

Cecilia Rosales Rigol*

Algunas reflexiones en torno a la dignidad y a la vida humana a propósito de una posible reforma constitucional

I.- Introducción

Hace unos días, en el Congreso Nacional se planteó por un honorable diputado la necesidad de discutir un proyecto de ley que autorice el aborto, siendo desechada tal posibilidad por la generalidad de los parlamentarios. Llama la atención que no se diera mayor argumentación acerca de una cuestión que resulta esencial, y, por qué no decirlo, vital. Recuerdo eso sí, que aquellos que se manifestaron en contra, plantearon un problema de constitucionalidad que obligaría a reformar, nuevamente, la Constitución.

Si algo se le olvidó a aquel legislador fue que el Constituyente derivado (y por tanto él mismo, incluido el Presidente de la República), ampliando el catálogo de derechos a los contenidos en los tratados internacionales ratificados y vigentes, desde la reforma de 1989, permitió la incorporación al derecho interno, entre otros, del Pacto de San José de Costa Rica, cuyo artículo cuarto, establece expresamente que la vida se protegerá desde su concepción. Por tanto, debatir un proyecto de ley que en cualquier medida autorice la disponibilidad del embrión, es contraria a los principios del derecho internacional, en especial con la reforma del año 2005 que introdujo la prevalencia de las normas internacionales en lo que se refiere a la vigencia e intangibilidad de un tratado (artículo 54, n° 1, inciso quinto).

A propósito de las opiniones vertidas en un informe que elaboré sobre una tesis dedicada al estudio del estatuto del embrión humano y la experimentación con ellos, aprovecho

* Profesora
de Derecho
Constitucional
Facultad de
Derecho
Pontificia
Universidad
Católica de Chile.

estas tradicionales Jornadas de Derecho Público para expresar algunas ideas que ojalá puedan servir al debate y a la reflexión, más allá de las normas jurídico-positivas.

En efecto, uno de los principales desafíos que plantea la bioética, es enfrentar los grandes dilemas producidos por el avance científico y tecnológico. Estos avances proyectados en los diversos ámbitos de la vida humana traen consigo graves conflictos, haciéndose indispensable encontrar una respuesta jurídica.

Tales desafíos importan realizar la titánica tarea de definir conceptos y realidades tan trascendentales como la persona y el principio de la vida humana. Esta dificultad deriva precisamente del hecho cierto que definir el comienzo de la vida humana obliga a revisar nociones, fenómenos y datos de carácter biológico que son ajenos al jurista. Es así que, con esfuerzo, existen diversos estudios que se hacen cargo de conceptos y realidades de por sí complejos, tales como cigoto, células madres, manipulación genética, clonación, fecundación in vitro, criogenia o crioconservación, eugenesia, mutaciones somáticas, genoma, entre otras, pero que, a mi juicio, no siempre son explicados adecuadamente, ni tratados de manera conveniente, es decir, a partir de criterios y principios integradores y de orden fundamental.

II.- Encuadramiento del Problema: El recurso abusivo de la diferenciación

Hay que partir de la base que toda discusión, problema o conflicto en torno a la vida humana, sea para afirmar o rechazar el aborto, sea para aceptar o rechazar la experimentación de embriones, debe radicarse, primeramente y desde una perspectiva constitucional, en la dignidad humana como fundamento de todos y cada uno de los derechos humanos, partiendo por el derecho a la vida.

Nuestra Constitución en el artículo primero, reconoce el valor de la dignidad humana como base de la institucionalidad, en coincidencia con los postulados del Constitucionalismo actual, y recogidos en la gran mayoría de las constituciones del mundo, al menos, del mundo occidental.

Por eso resulta paradójico advertir que las distintas posturas políticas, jurídicas y filosóficas en torno al tema, parten de la dignidad humana para llegar a conclusiones tan diversas como, por ejemplo, anteponer los derechos reproductivos de la madre frente a la criatura que está en el vientre, o la experimentación de preembriones para fines terapéuticos o de investigación coincidente con la libertad científica, todas las cuales resultan por sí mismas inconsistentes con esa dignidad que tanto ha costado a la humanidad afirmar.

No cabe duda que la dignidad como sustento, cimiento y legitimidad del Estado actual es considerada constitutiva de uno de los grandes paradigmas de los últimos tiempos. Tal como lo señala el profesor José Luis Cea Egaña, estos paradigmas "...

*significan dejar una época con la esperanza de que sea para avanzar, progresando a otra época mejor*¹.

Me pregunto, ¿hemos avanzado hacia una época mejor?

Planteo, entonces, una cuestión fundamental: No parece que distinciones en torno al comienzo de la vida humana, como aquellas que radican ese inicio en la concepción, la anidación o definitivamente en el nacimiento, así como categorías diferenciadas que hablan de preembrión y embrión, sean consecuentes con la tendencia a afirmar esa dignidad como valor universal y ampliamente reconocido en la gran mayoría de los ordenamientos constitucionales que pretenden hacer posible una convivencia más pacífica y más respetuosa del ser humano.

La historia nos enseña que en el inicio de toda distinción o diferenciación hay un germen de arbitrariedad, que por sí obliga a ser muy cuidadoso y con mayor razón cuando estamos hablando de la vida humana.

Se advierte así, reafirmando lo expresado, que las tesis que se desarrollan en general en el ámbito científico recurren, reiteradamente, a múltiples términos como “ser”, “vida”, “pre-embrión”, “embrión”, “individuo” y “persona”, asignándoles significados diversos.

III.- Acerca del comienzo de la vida humana: La tesis de la anidación como ejemplo de diferenciación abusiva

Suele distinguirse la existencia legal de la persona, que comienza con el nacimiento, de la existencia natural de la misma. Ambas distinciones obedecen a propósitos diversos, la primera, a asegurar los derechos patrimoniales diferidos con anterioridad al nacimiento y la segunda, para asegurar el derecho a la vida, como derecho fundamental y primigenio a todos los demás derechos, incluidos los de carácter patrimonial.

A su vez, suelen diferenciarse entre teorías que pretenden explicar el inicio de la existencia natural de la persona, tales como la tesis de la concepción (funda el principio de la vida desde el momento de la fusión de los gametos femenino y masculino), la tesis de la anidación (lo veremos más adelante) y la tesis de la actividad cortical o de la plena forma humana (después de las ocho o doce semanas cuando se observa en el embrión ciertas características definitorias de los que es un ser humano). Pueden, incluso, existir otras, pero éstas son las que alcanzan mayor relevancia.

Si bien el panorama parece bastante complejo, existe una cierta coincidencia en la literatura, en torno a definir la persona humana para referirnos a todo aquel que reúne, al menos, dos características primordiales: estar vivo y ser miembro de nuestra especie.

¹ Visión del Estado Constitucional de Derecho, José Luis Cea Egaña, Cuaderno del Tribunal Constitucional Nº 41, Septiembre, 2004.

Indudable aporte ha hecho al conocimiento científico en la materia, el proceso de la *autopoiesis*, concepto acuñado por dos reconocidos científicos chilenos, Francisco Varela y Humberto Maturana, que sostienen, muy básicamente, que estamos frente a un ser vivo cuando “...una célula es capaz de automantenimiento, gracias a un... proceso de generación circular que reemplaza continuamente los componentes que están siendo destruidos y recrea las condiciones para discriminar entre el sí mismo y el no sí mismo”².

Este proceso se observa también en el ser humano desde la concepción, es decir, desde el momento en que se forma el cigoto de la unión del óvulo con el espermatozoide. Hay aquí, y en eso podemos concordar, material que podríamos denominar propiamente humano. Lo que sigue para algunos autores es saber si en realidad estamos frente a un ser humano vivo individual, es decir un individuo con características propias, únicas y distintas de sus progenitores.

Sin embargo, surge nuevamente esta técnica de la distinción o diferenciación, a que hemos hecho referencia y, que resulta muy útil en la fundamentación biológica esgrimida por aquellos autores que son proclives a la experimentación de embriones, concretamente, con la tesis de la anidación, y me detendré con mayor profundidad en este caso.

La tesis de anidación permite sustentar el carácter personal del embrión sólo al momento de la implantación, transcurridos los catorce días de ocurrida la fecundación. Así se afirma que antes de tal hecho, el preembrión no constituye una sustancia individual debido a que durante esos primeros catorce días, ese conjunto de células aún conservan su totipotencialidad, es decir la posibilidad de que estemos frente a dos o más individuos, y no uno solo. La imposibilidad de división embrionaria sólo se produce después del período señalado. Luego, durante esos primeros días es imposible distinguir si estamos frente a un ser humano individual, es decir, tomando las palabras de un autor inglés, si estamos frente a María o, si ocurre una división embrionaria, cuál sería María y cuál Ana³.

Frente a esta posición podemos formular dos contrargumentaciones, y que creo que tienen un alcance general que nos permitirá comprender y explicar el comienzo de la vida humana.

En primer lugar, en el desarrollo embrionario, no hay ninguna etapa que no esté prevista, vale decir, que esté entregada al azar. Por el contrario, cualquier evento forma parte, siempre, de la realización de algún evento posterior. Tal como afirma Vial Correa, “la trayectoria que conduce hasta nosotros es perfectamente continua. No ha tenido interrupciones. Si se quiere se puede introducir etapas para su estudio o análisis, pero en

² El derecho a la vida y la discusión acerca del concepto de persona humana en el ámbito constitucional. Ángela Vivanco Martínez, Revista Chilena de Derecho, Vol. 28 N° 2, 2001, pág. 468.

³ Ética Práctica, Peter Singer, Cambridge, Cambridge University Press, segunda Edición, 2003, pág. 123.

*todos esas etapas estamos hablando de un organismo de la especie humana*⁴. Es decir, que incluso la posibilidad de división embrionaria, va a producirse gracias a la interacción de biomoléculas de alto contenido informacional de origen paterno y materno, fijados con antelación, y si bien intervienen factores ambientales, está establecido que en la generación de gemelos, interviene el factor hereditario contenido en el 50% del material genético aportado por los padres al momento de la fecundación. En consecuencia, hay una trayectoria de desarrollo predecible, reflejo de un proceso continuo, autorregulado y estable, del cual ha de devenir, irremediablemente, un organismo de la especie humana (llámese cigoto, preembrión, embrión, feto), independiente de si se produce la división embrionaria y por tanto el proceso de la vida sólo se inicia con la fecundación y termina con la muerte como únicos sucesos que marcan un cambio o discontinuidad verdadero. Un testimonio de lo afirmado lo encontramos en la técnica de la fecundación in vitro. En efecto, los embriones generados por ella evolucionan con independencia del medio en que están y es ahí donde radica el éxito de esta técnica para enfrentar casos de infertilidad.

En segundo lugar, argumentar la falta de individualidad en la posibilidad de división embrionaria, resulta una discriminación dudosa, y por lo mismo, arbitraria. La realidad nos permite afirmar que tal posibilidad constituye un caso excepcional frente a la generalidad de los organismos concebidos dentro de la especie humana. Sabido es que la mortalidad de los embriones gemelares es mayor que la de embarazos únicos y que del total de la población recién nacida, los nacimientos gemelares alcanzan un porcentaje no superior al 2,6%⁵, de los cuales sólo el 30% de esos nacimientos dobles (que equivalen al 0,78% del total de niños nacidos) corresponden a gemelos monocigóticos, es decir, aquellos que comparten iguales genes a partir de la división de un mismo cigoto u óvulo fecundado, versus el 70% que corresponden a gemelos dicigóticos (que equivale al 1,82% del total de niños nacidos), es decir, engendrados a partir de dos óvulos. Cabe preguntarse, entonces, si es razonable sustentar el inicio de la vida humana en la excepcionalidad de los casos.

IV.- El trasfondo utilitarista de la diferenciación

Advierto, también, en la literatura sobre la materia, que las diferenciaciones y significados diversos asignados a conceptos tan trascendentales, según la posición filosófica a la cual se adscribe, tienen u obedecen a un único objetivo: Justificar el uso de embriones humanos para fines terapéuticos y de investigación.

⁴ El Embrión Humano, Dr. Juan de Dios Vial Correa, Ars Medica Revista de Estudios Médicos, Vol. 6, Nro. 6, pag. 3.

⁵ La frecuencia de nacimientos gemelos aumentó en un hospital chileno con el consumo periconcepcional de harina fortificada con ácido fólico, Drs. Julio Nazer, Alfredo Aguila, Lucía Cifuentes, Revista Médica de Chile, Vol. 134 Nro. 1, enero 2006.

Así lo hacen, concretamente, aquellas legislaciones como la de Gran Bretaña que permite la experimentación de embriones hasta los catorce días después de la fecundación.

En 1990 se aprobó por el Parlamento Británico la *“Human Fertilisation and Embryology Act”*, estableciéndose, en su apéndice tercero, que el consentimiento para usar gametos o embriones debe ser expreso y específico. Es decir, que tal consentimiento debe obedecer, únicamente, a los propósitos contemplados en la ley, estos son, de usar el embrión para proporcionar tratamiento a la persona que otorga el consentimiento o a otras distintas o para llevar a cabo cualquiera investigación científica.

Tales disposiciones sugieren que, por muy nobles los propósitos que se tengan en cuenta, estamos instaurando, nuevamente, la máxima maquiavélica que sostiene que “el fin justifica los medios”. Y lo que es peor, el ser humano es considerado, en su estado de mayor desprotección, como un objeto al servicio de una ciencia en supuesto beneficio de la humanidad, que le impide nacer, le impide la posibilidad de manifestar su dignidad y desplegar todas sus potencialidades.

V.- La dignidad humana: ¿de qué dignidad estamos hablando?

Todas aquellas tesis que pretenden la disponibilidad de la vida humana, reflejan, precisamente, en su fuerza argumentativa, toda la dificultad que poseen temas que, como la dignidad humana, el concepto de persona y el inicio de la vida, importan un proceso de autoafirmación o autocomprensión. Preguntarse qué es un gorrión o qué es un puma es muy distinto frente a la interrogante acerca de lo que somos, pero nuestras respuestas, razonablemente, no podemos enfocarlas ni desde la autocomplacencia, y menos, desde una perspectiva individualista, que excluya la consideración y respeto hacia el otro.

Hay ciertas realidades sustanciales como el ser humano, que constituyen un fin en sí mismo, jamás un medio u objeto. Esa diferencia descansa, a mi juicio, en lo siguiente: El ser humano es el único ser vivo que en uso de su libertad puede ponerse al servicio de los demás y por tanto es capaz de construir una convivencia civilizada, que ponga fin al enfrentamiento, germen de su propia destrucción. De lo anterior se desprende, también, que porta sobre sí una gran responsabilidad en relación con la existencia de los demás. Dado que puede asumir deberes en libertad, como una potencialidad propia y natural de su especie, aunque todavía no la posea, la persona se hace siempre acreedora de un mínimo que denominamos dignidad humana, a partir de la cual nadie tiene derecho a hacer esclavo a uno respecto de otro y menos, que su comienzo sea obra de manos humanas que actúan conforme a un criterio instrumental.

El concepto de dignidad humana, y ahí radica la riqueza de esta noción, designa tanto una idea de fundamentación de los derechos que denominamos humanos, como también, una idea de límite para los mismos. Ello implica que éstos no se conviertan en privilegios antojadizos y arbitrarios e implica el consiguiente compromiso a que

experimenten un crecimiento tanto cuantitativo como cualitativo, con la exigencia de defender a la persona como titular de todos los derechos, en las distintas dimensiones y estados de su vida, y por tanto, sin distinción, desde su concepción.

Esta dignidad se comprende con independencia de la propia persona pues como valor fundamental y concepto trascendental, a ningún ser humano le corresponde juzgar si otro la posee.

Como señala Spaemann: *“Precisamente en esta relativización del propio yo finito, de los propios apetitos, intereses y propósitos, se amplía la persona y se convierte en un absoluto. Se torna inconmensurable. Puede ponerse al servicio de una causa que en un primer momento le era ajena, hasta llegar al sacrificio de sí”*⁶.

La afirmación de la dignidad humana, como cualidad predicable única y exclusivamente a la persona, se fundamenta precisamente en aquellos rasgos de racionalidad y voluntariedad que lo convierten en un depósito máximo de valores que integran su existencia y personalidad.

En el proceso de conceptualización, la dignidad aparece, primeramente como una cualidad indefinible, que sólo cabe comprender en cuanto referida a algo visible, a un modo de conducirse como expresión directa de un determinado modo de ser interno. Bajo esta perspectiva, la dignidad, como un concepto abierto, aparece desigualmente repartida entre los hombres; pensemos, por ejemplo, que la dignidad de un hombre honesto no es la misma que la de un ladrón. En efecto de lo dicho parece resultar que la dignidad humana sólo corresponde a quienes poseen de hecho aquellas propiedades de racionalidad y voluntad. Tal afirmación nos podría llevar, erróneamente, a pensar que los embriones humanos, los niños y los discapacitados mentales no tienen dignidad. Luego, la dignidad humana como una cualidad de la que participan igualmente todos los hombres, sólo puede ser entendida aludiendo a un mínimo de dignidad, de la cual nadie puede ser despojado. Esta presupone que toda persona pertenece por derecho propio a la humanidad por el solo hecho de ser persona, y como realidad universal, en cuanto se participa de una misma naturaleza humana, sea que aún no se posea la racionalidad, pero considerando que esta es una nota natural y distintiva de la especie. Es entonces que comprendemos a la dignidad humana como una condición limitadora de todos nuestros fines. De lo contrario quedaría al juicio de la mayoría, definir quién y en virtud de qué propiedades tiene o posee dignidad humana, lo que sería suprimir definitivamente la idea misma de los derechos.

Tal como afirma el Tribunal Constitucional Federal Alemán *“Donde hay vida humana corresponde atribuirle, consiguientemente, la respectiva dignidad humana; no es determinante que el portador sea consciente de dicha dignidad, ni que sea capaz o no de defenderla*

⁶ Límites acerca de la Dimensión Ética del Actuar, Robert Spaemann, Ediciones Internacionales Universitarias, Madrid 2003.

por sí mismo. Las capacidades potenciales que se han incorporado al ser humano desde el principio son suficientes para fundamentar tal dignidad humana”⁷.

VI.- La naturalidad como criterio de razonabilidad en la Constitución

De conformidad con el artículo quinto de la Constitución, inciso segundo, los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana constituyen un límite al ejercicio de la soberanía.

Lo cierto es que cuando nuestra Constitución reconoce como límite a la soberanía el respeto a los derechos esenciales de la naturaleza, está recogiendo ciertos criterios de razonabilidad específicos que nos podrán dar luz en el problema que hemos advertido.

Tal disposición impone una exigencia, una línea o un criterio para determinar a qué derechos se está refiriendo. En primer lugar, estamos hablando de aquellos derechos que corresponden al ser humano, lo que permite que se descarten, por ejemplo, derechos, llamados impropiaemente, no humanos, es decir, aquellos en que son titulares las cosas.

Estos derechos, además, de ser aquellos cuyo titular es el ser humano, deben emanar de su naturaleza. Entonces, lo “natural”, nos permite fijar, el contenido de los derechos.

¿Qué será lo natural al ser humano?

En términos generales, la palabra natural tiene un doble significado; por una parte designa una determinada relación de origen, como cuando designamos lo natural en contraposición a lo artificial, para diferenciar aquello que sale por sí mismo de aquello que recibe su estructura desde afuera, como los dientes naturales de los postizos; por otra parte es un concepto normativo que designa un criterio de enjuiciamiento de deseos, acciones o estado, es decir que algo es tanto más perfecto en cuanto deje de ser artificial y logra asemejarse a lo natural, como los pasos de una bailarina, los que serán más artísticos cuanto menos artificiales sean, es decir, cuando se realicen con naturalidad, o como cuando algo se hace voluntariamente, es decir, espontáneamente, de aquello que se hace de modo forzoso, por tanto no conforme con su naturaleza.

Así lo natural, nos puede indicar un criterio determinado, esto es, el de la conformidad o adecuación con la naturaleza, como un criterio que es común, como una verdad que se revela a todos, y que no es sólo una disposición del estado subjetivo del que participa del discurso o sólo una función de su voluntad, pues si fuera así, sin duda, que no podría ser descubierta.

⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional Federal, colección oficial, vol 39, 1, pp. 41. Disponible en sitio web: <http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen.html>.

La racionalidad surge precisamente de lo natural, sin lo cual aquel concepto no tendría sentido. La naturaleza ofrece un contenido legible, perceptible y real a la racionalidad.

En palabras claras y sencillas el profesor Alvaro d'Ors, concluye que lo natural, como una cuestión que da mucho que hablar a los filósofos, incluyendo a los filósofos del derecho, corresponde para el jurista a aquello que se conoce como sentido común. *“El sentido común es la verdadera filosofía de los juristas. Y el sentido común no se determina por estadísticas plebiscitarias sino por una simplicidad de la razón individual de cada uno... basta para un jurista, y para hablar de derecho natural como jurista, ver sencillamente las cosas como son. Que el hombre no debe ser un inútil, sino que debe servir para algo, es decir, que debe servir a los demás; que las viviendas son para habitarlas y no para tener muchas vacías con el fin de especular... que el dinero es para gastarlo y no para atesorarlo; que hay que devolver lo prestado y cumplir la palabra dada; que el matrimonio es para la perpetuación del género humano... que un hombre no es una cosa, sino un ser racional y que su cuerpo ni sus servicios son cosas; que tampoco de las cosas hay que abusar... etc., es de sentido común”*.⁸

El contenido de lo natural, lo que d'Ors denomina sentido común, es decir la realidad del ser que nos ofrece la naturaleza para ser descubierta, suele ser una misma y común a la razón individual, a pesar de la voluntad transitoria de una mayoría.

VII.- A modo de conclusión

La afirmación antes dicha, adquiere validez universal teniendo presente las atrocidades cometidas por el sentir de las multitudes bajo regímenes insensatos como el que tuvo lugar durante la Revolución Francesa, cuya proclama se sustentaba en los valores de la libertad, igualdad y fraternidad, y aun más recientemente, bajo el nacionalsocialismo, que buscaba la perfección en la pureza, claro, de una sola raza.

Tales regímenes, así como muchos otros, se dieron en un contexto en que, incluso reconocidos los derechos fundamentales, éstos carecían de un contenido ético, esencial e inmutable, lo que hizo posible los atropellos y crímenes.

Lo cierto es que desde mediados del siglo XX se afirma cada vez con mayor coincidencia que el sentido, ideal y principio que caracterizan a la democracia es, precisamente, garantizar los derechos humanos.

Como afirma Spaemann: *“Los derechos humanos no están sujetos al mandamiento del pluralismo y la tolerancia, sino que son el contenido de la tolerancia y la libertad”*⁹.

⁸ D'Ors, Alvaro. Derecho y sentido común. Siete lecciones de derecho natural como límite del derecho positivo. Cuaderno Cívitas. Editorial Cívitas S.A., Madrid, 1995.

⁹ Lo natural y lo racional, Robert Spaemann, Ediciones Rialp, S.A., Madrid, 1989, pág. 117.

La cuestión es que en el último tiempo, ha ocurrido un proceso incesante y creciente de generación de derechos derivados de la dignidad. En este proceso, el contenido esencial de la dignidad y derechos, sobre todo cuando se trata de los derechos extraídos del principio de la diferencia (también llamada de isonomía justa), se torna difuso, ambiguo. Paradójicamente, muchas de estas distinciones o diferenciaciones, en tanto poco razonadas y antojadizas, han redundado en una fuerte debilitación de los mismos. Como afirma Pablo de Lora: *“El problema es nuevamente hasta dónde seguimos ampliando el catálogo infiriendo más y más “generaciones”, pues, como ha resaltado Laporta, ese aumento en el número de derechos humanos parece ser directamente proporcional a la debilitación de su fuerza justificatoria”*¹⁰.

Tal problema constituye unos de los grandes desafíos que el ser humano deberá enfrentar durante el presente milenio, para que este sea un siglo de verdadero avance y progreso, en que la ciencia y la técnica fluyan en beneficio de toda la humanidad y no constituyan una amenaza a esa dignidad y que esa dignidad sea, finalmente, una realidad en que la experiencia del otro también resulte trascendental y ajena al bienestar únicamente individual.

Finalmente, la idea de dignidad humana requiere sin duda del Derecho, como condición para hacerla posible, y en eso la Constitución, tiene mucho que decir como norma de valores y de razones que, poniendo énfasis en la naturaleza y justicia de la realidad y del ser, contribuya con mayor claridad a ordenar el debate, orientar los comportamientos y regir la conciencia ciudadana.

¹⁰ La Interpretación Originalista de la Constitución. Una aproximación desde la Filosofía del Derecho, Pablo De Lora Deltoro, Boletín Oficial del Estado, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 1998.