God: Transhumanism and the quest for cybernetic immortality*, Canadá, Joshua Press, 2014.

HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Aurora, "Determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución: ¿Hacia una

nueva regulación legal en España?”, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 6, n. 2, octubre 2014, p. 147-174.

HESSE, Konrad, “Bestand und Bedeutung der Bundesrepublik Deutschland”, en *EuGRZ 1978*, p. 427 e ss.

HESSE, Konrad, *Escritos de derecho constitucional*, Madrid, Centro de estudios constitucionales, 1983.

HOBBS, Thomas, *Diálogo entre un filósofo y un jurista y escritos autobiográficos*, Madrid, Tecnos, 1992.

HOBBS, Thomas, *Leviatã*, São Paulo, Martin Claret, 2005.

HOLLAND, Stephen, *Bioética: enfoque filosófico*, Trad. Luciana Pudenzi, São Paulo, Centro Universitário São Camilo, Loyola, 2008.

HOWARD, Tony, “The legal framework surrounding patents for living materials”, en GIBSON, Johanna (Org.), *Patenting Lives: life patents, culture and development*, Inglaterra, Ashgate Publishing Company, 2008.

HUGHES, James J., *The politics of transhumanism*, Março de 2002. Disponible en <http://www.changesurfer.com/Acad/TranshumPolitics.htm>. Consultado el 20 de mayo de 2015.

HUXLEY, Aldous, *Admirável mundo novo*, São Paulo, Globo, 2009.

JELLINEK, Georg, *Sistema dei Diritti Pubblici Subbiettivi*, Milano, Società Editrice Libreria, 1912.

JIMÉNEZ GÓMEZ, Ricardo, *El principio de la buena fe en la teoría general del contrato*. Disponible en

<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/371/17.pdf>. Acesado el 09 de octubre de 2015.

JIMÉNEZ MUÑOZ, Francisco Javier, “Denegación de la inscripción de la filiación determinada por la celebración de un contrato de gestación por sustitución. Comentario a la STS 835/2013, de 6 de febrero de 2014 (RJ 2014, 736)”, en *Rev. Boliv. de Derecho*, n. 18, julio 2014, pp. 400-419.

JONAS, H., *Técnica, medicina y ética: sobre la práctica del principio de responsabilidad*. Ediciones Paidós Ibérica, 1997.

JOTTERAND, F., “At the roots of transhumanism: from the Enlightenment to a post-human future”, en *Journal of Medicine and Philosophy*, v. 35, n. 6, p. 617-621, 2010.

JULIOS CAMPUZANO, A. de, “Una aproximación a la neutralidad liberal” en *Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, Año nº 2, Nº 5, 1995 (Ejemplar dedicado a: Pluralismo, Tolerancia y Derechos), pp.39-50.

JULIOS CAMPUZANO, A. de, *En las Encrucijadas de la Modernidad : Política, Derecho y Justicia*. Universidad de Sevilla. 2000.

JULIOS CAMPUZANO, A. de, “La ética global de los derechos humanos: Una aproximación prospectiva al impacto de las nuevas tecnologías” en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, nº. 22, 2011, pp. 42-75.

KAHNEMAN, Daniel, *Rápido e Devagar: duas formas de pensar*, Tradução de Cássio de Arantes Leite, Rio de Janeiro, Objetiva, 2012.

KANT, Emanuel, *Fundamentos da metafísica dos costumes*, Traduzido por Lourival de Queiroz Henkel, Rio de Janeiro, Edições de Ouro, 1967.

KLAFFKE, Oliver; ABBOTT, Alison, “Europeans protest against patente for Harvard mouse.”, en *Nature: International weekly journal of science*, Vol. 361, n. 6413, 1993.

KONDER, Carlos Nelson, “O consentimento no Biodireito: os casos dos transexuais e dos *wannabes*”, en *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, n.15, 2003.

KREUZER, Helen; MASSEY, Adrienne, *Engenharia Genética e Biotecnologia*, Trad. Ana Beatriz Gorini da Veiga [et al.], 2. ed., Porto Alegre, Artmed, 2002.

KURTWEIL, Raymond, *The Singularity Is Near*, Viking, 2005.

KURZWEIL, Raymond, *A era das máquinas espirituais*, Tradução para o português de Fábio Fernandes, São Paulo, Editora Aleph, 2007.

KURRWEIL, Raymond, *Como criar uma mente: os segredos do pensamento humano*, Tradução para o português de Marcello Borges, São Paulo, Editora Aleph, 2013.

LABRADA RUBIO, Valle, *Introducción a la teoria de los derechos humanos: fundamento, História. Declaración universal de 10 de diciembre de 1948*, Madrid, Editorial Civitas, 1998.

LADRIÈRE. Jean. *El reto de la racionalidad. La ciencia y la tecnología frente a las culturas*, Salamanca, Sígueme, 1977.

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

LAMARTINE CORRÊA DE OLIVEIRA, José Lamartine; FERREIRA MUNIZ, Francisco José, “O Estado de Direito e os Direitos da Personalidade”, en *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 532, p. 12-23, fev., 1980.

LARENZ, Karl, *Metodologia da ciência do direito*, 3. ed., Traduzido por José Lamego, Lisboa, Calouste Gulbenkian, 1997.

LECOURT, Dominique, *Humano pós-humano: a técnica e a vida*, Tradução de Luiz Paulo Rouanet, São Paulo, Loyla, 2005.

LEITE CAMPOS, Diogo, *Lições de direitos da personalidade*, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, v LXVIII, Coimbra, 2. ed., 1992.

LEITE DOS SANTOS GOMES, Celeste; SORDI, Sandra, “Aspectos atuais do projeto genoma humano”, en CORDEIRO LEITE SANTOS, Maria Celeste (org.), *Biodireito: ciência da vida, os novos desafios*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2001.

LEVINAS, Emmanuel, *Entre nós: ensaios sobre alteridade*, Petrópolis, Vozes, [s. d.]

LÉVY, Pierre, *O que é o virtual*, São Paulo, Editora 34, 2007.

LIMA MARQUES, Cláudia de, “Boa-fé nos serviços bancários, financeiros, de crédito e securitários e o Código de Defesa do Consumidor: informação, cooperação e renegociação?”, en *RFD/UFGRS*, v. 22, set. 2002.

LIMA MARQUES, Claudia de, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*, 5. ed., São Paulo,

RT, 2006.

LÔBO, Paulo, *Direito Civil: contratos*, 2ª tiragem, São Paulo, Saraiva, 2012.

LÔBO, Paulo, *Direito civil: obrigações*, 3. ed., São Paulo, Saraiva, 2013.

LÓPEZ AZPITARTE, E., “Aspectos éticos del consentimiento informado” en *Proyección: Teología y mundo actual*, N° 212, 2004.

LORENZ SORGNER, Stefan [et. al], “Faceten der Eugenik”, en *Eugenik und die Zukunft*, Munique, Verlag Karl Alber Freiburg, 2006.

LUCÍDIO LEÃO BARCELLOS, Milton, “Patentes na area da Biotecnologia e Direitos Fundamentais.”, en AVANCINI, Helenara Braga, BARCELLOS, Milton Lucídio Leão (org.). *Perspectivas atuais do direito de propriedade intelectual* [documento eletrônico], Porto Alegre, EDIPUCRS, 2009.

MACIÁ MANSO, Ramón, *Ética, vida humana y aborto*, volumen 2, Madrid, Universidad Complutense, Facultad de Derecho, 2003.

MACKLIN, Ruth, “Dignity is a useless concept”, *British Medical Journal*, v. 327, p. 1419-1420, 2003.

MADERS, Angelita Maria, “Investigação biomédica e vulnerabilidade: um estudo acerca da responsabilidade dos profissionais da saúde nas pesquisas envolvendo seres humanos”, en *O mundo da saúde*, São Paulo, 38(2), 2014.

MANTOVANI, Ferrando, “Investigación en el genoma humano y manipulaciones genéticas”, en ROMEO CASABONA, Carlos María (Ed.),

Biotecnología y derecho: perspectivas en derecho comparado, Bilbao-Granada, Comares, 1998.

MARCHIORO HARTMANN, Ricardo; GOULART AGUIAR, Rodrigo, “Dados genéticos e a eficácia dos direitos fundamentais entre particulares”, *Revista Arquivo Jurídico*, Teresina – PI, v. 1, n 6, p. 91-113, jan-jun. 2014.

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

MARTÍN MATEO, Ramón, *Bioética y derecho*, Barcelona, Editorial Ariel, 1987.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, Carlos, *El derecho civil a finales del siglo XX*, Madrid, Tecnos, 1991.

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 BALLESTEROS, J. (ed), *Derechos Humanos. Concepto, Fundamentos, Sujetos*, Madrid, Ed. Tecnos, 1992.

MARTINS HARTMANN, Ivar Alberto, “O princípio da precaução e sua aplicação no direito do consumidor: dever de informação”, em *Direito & Justiça*, v.38, n. 2, 2012.

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

MARTINS-COSTA, Judith, *A boa-fé no direito privado*, São Paulo, RT, 1999.

MARTINS-COSTA, Judith, “O fenômeno da supracontratualidade e o princípio do equilíbrio: inadimplemento de deveres de proteção (violação positiva do contrato) e deslealdade contratual em operação de descruzamento acionário”, en *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 26, abr./jun. 2006.

McCONNELL, Terrance, *Inalienable rights: the limits of consent in medicine and the law*, Oxford, Oxford University Press, 2000.

MELGAR FERNANDEZ, Mario, *Biotecnología y propiedad intelectual: un enfoque integrado Del derecho internacional*, México, Univesidad Nacional Autónoma de México, 2005.

MEIRELLES, Jussara, “O ser e o ter na codificação civil brasileira: do sujeito virtual à clausura patrimonial”, en FACHIN, Luiz Edson (coord.), *Repensando os fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*, Rio de Janeiro, Renovar, 1998.

MELIENDI: “Ética y biotecnología: cuestión de principios”, en *Agora Philosophica, Revista Marplatense de Filosofía*, Año III, N úmero 5/6, diciembre, 2002, pp. 7-39. Disponible en <http://www.agoraphilosophica.com/Agora5-6/agora5-6-Maliandi.pdf>. Consultado el 01 de setiembre 2015.

MEMIS, Tekin, “The comercialization of human genetic information and related circumstances whitin Turkish Law”, en *Rev Der Gen H*, 35/2011.

MENEZES CORDEIRO, Antonio, *Da boa-fé no Direito Civil*, Coimbra, Almeida, 1984.

MEYERS, Diana, *Inalienable rights: a defense*, New York, Columbia University Press, 1985.

MIGUEL CASTRO DO NASCIMENTO, Tupinambá, *Comentários à constituição federal: direitos e garantias fundamentais – artigos 1o a 17*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1997.

MILL, John Stuart, *On liberty* (1859), Kitchner, Batoche Books, 2001.

MIRANDA, Jorge, *Manual de direito constitucional*, v. IV, 2. ed., Coimbra, Coimbra, 1993.

MIRANDA, Jorge, “Direitos fundamentais e interpretação constitucional”, en *Revista do Tribunal Regional da 4ª Região*, Porto Alegre, O Tribunal, n. 30, p. 21-34, 1998.

MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa anotada*, t, I, 2. ed., Coimbra, Coimbra Ed., 2010.

MOHR, Reinhard, “Züchter des Übermenschen”, *Der Spiegel*, 36/1999. Disponible en <http://www.spiegel.de/spiegel/print/d-14718468.html>. Consultado el 15 de mayo 2015.

MOO-YOUNG, Murray, *Comprehensive biotechnology: the principles, applications & regulations of biotechnology in the industry, agriculture and medicine*, Canadá, University of Waterloo, 1985.

MORAVEC, Hans, *Mind Children: The Future of Robot and Human Intelligence*, Cambridge, Harvard University Press, 1988.

MORE, Max, *Transhumanism: toward a futurist Philosophy*, 1990.

MORENO MUÑOZ, M., *El debate sobre las implicaciones científicas, éticas, sociales y legales del Proyecto Genoma Humano. Aspectos epistemológicos*. Tesis de Doctorado, Universidad de Granada, 1996.

MORIN, Edgar, *El hombre y la muerte*, Barcelona, Kairós, 1974.

MOSER, Antônio, *Biotecnologia e bioética: para onde vamos?* Petrópolis, Vozes, 2004.

MOTA PINTO, Paulo, *Teoria geral do direito civil*, 3. ed., atual. 12 reimp., Coimbra, Coimbra, 1985.

MOTA PINTO, Paulo, “O direito ao livre desenvolvimento da personalidade”, en *Portugal-Brasil Ano 2000*, Coimbra, Boletím da Faculdade de Direito de Coimbra, 1999, p. 149-246.

MOTA PINTO, Paulo, “Notas sobre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e os direitos de personalidade do direito português”, en WOLFGANG SARLET, Ingo (org.), *A constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*, Porto Alegre, Livraria o Advogado, 2000.

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

NALIN, Paulo, *Do contrato: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional*, 2. ed., Curitiba, Juruá, 2008.

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

NIETZSCHE, Friedrich, *A gaia ciência*, Tradução, notas e posfácio de Paulo César de Souza, São Paulo, Companhia das Letras, 2001.

NIETZSCH, Friedrich, *Assim falava Zarathustra*, Traducción de José Mendes de Souza, EbookBrasil.org, 2002.

NIETZSCHE, Friedrich, *Humano, demasiado humano*, Tradução de Paulo Cesar de Souza, São Paulo, Companhia de Bolso, 2005.

NINO, C.S., *Ética y derechos humanos*, Astrea, Buenos Aires, 1989.

NOZICK, Robert, *Anarquia, estado e utopia*, Tradução de Ruy Jungmann, Rio de Janeiro, Jorge Zahar, 1991.

NUSSBAUM, M., *Capacidades como titulaciones fundamentales. Sen y la justicia social*. Universidad Extremado de Colombia, 2005.

OLIVEIRA, Almir, *Curso de Direitos Humanos*, Rio de Janeiro, Forense, 2000.

OLIVEIRA DE ASCENÇÃO, José de, *Direito civil: teoria geral: introdução, as pessoas, os bens*, v. I, Coimbra, Coimbra, 1997.

ONWUEKWE, Chika, "Plant Genetic Resources and the Associated Traditional Knowledge: Does the Distinction between Higher and Lower Forms Matter?", en GIBSON, Johanna (Org.), *Patenting Lives: life patents, culture and development*, Inglaterra, Ashgate Publishing Company, 2008.

ORWELL, George, 1984, Traduzido por Wilson Velloso, 29. ed., São Paulo, Companhia Editora Nacional, 2005.

OTTE LACERDA, Dennis, *Direitos da personalidade na contemporaneidade: repactuação semântica*, Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris Editor, 2010.

PAIVA DE ABREU TRIGO DE NEGREIROS, Teresa, *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*, Rio de Janeiro, Renovar, 1998.

PALOMBI, Luigi, "The Genetic Sequence Right: A Sui Generis Alternative to the Patenting of Biological Materials.", en GIBSON, Johanna (Org.), *Patenting Lives: life patents, culture and development*, Inglaterra, Ashgate Publishing Company, 2008.

PEARCE, D., "Transhumanism 2011", en *Interview with Aron Vallinder* (Människa plus). Disponible en <http://www.hedweb.com/transhumanism/overview2011.html>. Consultado el 13 de mayo 2015.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregório, *Derechos fundamentales*, Latina, Madrid, 1980.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregório, *Derechos Fundamentales*, 4ª ed., Madrid, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones, 1986.

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

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregório, *Derechos y derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

PELAYO GONZÁLEZ-TORRE, Ángel, “La intervención del derecho en la acyuación sanitaria. El extraño caso del consentimiento informado”, en *Anuário de filosofía del derecho*, XXVI, Enero 2010.

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.

PERES GEDIEL, José Antônio, “A irrenunciabilidade dos direitos do trabalhador”, en WOLFGANG SARLET, Ingo, *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2003.

PERLINGIERI, Pietro, “*Despatrimonializzazione*” e *diritto civile. Scuole, tendenze e metodi: problemi del diritto civile*, Napoles, ESI, 1989.

PERLINGIERI, Pietro, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, ESI, 1990.

PERLINGIERI, Pietro, *La personalit  humana nell ordenamento giur dico*, [s.l], Lovene, [s.d].

PERLINGIERI, Pietro, “Note sulla crisi delli Stato sociale e sul contenuto mínimo della propriet ”, en *Legalit  e giust*, 1983.

PERLINGIERI, Pietro, *Perfis do direito civil*, 2. ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2002.

PÉREZ-LUÑO, Antonio Enrique, “La contaminación de las libertades en la sociedad informatizada y las funciones del defensor del pueblo”, en *Anuario de derechos humanos*, n. 4, 1986-87, p. 259-289.

PÉREZ-LUÑO, Antonio Enrique, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 6. ed., Madrid, Tecnos, 1999.

PÉREZ-LUÑO, Antonio Enrique, “La protección de los datos personales del menor en Internet”, en PÉREZ-LUÑO, A. E., *Los derechos humanos en Internet*, Madrid, Cideal, 2012.

PÉREZ TRIVIÑO, J.L., “Testigos de Jehová: entre la autonomía del paciente y el paternalismo justificado” en *InDret*, nº2, 210, pp.2-24.

Disponible en <http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/viewFile/225359/306670>.

Consultado el 26 de agosto 2015.

PÉREZ SALOM, José Roberto, *Recursos genéticos, biotecnología y derecho internacional: la distribución justa y equitativa de beneficios en el Convenio sobre Biodiversidad*, Navarra, Aranzadi, 2002.

PESSINI, Leo, Bioética e o pós-humanismo: ideologia, utopia ou esperança, en PESSINI, Leo; SIQUEIRA, José Eduardo de; SAAD HOSSNE, William (org), *Bioética em tempo de incertezas*, São Paulo, Centro Universitário São Camilo, Loyola, 2010.

PFEIFFER, María Luisa, *Transgénicos. Un destino tecnológico para América Latina*, Mar del Plata, Suárez, 2002.

PIETRO, Luis, “Nota sobre el concepto de derechos fundamentales”, en SAUCA, José Maria (ed.), *Problemas actuales de los derechos*

fundamentales, Madrid, Imprenta Nacional del Boletín Oficial del Estado, 1994.

PONTES DE MIRANDA, Francisco, *Tratado de direito privado*, v.7, t. II, Rio de Janeiro, Borsoi, 1971.

PRICE, David, *Legal and ethical aspect of organ transplantation*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000.

PRIETO ÁLVAREZ, Tomás. *La dignidad de la persona: núcleo de la moralidad y el orden públicos, límite al ejercicio de libertades públicas*, Ed. Civitas, Madrid, 2005.

QUESADA SÁNCHEZ, Antonio José, *El infravalorado artículo 1258 del Código Civil y su innegable utilidad*. Disponible en <http://www.derecho.com/articulos/2002/12/15/el-infravalorado-art-culo-1258-del-c-digo-civil-y-su-innegable-utilidad/>. Consultado el 09 de octubre 2015.

RAISER, Ludwig, *Il Compito del Diritto Privato*, Milão, Giuffré, 1990.

RAWLS, John, *Uma teoria da justiça*, Tradução Almiro Pissetta e Lenita Esteves, São Paulo: Martins Fontes, 1997.

RAWLS, John, *Teoría de la justicia*. Fondo de Cultura Económica, Madrid, 1999.

RAWLS, John, *Justiça como eqüidade – uma reformulação*, Tradução Claudia Berliner, Martins Fontes, 2003.

REIS NOVAIS, Jorge, “Renúncia a direitos fundamentais”, en MIRANDA, Jorge, *Perspectivas constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976*, Coimbra, Coimbra, 1996.

RENE NICOLAU, Gustavo, “Implicações práticas da boa-fé objetiva”, en FERNANDES NOVAES HIRONAKA, Giselda Maria; TARTUCE, Flávio (Coord.), *Direito Contratual: temas atuais*, São Paulo, Método, 2007.

REZENDE MACHADO, Mariana; GRAZINOLI GARRIDO, Rodrigo, “Dentes como fonte de células-tronco: uma alternativa aos dilemas éticos”, en *Revista de Bioética y Derecho*, n. 31, mayo 2014, p. 66-80.

REZZÓNICO, Juan Carlos, *Principios fundamentales de los contratos*, Buenos Aires, Astrea, 1999.

RIDOLA, Paolo, *A dignidade humana e o “principio liberdade” na cultura constitucional europeia*, coorenação e revisão técnica Ingo Wolfgang Sarlet, Tradução de Carlos Luiz Strapazon e Tula Wesendonck, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2014.

RIZZARDO, Arnaldo, *Contratos*, 13. ed. revista e atualizada, Rio de Janeiro, Forense, 2014.

RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz, “Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação: notas sobre a evolução do conceito na modernidade e na pós-modernidade”, en *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Senado Federal, nº 163, 2004.

RODRIGUES JUNIOR, Waldir Edson; SILVEIRA BORGES, Janice, “Alteração da vontade na utilização das técnicas de reprodução humana assistida”, en TRUZZI OTERO, Marcelo, *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, IBDFAM: Contratação da barriga de aluguel

gratuita e onerosa – legalidade, efeitos e o melhor interesse da criança, São Paulo, 2011.

RODRIGUES PETTERLE, Selma, *O direito fundamental à identidade genética na Constituição Brasileira*, Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2007.

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

RODRÍGUEZ MERINO, José Maria, *Ética y derechos humanos en la era biotecnológica*, 4. ed., Madrid, Dykinson, 2015.

ROLDÃO DE FREITAS GOMES, Luiz, *Curso de direito civil: contratos*, Rio de Janeiro, Renovar, 1999.

ROLLAND, Louise, “«Qui dit contractuel, dit juste.» (Fouillée) ... en trois petits bonds, à reculons” en *Revue de Droit de McGill*, 51, 2006.

ROMEO CASABONA, Carlos Maria, “Genética y derecho”, en ROMEO CASABONA, Carlos Maria (Ed), *Biotecnología y derecho: perspectivas en derecho comparado*, Bilbao-Granada, 1998.

ROPPO, Enzo, *O contrato*, Coimbra, Almedina, 1988.

ROSENVALD, Nelson, A função social do contrato, en FERNANDES NOVAES HIRONAKA, Giselda Maria; TARTUCE, Flávio (Coord.), *Direito Contratual: temas atuais*, São Paulo, Método, 2007.

ROVIRA VIÑAS, A., “Dignidad, autonomía, libertad y consentimiento informado”, *Revista de las Cortes Generales*, Nº 67, 2006.

SALDAÑA, J., “¿Son o no los derechos humanos derechos naturales?”, En *Liber ad honórem Sergio García Ramírez* Tomo I, UNAM, México, 1998.

SANDBERG, Anders, *Humanism as core value of transhumanism*. Disponible en <http://www.tecnoumanisti.org/sandberg.htm>. Consultado el 12 de mayo 2015.

SANDEL, Michael, *Contra a perfeição: Ética na era da engenharia genética*, Traduzido para o português por Ana Carolina Mesquita, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2013.

SANDEL, Michael, *Justiça: o que é fazer a coisa certa*, Tradução para o português de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo, 12^a Ed., Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2013.

SANTOS AMARAL, Francisco dos, *Direito Civil*, 2. ed., Rio de Janeiro, Renovar, 1998.

SANTOS CUNHA, Alexandre, Dignidade da pessoa humana: conceito fundamental no direito civil, en MARTINS-COSTA, Judith, *A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais no direito privado*, São Paulo, RT, 2002.

SARMENTO, Daniel, *Direitos fundamentais e relações privadas*, Rio de Janeiro, Lúmen Júris, 2004.

SARMENTO, Daniel, *Direitos fundamentais e relações privadas*, 2. ed., Rio de Janeiro, Lúmen Júris, 2006.

SARMENTO, Daniel, “A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil”, en BARROSO, Luís

Roberto (Org.), *A reconstrução democrática do direito público no Brasil*, Rio de Janeiro, Renovar, 2007.

RÖDL, F., “Contractual Freedom, Contractual Justice, and Contract Law (Theory)” en *Law and Contemporary Problems* 76, 201, pp.57-70. Disponible en: <scholarship.law.duke.edu> (Consultado el 10.10.2015).

SARTRE, Jean-Paul, *L'Existencialisme est un Humanisme*, Paris, Les Éditions Nagel, 1970.

SCHNEIDER, Hans-Peter, “Peculiaridad y función de los derechos fundamentales en el Estado Constitucional Democrático”, en *Revista de Estudios Políticos*, nº 7, 1979.

SEN, A., *Desarrollo y libertad*, Planeta, Bogotá, 2000.

SHREIBER, Anderson, *Direitos da Personalidade*, 2ª ed., São Paulo, Atlas, 2013.

SILVA, José Afonso da, *Aplicabilidade das normas constitucionais*, 2. ed., São Paulo, RT, 1982.

SILVA, José Afonso da, *Curso de Direito Constitucional positivo*, São Paulo, Malheiros, 1999.

SILVA, Tomaz Tadeu da, “Nós, ciborgues: o corpo elétrico e a dissolução do humano”, en SILVA, Tomaz Tadeu da, (org.), *Antropologia do ciborgue: as vertigens do pós-humano*, Belo Horizonte, Editora Autêntica, 2000.

SILVA, Virgílio Afonso da, “O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais”, en *Revista de Direito do Estado*, 4 (2006), p. 23-51.

SILVA, Virgílio Afonso da, *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*, São Paulo, Malheiros, 2014.

SILVA PEREIRA, Caio Mário da, *Instituições de direito civil*, 21. ed., Rio de Janeiro, Forense, 2006.

SILVA PEREIRA, Caio Mário da, *Instituições de direito civil*, v. 3., Contratos, 18. ed., Rio de Janeiro, Forense, 2014.

SILVEIRA, José Maria; CARVALHO BORGES, Izaías de, “Um Panorama da Biotecnologia Moderna”, en FERREIRA JARDIM DA SILVEIRA, Maria; DAL POZ, Maria Ester; ASSAD, Ana Lucia (org.), *Biotecnologia e recursos genéticos: desafios e oportunidades para o Brasil*, Campinas, Instituto de Economia/FINEP, 2004.

SILVEIRA GORSKI, Héctor, “La democratización de la investigación biomédica”, en *Anuário de filosofia de derecho*, n.26, 2010, p. 177-192.

SILVEIRA RAMOS, Carmem Lúcia, “A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras”, en FACHIN, Luiz Edson (coord), *Repensando os fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*, Rio de Janeiro, Renovar, 1998.

SILVEIRINHA CASTELLO BRANCO, Patrícia, “Imagem, corpo, tecnologia. Um novo sujeito pós-humano?”, en *Atas do II Encontro Anual da AIM*, editado por Tiago Baptista e Adriana Martins, 27-39, Lisboa, AIM. Disponible en <http://aim.org.pt/atas/pdfs-Atas-IIEncontroAnualAIM/Atas-IIEncontroAnualAIM-03.pdf>. Consultado el 12 de mayo 2015.

SINGER, Peter, *Ética prática*, Tradução de Jefferson Luiz Camargo, São Paulo, Martins Fontes, 2006.

SLOTERDIJK, Peter, *Regras para o parque humano: uma resposta à carta de Heidegger sobre o humanismo*, Traducción para el Português de José Oscar de Almeida Marques, 3ª ed., São Paulo, Estação Liberdade, 2000.

SLOTERDIJK, Peter, *Die Kritische Theorie ist tot*, Die Zeit, 37/1999. Disponible en http://www.zeit.de/1999/37/199937.sloterdijk_.xml. Consultado el 15 de mayo 2015.

SOUZA COUTO, Edvaldo, *Corpos voláteis, corpos perfeitos: estudos sobre estéticas, pedagogias e políticas do pós-humano*, Salvador, EDUFBA, 2012.

SOUZA RIBEIRO, Joaquim de, *O problema do contrato: as cláusulas gerais e o princípio da liberdade contratual*, Coimbra, Almedina, 1999.

SOTO COAGUILA, Carlos Alberto, "La contratación masiva y la crisis del contrato: a proposito del proyecto del Codigo Civil argentino de 1998", LL, T, 1999-C.

SOSA SACIO, J.M., "Sobre el carácter "indisponible" de los derechos humanos". Ponencias Inéditas del IX Congreso de Derecho Constitucional. Gazeta Constitucional, nº9, pp. 503-516. Disponible en http://www.academia.edu/3827685/Sobre_el_car%C3%A1cter_indisponible_de_los_derechos_fundamentales. Consultado el 11 de septiembre 2015.

SPORLEDER DE SOUZA, Paulo Vinicius, *Bem jurídico penal e engenharia genética humana: contributo para compreensão dos bens*

jurídicos supra-individuais, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2004.

STANTON, Angela, "Forfeited Consent: Body Parts in Eminent Domain", en GIBSON, Johanna (Org.). *Patenting Lives: life patents, culture and development*, Inglaterra, Ashgate Publishing Company, 2008.

STEINMETZ, Wilson, "Direitos fundamentais e relações entre particulares: anotações sobre a teoria dos imperativos de tutela", em *Revista de Direito Privado*, n. 23, jul-set, 2005.

STERLAC, "Das estratégias psicológicas às ciberestratégias: a protética, a robótica e a existência remota", en DOMINGUES, Diana (org.), *A arte no século XXI: a humanização das tecnologias*, São Paulo, Editora Unesp, 1997.

STEVENSON, Robert Louis, *The Strange Case of Dr Jekyll and Mr Hyde*, Austrália, University of Adelaide, 2014. Acessado em 03 de janeiro de 2014. Disponível em https://ebooks.adelaide.edu.au/s/stevenson/robert_louis/s848dj/chapter2.html. Consultado el 15 de mayo 2015.

SZANIAWSKI, Elimar, *Direitos de personalidade e sua tutela*, 2ª ed., rev., atual. e ampl., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2005.

TABAKOW, Pawel [et.al], "Functional Regeneration of Supraspinal Connections in a Patient With Transected Spinal Cord Following Transplantation of Bulbar Olfactory Ensheathing Cells With Peripheral Nerve Bridging", en *Cell Transplantation*, Volume 23, number 12, 2014, pp. 1631-1655.

TALAVERA, Pedro. “Derechos humanos ¿inalienables o disponibles?”, En: *Manual de derechos humanos*. José Justo Megías Quirós (coordinador) The global law collection. Thomson-Aranzadi, Cátedra Garrigues, Navarra, 2006.

TARTUCE, Flávio, *Direito Civil: Lei de Introdução e parte geral*, 9ª ed., Rio de Janeiro, Método, 2013.

TASSINARI CARDOSO, Simone, “Do contrato parental à sócio-afetividade”, en ARONNE, Ricardo (org.) *Estudos de Direito Civil-Constitucional*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2004.

TEPEDINO, Gustavo, *Temas de direito civil*, Rio de Janeiro, Renovar, 1999.

TEPEDINO, Gustavo, *A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*, 2ª ed. rev. atual., Rio de Janeiro, Renovar, 2003.

TEPEDINO, Gustavo, “A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro”, en *Temas de direito civil*, 3. ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2004.

TEPEDINO, Gustavo, “Contornos constitucionais da propriedade privada”, en TEPEDINO, Gustavo, *Temas de direito civil*, 3. ed. rev. e atual., Rio de Janeiro, Renovar, 2004.

TEPEDINO, Gustavo (et al), *Código civil interpretado conforme a constituição da república*, Vol. I, Parte Geral (arts. 1o a 420), Rio de Janeiro, Renovar, 2004.

TEPEDINO, Gustavo, “O Novo Código Civil: duro golpe na recente experiência constitucional brasileira”, em *Temas de direito civil*, Rio de Janeiro, Renovar, 2006.

THALER, Richard; SUNSTEIN; Cass, *Nudge: o empurrão para a escolha certa: aprimore suas decisões sobre saúde, riqueza e felicidade*. Tradução de Marcello Lino, Rio de Janeiro, Elsevier, 2009.

THOMSON, Judith Jarvis, “The Trolley Problem”, em *Yale Law Journal*, 94, 1985, p.1395-1415.

TIMM DE SOUZA, R., “As bases éticas da responsabilidade intelectual”, em TIMM DE SOUZA, R. (org), *Ciência e ética: os grandes desafios*, Porto Alegre, EDIPUCRS, 2006.

TOSCANO DE BRITO, Rodrigo, “Equivalência material: o equilíbrio do contrato como um dos princípios sociais”, em HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio (Coord.), *Direito Contratual: temas atuais*, São Paulo, Método, 2007.

TREVIJANO ETCHEVERRIA, Manuel, *¿Qué es la bioética?*, Salamanca, Ediciones Sígueme, 1998.

UNGER, Peter, *Living High and Letting Die*, Oxford, Oxford University Press, 1996.

VALENTINO ALEIXO CAPELO DE SOUZA, Rabindranath, *O direito geral da personalidade*, Coimbra, Coimbra, 1995.

VALLS, Ramón, “El concepto de dignidad humana”, em *Revista de Bioética y Derecho*, n.5, diciembre 2005.

VALLS, Ramón, *Ética para la bioética*. Disponible en www.bioeticayderecho.ub.es. Consultado el 17 de agosto 2015.

VIDAL MARTÍNEZ, Jaime, “El principio de precaución, biotecnología y derechos inherentes a la persona”, en ROMEO CASABONA, Carlos María (Ed.), *Principio de precaución, biotecnología y derecho*, Bilbao-Granada, 2004.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos, *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*, Coimbra, Livraria Almedina, 1987.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos, *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, 3.ed., Coimbra, Almedina, 2004.

VILAÇA, Murilo Mariano, “Qual natureza humana? Qué aperfeiçoamento? Qual futuro? Reflexões em torno do conceito de natureza humana ampliada”, en *Ethic@*, Florianópolis, v. 12, n. 1, p. 25-51, jun. 2013.

VILAÇA, Murilo Mariano, “Melhoramentos humanos, no plural. Pela qualificação de um importante debate filosófico”, en *Kriterion*, Belo Horizonte, no prelo, 2014.

VILAÇA, Murilo Mariano; MARQUES DIAS, Maria Clara, “Transhumanismo e o future (pós)humano”, en *Physis Revista de Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, 24 [2], 2014, p. 341-362

VIZZOTTO, Alberto, *A função social das patentes sobre medicamentos*. São Paulo, LCTE Editora, 2010.

WALD, Arnald, “Do contrato de adesão no direito brasileiro”, en *RIL*, n. 66, abr-jun, 1988.

WARWICK, Kevin, *I, Cyborg*, University of Illinois Press, 2004.

WELLS, H. G., *A ilha do Dr. Moreau*, E-book: Virtualbooks, 2003.

WIEACKER, Franz, *História do Direito Privado Moderno*, Traduzido por A. M. Botelho Hespanha, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1980.

WOLFGANG SARLET, Ingo (org), *A constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2000.

WOLFGANG SARLET, Ingo, *A eficácia dos direitos fundamentais*, 4ª ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2004.

WOLFGANG SARLET, Ingo, *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, 3. ed. rev. atual. e ampl., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2004.

WOLFGANG SARLET, Ingo, *Curso de direito constitucional*, Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2012.

WOLFGANG SARLET, Ingo; FENSTERSEIFER, Tiago, *Direito ambiental: introdução, fundamentos e teria geral*, São Paulo, Saraiva, 2014.

YOUNG, S., *Designer evolution: a transhumanist manifesto*, New York, Prometheus Books, 2006.

ZAGREBELSKI, G., *Contra la ética de la verdad*. Trad. de A. Núñez Vaquero, Madrid, Trotta, 2011.