

CLONACIÓN REPRODUCTIVA Y CLONACIÓN TERAPÉUTICA: CUESTIONES JURÍDICAS *

Luiz Fernando COELHO

Universidad Federal de Paraná (Brasil).

RESUMEN

El siguiente estudio trata de las repercusiones en el ámbito del derecho y de las instituciones jurídicas de la actual Revolución Genética, cuyo momento más emblemático es la clonación de seres humanos. La organización social y jurídica actual presupone una ética, la de la tradición judeocristiana, y una lógica, que se revela en la noción de un orden jurídico escalonado, según el modelo kelseniano, a partir de la constitución. Ambos presupuestos actúan como obstáculos a la investigación científica en el campo de la bioingeniería, la cual, no obstante, continúa su avance imparable. De ahí que, para superar tales obstáculos, se presentan dos posibilidades doctrinales: o la flexibilización de las prohibiciones mediante el relativo abandono de los principios éticos que protegen el embrión humano, o una transformación conceptual en la concepción analítica tradicional del ordenamiento jurídico. Éste, en la futura sociedad biotecnológica, se verá paulatinamente impregnado de un tipo de racionalidad primordialmente instrumental, de carácter tecnológico, la cual tenderá a superar progresivamente a la racionalidad analítica, de carácter principiológico, característica de los actuales sistemas jurídicos.

SUMMARY

The study deals with the repercussions on legal institutions of the Genetic Revolution, of which the cloning of human beings is the most significant. The present social and legal organization presupposes an ethic, the Western Jewish-Christian ethical tradition, and a system of logic revealed in the notion of a hierarchical legal order, after the Kelsen model, where the Constitution represents the highest step. Both act as obstacles to scientific research in the field of bio-engineering. Nevertheless, such research is increasing. Therefore, to overcome these obstacles there are two doctrinal possibilities: either making prohibitions more flexible through an ethical revision of the principles which protect the human embryo, or a conceptual transformation of the traditional analytical conception of the legal order. This, in the new bio-technological society, is slowly acquiring a much more instrumental technological type of rationality, which tends to overcome the analytical rationality based upon principles, characteristic of present legal systems.

* Traducción de Alfonso de Julios-Campuzano.

1. LA REVOLUCIÓN GENÉTICA Y EL BIODERECHO

En el discurrir de la humanidad ciertos acontecimientos se revisten de un simbolismo historiográfico tan importante que se convierten en emblemas de la propia historia. El nacimiento de Jesucristo divide la historia, de la misma manera que la Revolución Francesa marca el inicio de la modernidad, la nueva fase de la civilización tecnológica. Tras la transición de la posguerra, que llega hasta los años sesenta, hemos pasado a vivir la llamada “posmodernidad”, que ha sido definida como la era de la información. Pienso que ese turbulento periodo de la historia vivido por mi generación, caracterizado además por la victoria aparentemente definitiva del capitalismo y de la ética liberal, conjugado con el triunfo de los ideales de la democracia, del Estado de Derecho y de la defensa intransigente de los derechos humanos, parece desvanecerse con los atentados terroristas del día 11 de septiembre en los Estados Unidos.

En efecto, al igual que la caída del muro de Berlín señaló el fin de la utopía comunista, la destrucción de las torres gemelas del World Trade Center de Nueva York apunta hacia el desvanecimiento de una civilización basada en el dinero y en el lucro a cualquier precio. Pero es también el inicio de una nueva era que va mucho más allá de la posmodernidad. En otro lugar denominé los tiempos actuales como *transmodernidad*¹, una época caracterizada por algunos factores especialmente importantes: la globalización, el dominio de la información, la afirmación generalizada del capitalismo neoliberal y la idea del fin de la historia. A esa caracterización viene ahora a sumarse un nuevo factor: la *revolución genética*.

Así, junto a las sucesivas revoluciones industrial, tecnológica e informática, que condujeron a la posmodernidad, tenemos ahora la revolución genética, capaz de conducir a la humanidad hacia algo desconocido, pero que va a repercutir en la sociedad contemporánea de manera tan contundente que la va a transformar, prácticamente, en un nuevo tipo de sociedad: la sociedad *biotecnológica*. Asistimos al desarrollo sin precedentes de la genética, no solamente como rama de la biología —estudio de las leyes de transmisión de los caracteres hereditarios en los seres vivos y de las propiedades de las partículas que aseguran esa transmisión—, sino también como tecnología de la intervención humana en la creación y desarrollo de la vida vegetal y animal, primero, y humana, después. La clonación humana, aún por concretarse como acontecimiento científico debidamente comprobado, es el marco de esa nueva revolución.

Ligadas a la revolución genética, se asiste al desarrollo de nuevas ramas del saber, las cuales, más que catalizadores de una interdisciplinaria académica, son transdisciplinarias pues, en esta materia, ningún enfoque científico, técnico o filosófico, puede circunscribirse a los fundamentos epistemológicos de una determinada rama del saber, sino que aglutina a la totalidad de la ciencia, de la filosofía, de

1. COELHO, Luiz Fernando, *Saudade do Futuro. Transmodernidade, Direito e Utopia*, Fundação Boiteux, Florianópolis, 2000.

la moral y del derecho. Esas nuevas disciplinas tienen la vida por denominador común, enfatizando al hombre no solamente como reproductor de su especie, sino como su principal factor de perfeccionamiento, pudiendo llegar a una actividad creadora de la propia vida, realizando así lo que un eminente psicoanalista definió como pecado: una *teomanía* o *deseo de ser creador*². Me refiero a la *biociencia*, que es mucho más comprensiva que la tradicional biología, y también a la *bioingeniería*, a la *bioética* y al *bioderecho*³, los cuales se sirven de la *bioinformática*.

Ante lo que hasta el momento ha sido divulgado, y también por el relieve que el asunto ha merecido en los medios nacionales e internacionales (especialmente después de que se anunció el inicio de la práctica efectiva de la clonación humana reproductiva), podemos concluir que ya no se trata de una mera hipótesis científica, sino de una realidad que se produce en laboratorios de todo el mundo, siendo objeto de intensos y apasionados debates que comprenden aspectos filosóficos y religiosos, además de los debates científicos sobre sus límites y posibilidades. En lo que concierne al bioderecho, somos llevados a reflexionar sobre aspectos que trascienden, y mucho, los límites de la discusión dogmática y repercuten de forma avasalladora en todos los espacios del saber jurídico. En efecto, disertar sobre aspectos jurídicos de la clonación humana es mucho más que examinar el tema desde el punto de vista de las normas positivas: es fijar su alcance iusfilosófico, es ubicarlo en las fronteras del tránsito inexorable desde la ideología jurídica actual hacia una nueva mentalidad que tiende a afirmarse a pesar de la resistencia que lo nuevo siempre suscita.

Queda por tanto definido el propósito de este estudio: ubicar el tema de la clonación humana como el marco de la transición, nada fácil e incluso conflictiva, entre la concepción del derecho que impregna la imagen que tenemos de nosotros mismos, de la sociedad y del universo, y la ideología que la creación del primer clon humano tiende a engendrar.

2. CLONACIÓN HUMANA REPRODUCTIVA Y TERAPÉUTICA: EL INICIO DE UNA NUEVA ERA

A partir del advenimiento de la inseminación artificial y de la fertilización “*in vitro*”, se desarrollaron terapias bastante avanzadas para el tratamiento de la infertilidad. La fertilización “*in vitro*” surgió en 1978 y revolucionó la tecnología de la reproducción humana. En aquella ocasión, los médicos Patrick Steptoe y Robert G. Edwards mezclaron óvulos de una mujer y espermatozoides de su marido en una probeta de laboratorio, consiguieron la fertilización después de dos o tres días e

2. KEPPE, Norberto, *O Reino do Homen*, Sao Paulo, Proton, 1983. Del mismo autor pueden consultarse también: *Psicanálise da Sociedade*, Sao Paulo, Proton, 1976; *Contemplação e Ação*, Sao Paulo, Proton, 1981.

3. CIURO-CALDANI, Miguel Ángel, “Globalización/Marginación: ¿Implosión Demográfica?”, *Bioética y Bioderecho*, 5, Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Social, Rosario, 2000.

implantaron los embriones en el útero de la mujer. Uno de los embriones vino a ser Louise Brown, primer bebé probeta del mundo.

En 1992 surgió el proceso de inyección intracitoplásmica, abriéndose con él un enorme abanico de posibilidades de experimentos en biología molecular. En uno de esos experimentos, se extrajo del testículo de un hombre la primera célula del desarrollo del espermatozoide, el espermatogonio, el cual podía ser inoculado en el testículo de otro hombre fértil, o incluso en el testículo de un animal, ofreciéndose así las condiciones para su crecimiento dentro de un testículo fértil. Esa célula, que no era atacada inmunológicamente tras ser implantada en el testículo en el que había sido introducida, pasaba a desarrollar los espermatozoides del donante primitivo, que no conseguía formarlos en su propio testículo. La experiencia concluía con la recuperación de los espermatozoides así producidos, los cuales podrían fertilizar el óvulo de la mujer del donante no fértil. El mismo principio llevó a algunos investigadores a trabajar con óvulos de mujeres que, con el advenimiento de la menopausia, habían perdido la capacidad de fertilizar. Se estudió así la posibilidad de transferir parte del citoplasma del óvulo de una mujer joven al citoplasma del óvulo de una mujer de edad avanzada, para ver si sus óvulos ganaban mayor potencial de gestación.

La clonación destinada a la reproducción de individuos humanos es, por tanto, el resultado del profundo avance en la medicina reproductiva. Pero ésta tiene sobre todo finalidades terapéuticas, al vislumbrarse la superación del problema, hoy agudo, de la donación de órganos para trasplante. Se trata del uso de células-madre, que pueden ser transformadas en cualquier parte del cuerpo humano, inclusive en neuronas. Teóricamente, tales células pueden restaurar el tejido cardíaco dañado en caso de infarto y, según se informa en los foros médicos, hasta los paralíticos podrán caminar a medida que las células-madre tengan la posibilidad de sustituir los tejidos imperfectos o dañados de la médula espinal. El desarrollo de esa tecnología ha sido considerada como la gran vía para la medicina del siglo XXI, porque torna posible la cura de enfermedades degenerativas, tales como el Alzheimer y el Parkinson.

Si seguimos la información internacional, tendremos conocimiento de que en Gran Bretaña se espera ya el nacimiento del primer bebé especialmente concebido para garantizar que su sistema inmunológico sea compatible con el de su hermano, enfermo de leucemia. El hecho en sí nada tiene de extraordinario si no fuera por la circunstancia de que el embrión del futuro bebé resultó de la elección, entre embriones saludables, de uno que fuese portador de determinadas características aptas para asegurar con mayor probabilidad su finalidad terapéutica. Tan pronto como el bebé nazca, serán extraídas de su cordón umbilical células madre y congeladas para su uso futuro. O sea, se trata de un bebé proyectado en laboratorio para finalidades eminentemente terapéuticas.

Es claro que ese avance suscitó oposiciones, entre ellas la de la Iglesia Católica que, desde 1987, condenaba ya las prácticas de inseminación artificial y reproducción asistida. Los argumentos esgrimidos consideraban la existencia de hechos totalmente contrarios a la moral cristiana, como la destrucción de los embriones

humanos no utilizados en la implantación y el desplazamiento de la reproducción hacia fuera del contexto conyugal, principalmente ante la posibilidad de que la fertilización se produjera con la intervención de un donante que no fuese el marido. Considerando el matrimonio una unión indisoluble entre hombre y mujer, un sacramento, la Iglesia se oponía terminantemente, como aún se opone, a la eliminación de un eslabón esencial entre el acto conyugal y la procreación.

En Brasil, los problemas éticos llevaron al Consejo Federal de Medicina a regular las condiciones para la utilización de las técnicas de reproducción asistida. Entre otros dispositivos, se dispone que la donación de gametos o pre-embriones no tenga carácter lucrativo o comercial; que los donantes no deben conocer la identidad de los receptores y viceversa; que la cesión temporal del útero (“madre de alquiler”) no podrá tener carácter lucrativo o comercial; y que las donantes temporales del útero deben pertenecer a la familia de la donante genética⁴.

La reproducción asistida por laboratorio ha producido innumerables casos de embarazos múltiples, aunque eso también pueda ocurrir en la reproducción natural. Matrimonios con dificultades para tener hijos tienen sus óvulos y espermatozoides cedidos a laboratorios para la fecundación “*in vitro*”, implantándose después en el útero los embriones obtenidos. La implantación en el útero de una cantidad mayor de embriones aumenta la posibilidad de éxito en el procedimiento, pero, en contrapartida, aumenta el riesgo de embarazo múltiple, con mayor peligro para la madre y para los hijos. Una mujer que espera más de un hijo se enfrenta a una mayor probabilidad de hipertensión arterial, disfunciones renales y riesgo de parto prematuro. Todo eso puede repercutir en los bebés, causando, incluso, problemas mentales. Por eso mismo, el Consejo Federal de Medicina determina que sean implantados como máximo cuatro embriones, pero casos recientes de quintillizos en Brasil evidencian que esa norma puede no estar siendo respetada. Se argumenta que “cuatro” es una cantidad máxima que puede evitar el embarazo múltiple, pues es raro que una mujer con dificultad para quedarse embarazada mantenga todos los embriones implantados.

Para evitar el embarazo múltiple en la fecundación “*in vitro*” hay dos opciones: se puede reducir el número de embriones a implantar o intentar la técnica de la reducción embrionaria, que consiste en la eliminación de embriones del útero de la madre cuando ésta espera más de un hijo. La reducción embrionaria, que en principio se realiza en los laboratorios, acaba por transformarse en un problema bastante agudo en los países pobres, donde se ha demostrado estadísticamente una mayor tendencia a un número mayor de hijos, sea por ignorancia o falta de información, sea simplemente por la carencia de las condiciones mínimas para el control de la natalidad. Pero la decisión de elegir al embrión que va a sobrevivir representa una auténtica “*elección de Sofía*”.

El extraordinario avance de esa nueva ciencia de la vida hace emerger innumerables cuestiones que deben ser afrontadas por la bioética y por el bioderecho

4. Resolución nº 1358/92 del Consejo Federal de Medicina.

(algunas de las cuales ya habían sido planteadas con relación al aborto y a la eutanasia), y que repercuten en la actual regulación jurídica de todos esos temas correlacionados, inclusive la clonación conjugada con la reproducción asistida. En la reducción embrionaria, al igual que en la clonación terapéutica, se produce la eliminación de embriones, pues las células madre son extraídas de los embriones con apenas algunas horas de vida, como máximo a los cuatro días, y para eso resulta necesaria la producción de embriones humanos mediante clonación, pues es prácticamente imposible detectarlos al inicio del proceso de embarazo. Y la pregunta que se hace es si la destrucción de embriones no equivale al asesinato de un ser humano.

Otro problema que se presenta es el del uso comercial de los descubrimientos de la biociencia, como la patente de genes y la creación de nuevos medicamentos derivados de los descubrimientos biocientíficos. Hace poco tiempo asistimos en Brasil al conflicto entre el gobierno federal y los laboratorios extranjeros titulares de patentes de medicamentos contra el sida. Está muy reciente, también, la actitud del gobierno canadiense de violar la patente de la producción de antibióticos contra virus utilizados en las guerras biológicas, problema que afecta a todos los países y que se agudiza en los Estados Unidos.

Si las inversiones en el área de la producción de remedios deben generar lucro, lucros que estimulan nuevas investigaciones y que deben ser protegidos por las leyes, no se puede olvidar que la financiación, las subvenciones gubernamentales y todo el conjunto económico que hizo viables tales investigaciones, no son resultado de esfuerzos aislados, sino de la economía de todos los pueblos que, directa o indirectamente, aún más en el actual estadio del capitalismo global, contribuyeron para que unos sean más ricos y poderosos y, por consiguiente, estén en mejores condiciones para promover la investigación médica y farmacológica. Y todos los pueblos tienen igual derecho a los resultados de esa investigación, esto es, cualesquiera descubrimientos que puedan beneficiar a la humanidad se incorporan al derecho común de todos los pueblos. En suma, la necesidad del lucro no puede servir de pretexto para que poblaciones enteras permanezcan marginadas, excluidas de los beneficios del progreso científico. Pero el hecho es que la patente y comercialización de genes viene a sumarse a los grandes problemas éticos del siglo XXI, unidos a la explotación, al autoritarismo, a las desigualdades sociales y a la exclusión.

3. LA SISTEMICIDAD ANALÍTICA DEL DERECHO Y LA DIMENSIÓN JURÍDICA DE LA CLONACIÓN HUMANA

Una visión, aunque superficial, del modo como el asunto es tratado por el derecho positivo en la mayoría de los países revela cierta oposición, por no decir intolerancia, hacia las investigaciones científicas y de laboratorio actualmente en curso acerca de la clonación humana y otras experiencias correlativas. Tal intolerancia deriva, en primer lugar, del área de sacralidad con que las legislaciones de

los pueblos tratan el tema de la vida y de los derechos humanos, herencia de la tradición judeocristiana del mundo occidental. En segundo lugar, por el carácter analítico de los ordenamientos jurídicos de los pueblos modernos, que conducen a una prevalencia de los principios sobre los hechos de la experiencia.

Así, ciertas exigencias éticas impuestas por las religiones, por las tradiciones o simplemente por la moral social, son transformadas en principios éticos que son incorporados en las normas jurídicas fundamentales de la sociedad. Y se pretende que los hechos de la experiencia sean subsumidos en esas normas jurídicas fundamentales, así como, directa o indirectamente, en aquellos principios éticos. Tal es la lógica consagrada en la tradición jurídica de nuestra vieja dogmática occidental, que ve en las cuestiones jurídicas un problema principiológico, en vez de ubicarlas entre las cuestiones sociales. Se entiende el orden jurídico bajo la forma lógica piramidal del modelo kelseniano, en el que las normas jurídicas se apoyan analíticamente las unas en las otras, formando un sistema lógico coronado por la constitución. Ésta, a su vez, es un compendio de principios extraídos de la experiencia cultural de los pueblos.

Dentro de esa perspectiva se advierte nítidamente una jerarquía de principios relacionados directamente con el problema de la clonación humana. En el análisis de esos principios nuestro referente es el derecho brasileño, pero el resultado de nuestra observación vale para los otros sistemas jurídicos occidentales, al menos para los pertenecientes al sistema romanista. El primero de ellos es la declaración constitucional de que la *dignidad de la persona humana* es uno de los fundamentos de la República Federativa de Brasil, como cláusula pétrea, junto a la soberanía, la ciudadanía, los valores sociales del trabajo y de la libre iniciativa y el pluralismo político⁵. Esa ubicación del principio de la dignidad de la persona humana en el mismo nivel axiológico de valor supremo de la nación es consecuencia de una mudanza en el horizonte axiológico del derecho que se verifica en todos los sistemas jurídicos de la tradición occidental. Se sabe que el concepto jurídico de persona se desligó de su contenido ético, romanístico y medieval que lo identificaba con el ser humano y pasó a absorber la connotación civilística de *sujeto de derecho*, engendrada en el contexto de la filosofía jurídica alemana del siglo XIX, más específicamente, por el historicismo pandectista germánico. Más aún, a partir de la prevalencia del derecho civil como *ius commune*, y de la noción pandectista de *concepto jurídico fundamental* como núcleo universal de la juridicidad, el concepto de persona quedó impregnado de contenido patrimonial, pues los derechos subjetivos de que la persona sería titular eran traducibles en términos económicos. E incluso el patrimonio pasó a ser definido como reflejo económico de la persona.

Hoy en día, sin embargo, se observa una recuperación del concepto ético originario de persona como ser dotado de especial dignidad. Aunque las leyes no presenten un concepto jurídico de “dignidad”, ésta es entendida en función de un

5. Artículo 1º de la Constitución de la República Federal de Brasil.

contenido iusnaturalista, como valor-fuente de un conjunto de derechos ubicados por encima y más allá de las disposiciones jurídicas del Estado. Ese retorno a la dignidad de la persona humana, aunque filosóficamente hunda sus raíces en el Iluminismo y, en particular, en la escuela clásica del derecho natural de carácter racionalista que superó el antiguo iusnaturalismo metafísico que nos legó la antigüedad grecorromana, representó paradójicamente, en lo que concierne a su incorporación a los derechos positivos del mundo occidental, una reacción a la barbarie de los totalitarismos del siglo XX, una respuesta a los crímenes cometidos por el nazismo, por el fascismo, por las dictaduras y por los despotismos, surgiendo de ahí la noción de que ciertos delitos eran crímenes contra la humanidad pues, además de afectar a las víctimas individualmente consideradas, atentaban contra la especie humana.

En ese contexto, la dignidad de la persona humana es elevada a la condición de principio constitucional absoluto en la mayoría de las constituciones modernas, incluso en la brasileña de 1988, así como en los documentos internacionales más representativos, como la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948. Ha de registrarse, como antecedente histórico, el caso de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano que, con origen en la Revolución Francesa de 1789, fué incorporada a la Constitución de 1958 a partir de 1971. En ambos casos se declara que la vida y la salud son bienes jurídicos esenciales de la naturaleza humana. En Alemania, la Ley Fundamental de 1949 declara que la dignidad del ser humano es inalienable. En Italia, la Constitución de 1947 se refiere a los derechos inviolables del hombre. En Portugal, la Constitución de 1976 declara igualmente que la dignidad de la persona humana es una de las bases de la República.

De ahí deriva la cuestión jurídica fundamental que se nos presenta: ¿cómo conciliar la investigación científica relacionada con el embrión humano, con las exigencias de respeto a la dignidad de la persona humana? Éste es el problema nuclear no sólo de la bioética sino también del incipiente bioderecho. En la Constitución Brasileña de 1988 hay también, en el preámbulo, otro factor que debe ser considerado, la invocación de Dios, que responde a un profundo sentimiento religioso que considera a Dios como el *creador*. Es imposible dejar de interpretar la expresión “dignidad de la persona humana” sin relacionarla con la invocación de Dios, creador y protector.

Así, la gran pregunta que se suscita es si el embrión humano, esté o no creado en un laboratorio, es una persona humana. Está implícito, en la carta constitucional brasileña, que la persona es creada por Dios. Aunque se haya deseado atribuir una connotación meramente retórica a la declaración del preámbulo de la Constitución en virtud de la cual los constituyentes se reunían bajo la protección de Dios, aunque tal declaración haya sido meramente política, para preservar una tradición, como expresión de una época, ésta en realidad refleja los sentimientos y la creencia de la mayor parte de la población brasileña en la existencia de un Dios creador. Si interpretamos sistemáticamente la Constitución, articulando el preámbulo con los contenidos normativos referidos a la dignidad de la persona humana, llegaremos a la conclusión de que al hombre le está vedado suprimir la vida concedida por Dios.

El segundo principio lo encontramos en las normas hermenéuticas establecidas en la nueva Ley de Introducción al Código Civil⁶, normas que imponen el acatamiento a los principios generales del derecho en la integración de las lagunas. En la medida en que constatamos la existencia de lagunas axiológicas en el ordenamiento jurídico -pues la clonación humana es un tema actual, imprevisible no sólo para los legisladores del Código de 1916 sino también para los del actual proyecto en discusión en el Congreso Nacional- nos vemos obligados a considerar, en función del presupuesto de la plenitud del ordenamiento jurídico, el principio de la dignidad de la persona humana en los eventuales litigios.

El tercer principio es la inserción, en el sistema general del Código Civil, de expectativas de derechos inherentes al *nasciturus* y, por obra de la jurisprudencia, de los derechos de la personalidad, tales como la protección de la intimidad, de la imagen, del nombre, del *propio cuerpo*, todo ello con base en los anteproyectos de Código Civil y, más recientemente, con fundamento en el Proyecto de Código Civil de 1975. Aunque sea resultado de una construcción jurisprudencial, puesto que los llamados derechos de la personalidad no constan en el Código Civil, éstos se hallan inscritos en el art. 5º princp. de la Constitución Federal, cuando se refiere a la “inviolabilidad del derecho a la vida”. Y el derecho a la vida comprende ciertamente el derecho a la concepción, a la descendencia y al nacimiento. Dentro de esa sistemática analítica es donde se inserta una legislación eminentemente proteccionista de los derechos humanos del embrión.

Es claro que, en estas consideraciones, me ciño a la clonación reproductiva, ya que la clonación terapéutica, inclusive los trasplantes exógenos, es decir, la implantación de órganos de animales en seres humanos, no ofrecen los obstáculos éticos de la primera. Teniendo en cuenta que el progreso científico en ese área es irreversible, que los países que no desarrollan su investigación están condenados al atraso tecnológico, el mayor problema que se presenta es ponderar las necesidades de la investigación científica con la protección jurídica de los derechos individuales y, principalmente, de los derechos humanos.

Ante principios como el de la inviolabilidad de la vida, de la dignidad humana y de la individualidad, surgieron ya campañas mundiales para que todos los países instituyan leyes que prohíban la clonación de seres humanos. En Alemania, la ley regula la protección a los embriones y prevé ocho delitos y una infracción administrativa, cual es la de conservar un embrión o un óvulo humano sin ser médico. Asimismo, se establece una pena de cinco años de prisión para el delito de crear un clon humano e implantarlo en el útero de una mujer. En Brasil, se considera delito la manipulación genética de células humanas germinales y la intervención en material genético humano “in vivo”, excepto para el tratamiento de defectos genéticos, en cuyo caso se precisa la autorización previa de la Comisión Nacional de Bioseguridad, respetándose los principios éticos tales como el principio de la autonomía de la

6. Decreto-Ley n.º 4657 de 4 de septiembre de 1942.

persona y el principio de beneficencia. Para ambos tipos penales la pena es de prisión de tres meses a un año. Si la práctica del delito tiene resultado de muerte, la pena es de seis a veinte años de reclusión. Igual penalidad es aplicada a quien produzca, almacene o manipule embriones humanos destinados a servir de material biológico disponible⁷. Además de ello, la ley prohíbe, con pena de prisión de tres meses a un año, la intervención “*in vivo*” en material genético de animales, exceptuados los casos en que tales intervenciones se constituyan en avances significativos en la investigación científica y en el desarrollo tecnológico, respetando principios éticos como el de la responsabilidad y el de la prudencia, con la aprobación previa de la referida comisión.

Se prohíbe por tanto la manipulación genética de células germinales humanas y la intervención sobre material genético humano vivo, sea en la propia persona, sea en embrión o en célula, excepto para el tratamiento de defectos genéticos. No obstante, la experiencia ha demostrado que la ley penal nunca es suficientemente eficaz, pues siempre hay alguien que la transgrede. Por eso, resulta ilusorio pensar que la mera restricción moral y penal será suficiente en el futuro para impedir una experiencia de clonación de seres humanos. Se comprenden, por tanto, las razones por las cuales aflora, cada vez más convincentemente, el sentimiento de que no sólo esa legislación sino también la mentalidad que la inspiró tienen que ser cambiadas.

A esta altura ya están siendo estudiadas respuestas a esos cuestionamientos bioéticos y se registran opiniones favorables al ablandamiento de las prohibiciones y a una flexibilización de las leyes penales sobre la materia. Algunos países se adelantan ya en esa flexibilización. En Gran Bretaña, por ejemplo, se ha producido una alteración legislativa a partir de diciembre de 2000 en el sentido de permitir la creación de embriones humanos para fines de investigación científica, siendo considerada la clonación humana uno de los métodos para esa creación. Y en los Estados Unidos permanece abierto el debate sobre la posibilidad de financiación pública de tales experimentos. En ambos casos, el argumento teleológico prevalente es la obtención de células-madre. Sin embargo, la investigación ha demostrado que las células-madre pueden ser obtenidas de órganos de individuos adultos con igual eficiencia que las obtenidas del embrión, lo cual recrudece los debates sobre la búsqueda de alternativas menos traumáticas.

4. LA CLONACIÓN HUMANA Y EL FUTURO DE LAS INSTITUCIONES

Pero la sociedad biotecnológica producida por la revolución genética, ahora en formación, ofrece algunos aspectos que deberán exigir mudanzas en los criterios de legitimidad del orden social y jurídico, cuando no la superación de los criterios

7. Ley n.º 8974 de 6 de enero de 1995.

actuales consagrados por la tradición jurídico-política. Aunque sea aún pronto para realizar previsiones, se puede afirmar que existen dos transformaciones importantes que se presentan ya como inherentes a la nueva sociedad: la liberación de la mujer y la intervención científica en el proceso natural de la evolución.

Si en la década de los sesenta la elaboración de la píldora anticonceptiva significó la liberación de la mujer de un autoritarismo consuetudinario que la obligaba a permanecer virgen hasta el matrimonio, estigmatizaba a las que permanecían solteras, las sometía al despotismo del padre, del marido e, incluso, de los hijos, constituidos en guardianes de su honra, y les impedía tener acceso al trabajo fuera del hogar, la clonación humana representa una segunda liberación, que podemos definir como una *revolución uterina*. La mujer de la sociedad biotecnológica, además de poder generar hijos sin necesidad de la unión sexual, no precisará ya quedarse embarazada ni soportar los inconvenientes de las transformaciones corporales, para generar hijos sanos.

Lo que en realidad se está produciendo es una ampliación del espacio jurídico del sujeto de derecho, que desborda los límites del Estado e invade los sectores más recónditos de la vida humana, tales como el espacio cibernético, dominado por los ordenadores, y el espacio bioético, dominado por los laboratorios de bioingeniería. De ahí que el bioderecho deba afrontar la emergencia del nuevo sujeto de derecho, el embrión humano. La ampliación del espacio jurídico, de forma que abarque los derechos bioéticos, repercute sin duda en el concepto de familia, pues se vislumbra la posibilidad de filiación a partir de un sujeto individual o incluso de un matrimonio homosexual. Se abren también perspectivas para nuevas formas de discriminación, pues el futuro nos permite admitir la existencia de niños, adolescentes y adultos genéticamente *mejorados*, los cuales deben competir en la escuela, en la sociedad y en el mercado de trabajo con niños, adolescentes y adultos *naturales*. Todo eso se agrava por el hecho de que la posibilidad de elección de los caracteres genéticos de un hijo será un privilegio más, reservado a quien tenga dinero para costear la biotecnología necesaria.

Tal reflexión sobre las nuevas formas de exclusión que pueden derivar de la bioingeniería viene a propósito de lo que se constata actualmente en Brasil en lo concerniente a una forma de exclusión, tan disimulada como perversa, que se produce en nuestro sistema de enseñanza superior. En Brasil, las plazas de las instituciones de enseñanza superior (universidades federales, estatales y municipales) mantenidas con recursos públicos, esto es, con el dinero de los contribuyentes, dedicadas, por tanto, a la enseñanza pública y gratuita, son reservadas preferentemente para los hijos de las clases medias y de los más afortunados económicamente, esto es, para los jóvenes y los adolescentes que fueron bien alimentados desde la infancia, cursaron estudios en los mejores colegios, tuvieron profesores particulares para suplir eventuales deficiencias educacionales, frecuentaron cursos de idiomas extranjeros, participaron de intercambios estudiantiles, etc...; todo ello porque sus padres tuvieron dinero. Y esos hijos privilegiados disputan las plazas de ingreso en la universidad a los hijos de los obreros y de la clase media baja, asalariados o desempleados que apenas tienen dinero para comer, cuanto menos para costear una

enseñanza de calidad. ¿Qué decir entonces de los futuros jóvenes genéticamente mejorados, jóvenes cuyo coeficiente intelectual ha sido mejorado por la bioingeniería, sufragada por sus padres? La posibilidad de diseño genético de la persona permite prever también repercusiones en el régimen jurídico del contrato de seguro, pues las personas que presenten características genéticas consideradas desventajosas para las empresas de seguros, podrán ser discriminadas, ya sea mediante obstáculos en la contratación, ya sea por el incremento en las cuantías de las primas.

En cuanto a la segunda transformación que se percibe en el horizonte actual de la sociedad biotecnológica, vislumbramos la intervención racional en el proceso de la evolución a través de la ciencia. Se trata de la introducción de nuevos procesos de selección para el perfeccionamiento de la especie humana, en la estela del evolucionismo de Darwin. Hasta ahora, convivimos con la realidad de la selección natural, impuesta por la naturaleza. Aunque se hayan producido innumerables desviaciones que sacudieron la consciencia ética de la humanidad, podemos reconocer el hecho de que, a semejanza de otras especies, la humanidad parece estar sometida a un proceso de selección, en el cual tienen participación las acciones conscientes de los propios hombres. Cada tipo de cultura practica las acciones de selección humana con un estilo especial, referido, en ocasiones, como disponibilidad de la fuerza física y, en otras, como preferencia de los más aptos intelectualmente, etc.

En nuestros días, la cultura occidental impulsa el mundo hacia la nueva era de la biotecnología, en la cual las posibilidades de selección de la especie humana parecen aproximarse a una vía antes inimaginable: la modificación genética de los individuos por la acción del propio hombre. Aunque esa perspectiva repugne a la conciencia de la humanidad, aún estremecida ante la memoria de los crímenes del nazismo, el hecho es que pueden ser introducidos nuevos procesos de selección para el perfeccionamiento de la especie humana. Eso conlleva un aspecto peligroso, pues, aunque relegado a un pasado que la humanidad pretende sepultar, el fantasma del racismo podrá reaparecer, oculto bajo las tesis que resucitan el viejo darwinismo social y el racismo científico de la eugenesia.

El darwinismo social, aplicación de la teoría de la selección natural en el ámbito de la vida y de la sociedad humana, presentada por Charles Darwin en 1859, fue engendrado por Spencer, que creó la expresión “supervivencia de los más aptos”, al considerar que la vida en la sociedad es una lucha natural, siendo por tanto natural que triunfen los más aptos, alcanzando así éxito, riqueza, acceso al poder social, económico y político; de la misma forma, es normal que los menos aptos fracasen, quedando privados del acceso a cualquier forma de poder. En realidad, el darwinismo social, vinculado desde luego a ideologías eugenésicas y racistas, sirvió a la época para legitimar ideológicamente la sociedad capitalista. La eugenesia fue fundada en 1883 por Galton. Preconizaba la formación por el Estado de una élite genética por medio del control científico de la procreación humana, bien mediante la inducción a no procrear de los menos aptos o bien mediante su eliminación. Se orientaba al perfeccionamiento de la raza. Muchos países adoptaron medidas de esterilización, avaladas por intelectuales eminentes. Así, sólo en los Estados Unidos se esterilizó, entre 1900 y 1940, a casi 36.000 personas entre

enfermos mentales, vagabundos y marginados. Hitler se basó en buena parte en el darwinismo social, en la eugenesia y en el racismo científico, provocando el genocidio que conmovió a la humanidad.

El primer teórico del racismo fue Gobineau que defendió la superioridad de la raza aria en la obra *Ensayo sobre la desigualdad de las razas humanas*, de 1853. Es sabido que Gobineau fue embajador de Francia ante el emperador brasileño, Pedro II, y que su libro fue escrito a partir de las observaciones de la sociedad de Rio de Janeiro de la época, demostrando un profundo prejuicio contra los negros y mulatos, sometidos entonces a la esclavitud en el Brasil imperial. Los vínculos del darwinismo social con el racismo, pretendidamente “científico”, fueron establecidos por el antropólogo De Lapouge, el cual intentó demostrar las correlaciones entre la situación social de los individuos y su identidad biológica o racial. Conforme a ese *desideratum* dividió las razas en dos grupos: razas superiores, constituidas por los arios, e inferiores, que englobaban, entre otros, a los negros y a los judíos. Como puede apreciarse, Hitler contó con importantes científicos que proporcionaron criterios para su trágica experiencia.

5. LA POIÉTICA DEL DERECHO Y EL ENIGMA DE LA ESFINGE

Cuando se producen mudanzas significativas en la historia humana, con capacidad para modelar comportamientos individuales y colectivos, surgen siempre nuevas doctrinas e ideologías que se encargan de proporcionar el respaldo de legitimidad necesario a las nuevas posturas. Así ocurrió en la Antigüedad, cuando las leyes de la ciudad fueron consideradas como manifestaciones de las leyes del cosmos. Las regularidades que los griegos observaban en el universo, el movimiento de las estrellas, la sucesión de los días y de las noches y de las estaciones del año, tenían la misma naturaleza que las leyes de la ciudad. En la Edad Media, la doctrina del poder divino de los reyes reflejaba la legitimación religiosa del poder soberano, y la organización jerárquica de la sociedad, que establecía graduaciones de la nobleza hasta llegar al rey, se reflejaba en la creencia en una corte celestial, el reino de Dios y su corte de santos, rodeado por un ejército de ángeles, arcángeles, querubines y serafines. En los tiempos actuales, la organización política de la sociedad está legitimada por la creencia en el carácter racional de las leyes y en la neutralidad del Estado, llamado democrático y de derecho, protector de la libertad y de la igualdad y encargado de sembrar la justicia entre los ciudadanos, a través del poder judicial, igualmente neutro.

Si consideramos que todos esos factores se imponen inexorablemente como realidad histórica actual y que la vieja ideología principiológica, con su consecuente organización analítica abstracta, actúa como traba al libre desarrollo de la investigación científica en ese área, es lícito indagar cuál es la ideología que la nueva era va a engendrar, qué ideas, doctrinas filosóficas, teorías científicas y concepciones filosófico-jurídicas van a proporcionar el necesario soporte de legitimidad. Pero la ideología no se insinúa solamente por el trabajo teórico sino que se vale

también de los instrumentos de manipulación ideológica para tornar aceptables por la opinión pública las nuevas prácticas derivadas del avance científico y tecnológico y la nueva sociedad generada por la revolución genética. Se comprende, por consiguiente, que el tema de la clonación humana vaya siendo progresivamente banalizado, en virtud de su divulgación para el gran público a través de medios de acceso, como novelas de televisión y revistas populares, que tienen mayor penetración entre los sectores de población con menor nivel cultural⁸.

En realidad, las profundas transformaciones a que asistimos repercuten en el orden jurídico de manera tan avasalladora que afecta incluso al propio concepto de ordenamiento jurídico, repercutiendo, también, en la propia ideología del derecho⁹. En primer lugar, las excepciones a los principios siempre existieron y siempre fueron legitimadas por consideraciones metajurídicas. No me refiero a las eximentes de carácter penal, jurídicamente aceptadas, que justifican actos y actitudes que constituirían delitos, como la legítima defensa, el estado de necesidad y el ejercicio regular de un derecho o un deber. Me refiero a las modificaciones en curso en el propio concepto de orden jurídico, que minimizan el carácter dogmático de los principios, relativizándolos en función de nuevos criterios de juridicidad.

La primera de esas modificaciones se refiere a la transformación de la norma jurídica en norma técnica. El derecho es cada vez más técnico, y esto significa que progresivamente está perdiendo su carácter principiológico, regido por una racionalidad analítica que fundamenta la validez y la legitimidad en normas superiores. Siendo de carácter técnico, las leyes se transforman en reglas anancásticas, equivalentes a las reglas del juego, regidas por otro tipo de racionalidad: una racionalidad instrumental, de medios a fines. Vale el objetivo a alcanzár, no el principio que deba ser preservado. Ya el juez Oliver Wendell Holmes, del Tribunal Supremo Norteamericano, afirmó que el derecho existe para resolver concretos problemas sociales, no para mantener principios. Esta consideración tópica de la norma jurídica está cada vez más presente en la mentalidad de los legisladores, de los administradores, de los gobernantes, de los empresarios e incluso de los jueces. A medida que las relaciones sociales se tornan más complejas, más numerosas y diversificadas, aumenta la lagunaridad del ordenamiento jurídico.

8. En Brasil, una novela de televisión presenta la clonación como algo extremadamente deseable en las circunstancias ficticias suscitadas por el trabajo literario. Me refiero a la novela *El clon*, cuya trama narra la historia de un médico que trata de clonar a su ahijado muerto en accidente. El actor que representa al médico ha defendido, en entrevista, la creación de copias de seres humanos alegando que eso puede corregir la trayectoria de los seres humanos. Para el actor, la religión justifica la clonación, como consecuencia de la solidaridad que todas las religiones predicán. O sea, concluye, la religión combina con todo lo que sea biológicamente deseable. Tales opiniones, emitidas en nombre propio y no del personaje, provenientes de una persona ampliamente conocida por el pueblo en general, tienen el efecto ideológico de atraer la simpatía popular hacia un problema hasta ahora restringido a los medios académicos.

9. Vid. COELHO, Luiz Fernando, *Saudade do Futuro*, ob. cit.

Otra modificación es la que concierne al concepto de ordenamiento jurídico. Éste deja de ser una estructura lógico-formal, analítica, según el clásico modelo de la pirámide kelseniana, y pasa a ser configurado como una reunión de microsistemas: el familiar, el empresarial, el tributario, el ambiental, el sociolaboral, el bancario, el de los consumidores, etc., referidos y comprendidos por un ambiente que es el propio macrosistema de las relaciones sociales. Cada uno de esos microsistemas normativos, a su vez, se articula con otros microsistemas sociales, como el político, el económico, el médico-sanitario, el educativo, etc. y, al mismo tiempo en que se diferencian del ambiente macrosistémico, lo reproducen. El modelo para esa nueva comprensión del ordenamiento jurídico es la teoría de los sistemas autopoieticos de Luhmann. No obstante, la autopoiesis es tan solo un aspecto parcial del fenómeno jurídico que evidencia la aptitud de la propia sociedad para mantener sus instrumentos de control social, institucionalizados o no, de los cuales la normatividad jurídica es, si no el más eficiente, por lo menos el más sofisticado producto de elaboración racional.

En realidad, paralelamente al conjunto de las reglas de derecho, la sociedad mantiene otros conjuntos normativos, orientados todos hacia su propia reproducción organizacional, los cuales son pensados, repensados y ejercitados dentro de ciertos criterios de racionalidad práctica que constituyen la economía, la política, la religión, la ciencia y la filosofía. Se trata, en el fondo, de mantener el orden social con un mínimo tolerable de disenso. Pero se debe tener en cuenta que, entre todos los conjuntos normativos, el derecho tiende a absorber a los demás, pues al final de los procesos de organización sectorial, en la medida en que tratan de alcanzar eficacia, tienden a revestirse de las formas de expresión generadas por el saber jurídico y consolidadas en la praxis del derecho positivo. De ahí que, si el carácter autopoietico del derecho es un hecho empíricamente comprobable, el pensamiento crítico ha demostrado que esa autopoiesis es sólo un aspecto de la iuspoiesis, o sea, el derecho es un fenómeno mucho más complejo cuyo ser se agota en su propia hermenéutica; o, como diría Heidegger, cuya interpretación se identifica ontológicamente con su sujeto, con su propio objeto y con el producto del acto de interpretar¹⁰. El derecho se transforma en la medida de las necesidades de la transformación social, y éstas lo preceden en cuanto fenómeno social. Se puede por tanto concluir que las necesidades oriundas de la adaptación de la sociedad a la revolución genética acabarán por comprender al propio derecho, cuya poietica manifiesta la poiesis de la sociedad misma.

Poiesis en griego significa acción, pero también creación, y la poiesis jurídica trata de reconocer en el fenómeno jurídico una especie de *ontocreación*. O sea, el derecho, más que autopoietico es *monopoiético*, porque tiende a absorber todas las formas de control social de la conducta intersubjetiva, pero es también *alopoiético*

10. STRECK, Lênio Luiz, *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*, 3ª edic., Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2001.

porque, al absorberlas, se alimenta y retroalimenta de ellas y, finalmente, es *ontopoiético*, en el sentido de ontocreativo, pues se autocrea y recrea juntamente con la ontocreación de su espacio ontológico: la sociedad. En suma, el derecho de la futura sociedad biotecnológica deja de ser principiológico y pasa a ser tecnológico.

¿Cómo repercute eso en la comprensión de nuestro objeto de estudio, el tema de la clonación humana? Si consideramos que en la sociedad biotecnológica el fin justifica los medios, y que esa ideología viene siendo legitimada por la nueva racionalidad instrumental y nuevo criterio de legitimidad funcionalista, especie de legitimidad ontopoiética, tenemos que los procedimientos técnicos de manipulación genética serán legitimados en función de sus objetivos técnicos (la producción de medicamentos, la cura de enfermedades y el alargamiento de la vida humana), tal como ya ocurre con la ingeniería genética destinada a la producción de alimentos. Y las normas jurídicas que traten de regular la clonación humana, así como los pronunciamientos judiciales que se insten por ciudadanos que se sientan perjudicados en sus derechos, tendrán que tener en cuenta, además de los principios jurídicos, el hecho de que el espacio bioético del derecho se confunde con el ambiente de los laboratorios, donde los “frankenstein” de la transmodernidad pueden ejercer a placer su papel de aprendiz de hechicero. Tenemos que tener presente el enigma de la esfinge: descíframe o te devoro. O desciframos el enigma de la vida o él nos ha de devorar.