



**UNIVERSIDAD LASALLISTA
BENAVENTE**

FACULTAD DE DERECHO

Con estudios incorporados a la
Universidad Nacional Autónoma de México
CLAVE: 879309

**LA CLONACIÓN COMO VIOLACIÓN
A LOS DERECHOS HUMANOS**

TESIS

Que para obtener el título de:
LICENCIADA EN DERECHO

Presenta:
**PAOLA ELIZABETH ROJAS
VILLAGÓMEZ**

Asesor:
Lic. FRANCISCO GUTIÉRREZ NEGRETE

Celaya, Gto. Enero 2009



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

AGRADECIMIENTOS

A Dios, que me dio la fortaleza espiritual y física para terminar mi tesis.

A mis Padres, que siempre tuvieron fe en mí y que me apoyaron para poder concluir mi tesis.

A mi Asesor, el Lic. Francisco Gutiérrez Negrete, por su apoyo, por su amistad, por haber compartido conmigo sus conocimientos y por confiar en mí en todo momento. Admiro su fortaleza y a la vez su firmeza.

A todos ustedes que siempre me apoyaron y creyeron en mí, a ustedes les brindo este trabajo, como agradecimiento. Gracias de todo corazón.

Paola Elizabeth Rojas Villagómez

INDICE

INTRODUCCIÓN

CAPÍTULO PRIMERO

1 EL DERECHO NATURAL

1.1	¿Qué es el Derecho?	1
1.2	El Derecho Natural	2
1.2.1	Concepciones del Derecho Natural	2
1.3	Evolución histórica del Derecho Natural.....	5
1.3.1	El Derecho Natural en Grecia	5
1.3.2	El Derecho Natural en Roma.....	7
1.3.3	El Derecho Natural en la Edad Media	8
1.4	La Escuela Clásica del Derecho Natural	9
1.4.1	Características de la Escuela Clásica	12
1.5	Tendencias modernas del Derecho Natural	13
1.5.1	Estimativa jurídica	14
1.5.2	Derecho Natural Neotemista	15
1.6	Los valores y el Derecho Natural.....	16

CAPÍTULO SEGUNDO

2 EL DERECHO POSITIVO

2.1	Concepto de Derecho Positivo	24
2.1.1	Concepto de Derecho Vigente.....	25
2.1.2	Concepto de Derecho Fundamental valido.....	28
2.2	El Derecho Positivo como disciplina teórica	28
2.3	Las principales Escuelas del Derecho Positivo	29
2.3.1	Los Glosadores	29
2.3.2	Los Posglosadores	30
2.3.3	La Escuela histórica	31
2.3.4	La Escuela Exegetica	31
2.4	El Positivismo jurídico.....	32
2.4.1	Tipos de Positivismo Jurídico	33
2.5	Diferencia entre Positivismo Jurídico y el Derecho Natural	34

CAPÍTULO TERCERO

3 LOS FINES DEL DERECHO

3.1	Principio de Justicia.....	36
3.2	El Bien Común.....	43
3.3	La Seguridad jurídica.....	47

CAPÍTULO CUARTO

4 LA CLONACIÓN

4.1	Concepto de Clonación	51
4.1.1	Concepción Etimológica	54
4.1.2	Evolución histórica de la Clonación	56
4.2	Tipos de Clonación.....	60
4.3	La Clonación de Investigación.....	60
4.3.1	A FAVOR: Investigación para conocer y poder curar	63
4.3.2	EN CONTRA: Se producen y se destruyen Embriones Humanos	64
4.4	La Clonación Terapéutica.....	68
4.4.1	A FAVOR: Una terapia segura y esperanzadora.....	70
4.4.2	EN CONTRA: Se cura a costa de producir y destruir otras vidas humanas	71
4.5	La Clonación Reproductiva	73
4.5.1	A FAVOR: Llegaremos a procurar una Descendencia Clónica.....	74
4.5.2	EN CONTRA: El costo de vidas humanas y los riesgos para la Descendencia Clónica no son Asumibles	76
4.6	La Clonación es una realidad	81

CAPÍTULO QUINTO

5 LA CLONACION A LA LUZ DE LOS DERECHOS HUMANOS

5.1	Concepto de Derechos Humanos.....	85
5.1.1	Características de los Derechos Humanos.....	87
5.1.2	Los Derechos Humanos en el Campo de la Biomedicina.....	88
5.2	Fundamento Ético de los Derechos Humanos	91
5.3	El Derecho a la integridad del Embrión Clónico	94
5.4	Derecho a la identidad del Embrión Clónico.....	96
5.5	¿Por qué la Clonación puede representar una violación al Derecho Natural y al Derecho Positivo?	98

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFÍA

INTRODUCCIÓN

Mi intención por el desarrollo de este tema es particular ya que sin lugar a dudas La Clonación Humana, es una de las cuestiones que más han ocupado la reflexión y el debate entre la sociedad.

Es por eso que abarcaré lo referente al derecho natural por que con la clonación se estaría violando el derecho natural de la vida, éste es un valor supremo que es tutelado por el derecho natural.

También el derecho positivo se vería afectado pues este fue creado para ser aplicado en un determinado tiempo y lugar, es por eso que con la clonación está siendo afectado este derecho por tanto se están destruyendo embriones clónicos a costa de cualquier estudio sin importar las consecuencias.

Y como en mi siguiente estudio expongo que el derecho es una obra humana la cual no se trata de una obra que se creó por casualidad sino al contrario tiene una raíz vital y un fin determinado, los cuales serían el bien común, la justicia y la seguridad jurídica.

La clonación humana se define como la forma asexual de reproducir artificialmente individuos genéticamente idénticos mediante la manipulación genética de las células que contienen el A.D.N.

La clonación en cualquiera de sus modalidades ya sea de investigación, terapéutica o reproductiva estaría violando los derechos humanos porque no se estarían respetando los derechos humanos de la posible vida que podría llegar a formarse con la destrucción inminente de

los embriones clónicos, negándoles el derecho a la dignidad humana, lo que convierte al embrión en un mejor objeto de estudio, y por tanto en algo que se fabrica y no se engendra, lo que contradice el derecho al hábitat natural del ser humano la relación sexual mujer-varón.

Además la clonación resulta contraria a la dignidad porque pone en peligro la vida del embrión, aun en el supuesto de que sean fecundados tan solo los óvulos que puedan ser implantados en el útero en un futuro.

La violación que existe en los derechos humanos es mayor pues se desaparece el derecho humano fundamental del niño al padre y a la madre y además por que a diferencia de lo que ocurren en la clonación natural que se produce en la gemelación el clonado tiene ante así un ser humano adulto idéntico a él genéticamente por lo que desaparece la imprevisibilidad del existir y con ella la pérdida de su propia identidad ya que no fue concebido de manera natural si no mecánicamente, obligando su existir.

Por último para poder empezar con nuestro estudio diré que algunos otros derechos que se violan y están íntimamente ligados a los derechos humanos serían, el derecho a la integridad, el derecho a la existencia, el derecho de conocer su propio origen biológico a efecto de resguardar la identidad del donante, derecho a la dignidad humana, derecho a la identidad y creo que el más importante es el derecho a sobrevivir a pesar de solo ser un embrión clónico que es utilizado como un experimento.

CAPÍTULO PRIMERO

EL DERECHO NATURAL

1.1 ¿Qué es el Derecho?

Esta pregunta ha sido contestada de varias maneras y en la actualidad fundamentalmente encontramos las posiciones; IUS NATURALISTA y otra que se ha llamado POSITIVA DEL DERECHO , la positiva tiene dos vertientes que son la visión FORMALISTA DEL DERECHO , y la otra es la visión o posición REALISTA O SOCIOLOGICA DEL DERECHO .

Como podemos ver, son tres corrientes que están hablando sobre el derecho, nada más que cada una de ellas, ven algo diferente en el y de esta manera tenemos: EL DERECHO COMO VALOR, EL DERECHO COMO FORMA Y EL DERECHO COMO EFICACIA.

En virtud de lo anterior diremos que el realismo se va al ejercicio el formalismo a las facultades derivadas de la norma, y el ius naturalismo a los derechos por el solo hecho de ser persona.

La visión ius naturalista esta orientada a los valores, y de esta manera el ius naturalismo esta identificado como el llamado derecho justo; además de que este parte de la validez intrínseca. Por otro lado el positivismo parte de una validez extrínseca.

Para el maestro García Maynes, dentro de su teoría de los tres círculos establece lo que seria una concepción del derecho perfecto del DERECHO IDEAL, formado por la suma del derecho natural, derecho

formal, y derecho social o real, mismos que según el maestro pueden unirse, separarse y pueden coincidir con el derecho ideal, en donde las tres corrientes van unidas.

Ahora bien lo que le da sentido a lo que es el derecho es la cuestión valorativa del derecho natural, ya que el derecho es valor y si no hay valor sencillamente no hay derecho, por lo tanto se considera al valor como algo esencial.

Debemos de recordar que desde el punto de vista ius naturalista, el derecho tiene que perseguir valores; pero desde el punto de vista formal positivista, se diría que el derecho es un instrumento y que puede no perseguir ningún valor.

Como ya se dijo actualmente existen y persisten las tres posiciones acerca del derecho, simultáneamente y de ninguna esta superada y filosóficamente las tres posturas son concretas y las tres son aceptadas.

Dicho lo anterior procederemos al estudio de las características y cualidades por separado, de cada una de las corrientes citadas anteriormente:

1.2 Derecho Natural

1.2.1 Concepciones de Derecho Natural

El derecho natural ha sido producto de la refección de los mas grandes filósofos de la historia tales como Aristóteles, Platón, Pitágoras, Heraclito, Santo Tomas, Grocio, Hobbes, Rousseau y Kant, que han sido algunos de los mas destacados expositores, quienes vivieron en

diferentes épocas, lo que dio lugar a las grandes diferencias entre sus doctrinas; el punto de referencia para comprender la esencia del derecho natural es la reflexión.

El derecho natural hace alusión al derecho propio pero inherente a la naturaleza humana, que no es creado deliberadamente por un órgano gubernamental a quien compete crear la normatividad jurídica, para su validez.¹

Existe la corriente que determina que el derecho natural no ha sido creación del hombre, sino que proviene de una ley divina y además la corriente racionalista, que expresa que el derecho natural proviene de la razón misma del hombre, considerando que es un conjunto de principios relacionados con los valores y mas que nada con el valor de la justicia que es asequible a la razón humana. Por tanto podemos decir que el derecho natural es un conjunto de principios que tratan de proteger al hombre en su calidad de tal, así como en su dignidad de ser humano.

La corriente filosófica del derecho natural, así como la corriente filosófica del derecho positivo, son dos teorías que tratan de contestar ¿que es el derecho?, para tratar de responder esta pregunta surge el iusnaturalismo y el iuspositivismo, comprendiendo este ultimo sus dos grandes corrientes como son el iusformalismo y el iusrealismo. Por lo que respecta al iuspositivismo podemos decir que es un conjunto de normas jurídicas con vigencia y aplicación en un lugar y tiempo determinados, en tanto que el iusnaturalismo es un conjunto de principios valederos en todo

¹ Rojas Amandi Víctor Manuel, Filosofía del Derecho, Ed. Harla, Mexico, 1991, p. 224

momento y en todo lugar, pero sería absurdo hablar de un Derecho Positivo o Ley Humana, que no necesite del derecho Natural, ya que todo ordenamiento jurídico es siempre histórico y a la vez racional; histórico por que fue necesaria la unificación de personas con un fin común , lo que implica una técnica que tiene una finalidad, la creación, perfeccionamiento y efectividad de la norma para un lugar y tiempo determinado y a la vez racional en cuanto a la adecuación de esa técnica empleada a los fines o criterios racionales, que rigen la vida social, la ley humana constituye la aplicación de principios de derecho natural a una materia social concreta, entonces el derecho es al mismo tiempo positivo y técnico, natural o racional, ya que en el se conjugan una técnica positiva y unos fines racionales.² Consecuentemente se puede decir que el derecho positivo debe contener los principios y valoraciones del derecho natural, para que así, el derecho pueda cumplir con sus fines de bienestar común teniendo siempre en cuenta la dignidad humana.

No se trata simplemente como hacen los luspositivistas de considerar solamente derecho, al conjunto de normas provenientes del estado, sin que importe su contenido valorativo, pues para que el derecho sea tal, es necesario la integración del luspositivismo y lusnaturalismo.

Ahora bien es necesario determinar de manera precisa las diferencias jurídicas entre ambos derechos, para así comprender su naturaleza y lograr una mayor comprensión de cada uno de ellos:

² Preciado Hernández Rafael, Lecciones de Filosofía del Derecho, Ed. U.N.A.M, Mexico 1986, p.243

El Derecho Positivo.- Lo jurídico de este radica en su carácter impositivo u obligatorio, en su carácter coactivo, esto es la esencia del derecho positivo, creado por un órgano del estado, para ser aplicado en un determinado lugar y momento con una vigencia determinada, y es lo que es.

El Derecho Natural.- Tiene como ideal lo que es justo; de la justicia de carácter universal y permanente, en todo lugar y en todo tiempo, aparece como el ideal de la justicia que es inspiradora de otros derechos naturales, en otras palabras es lo que debe ser

1.3 Evolución Histórica del Derecho Natural

1.3.1 El derecho Natural en Grecia

Grecia es la cuna de pensadores que elevaron al máximo el pensamiento puro basado en la razón, mismos que me permitiré enlistar en forma descendente, tratando de hacer una breve síntesis de la obra de algunos de ellos, iniciando con:

GEODESTA.- Quien era conocido como un mero distribuidos de tierra que cambio su nombre por el de geometría, y quien gracias a ala geometría muestra ala evolución del pensamiento griego, basado en la razón como una necesidad interna, con un total desinterés de las cuestiones practicas con lo que su finalidad se transformo en significación en términos de razón.

No debemos olvidar que la base del derecho natural es el pensamiento y por consiguiente la razón que lo hace universal, atemporal y permanente, otro importante pensador fue;

PITÁGORAS.- A quien le corresponde el merito de haber creado el método especulativo de carácter deductivo, lo que dio origen al racionalismo, pensamiento que se desvinculo completamente de la realidad fenoménica y atiende solamente al discernimiento del pensamiento. Es precisamente aquí en donde se hacia necesaria la existencia de un derecho superior a los hombres, de esencia unilateral racional que funcione como regulador de la actividad en cualquier sociedad. El derecho natural nació como una necesidad epistemológica del racionalismo que se entrega al conocimiento del derecho.

HERÁCLITO.- Utilizando un método cognoscitivo basado en la intuición puramente especulativa, llega a la conclusión de que existe una ley natural que es común al todo, que lo domina todo que es suficiente a todo, y todo lo supera, que proviene de Dios, y que de ellas se nutren las leyes humanas.

SÓCRATES.- Hablaba de los juicios éticos, diciendo que son descubrimientos a las que se llega por una forma peculiar de visión comparable a la representación de las relaciones geométricas.

ARISTÓTELES.- hace una división de lo justo clasificándolo en natural y en legitimo, manifestando que lo justo natural donde quiera tiene la misma fuerza y es justo, no por que les parezca a los hombres ni deje de parecerles.

En cambio lo justo legitimo, es aquello que una vez que haya sido ordenado por la ley no habría diferencia de hacerlo de una u otra manera. Aristóteles considera que el derecho natural constituye el principio y complemento necesario del derecho positivo, lo que ha renacido con mayor fuerza entre los autores del derecho natural actual.

ZENON.- Fundador de la filosofía de los estoicos quienes como base de su concepción a la razón, como principio constitutivo del universo y del derecho, manifestando que si el individuo sigue estos postulados de la razón alcanza su propia naturaleza y se alcanza la concepción de un derecho de esencia racional, intrínsecamente valido debido a este principio de racionalidad lo que constituye un derecho natural absoluto.

1.3.2 El Derecho Natural en Roma

La influencia estoica se dejó sentir en roma con CICERON, quien al igual que los estoicos supuso que la razón era la base del universo y en consecuencia su naturaleza.

Los jurisconsultos romanos llegaron a distinguir entre *ius civile*, *ius gentium* y *ius nature* y fue GAYO, quien definió al *ius gentium* como lo que la razón natural estableció entre todos los hombres y se observa por todos los pueblos, es llamado así por que es el que toda la gente emplea.

El *ius nature* mismo que se encuentra en el *corpus juris* y que fue creado por un legislador jerárquicamente superior al *ius gentium* que fue la base del derecho natural.

El *Ius civile* se emplea como un derecho especial dentro del imperio romano. La filosofía estoica ejerció una gran influencia en el imperio romano, por lo que muchas de las medidas que se tomaron fueron por influencia directa del derecho natural que representaba para los romanos lo que es conforme a la razón, al lado mejor de la naturaleza humana, a una elevada moralidad, al sentido común práctico y a la convivencia general. Es simple y racional frente a todo lo artificial y arbitrario. Es universal frente a lo nacional o local. Es superior a todo derecho por que pertenece a la humanidad como humanidad y es expresión del propósito de la divinidad o de la más elevada razón del hombre.³

1.3.3 El Derecho Natural en la Edad Media

En esta época la razón tendió puentes desde la divinidad hasta la más insignificante existencia material, pero como todo realismo manifestó un desconocimiento de la realidad sensible. El derecho natural es producto del discernimiento lógico deductivo y axiomático en forma de silogismo que parte de principios inmutables y llega a unas conclusiones.⁴

Lo anterior no era solamente un conocimiento de la naturaleza humana, sino que resultaba ser un juego de formas silogísticas, sobre posiciones de ética cristiana. El derecho natural lo heredó la filosofía cristiana de los estoicos y de los juristas romanos, mismo que fue organizado conforme a los dogmas de la iglesia cristiana, vinculando

³ Bodenhermer, citado por Rojas Amandi Víctor Manuel, filosofía del Derecho, Ed. Harla, Mexico, 1991, p.228

⁴ ídem, p.229

siempre este derecho con la imagen divina, que eran mucho mas superiores a cualquier norma de derecho positivo que haya sido creada por el hombre.

El máximo exponente de esta época fue Sto. Tomas de Aquino, quien atribuyo a la razón como expresión máxima del creador, y que este había creado a todos los seres vivos que tienen un fin determinado y para lo cual había creado una Ley Universal.

Sto. Tomas, divide a las leyes en cuatro categorías que son las sig:

☞ NATURALES: Son aquellas que existen independientemente de la voluntad del hombre, y que son creadas por la voluntad divina.

☞ HUMANAS: Son aquellas que existen como producto de la voluntad del hombre.

☞ ETERNA: Es la que es creada por Dios, y son creadas para poder gobernar el Universo.

☞ DIVINA: Es la revelada por Dios, por medio de las Sagradas Escrituras, y esta recogida por el antiguo y nuevo testamento.

Esta época y con este sistema Tomista es evidente que la característica y fundamento de ella es la razón, y esta es la prueba de que el hombre participa de la naturaleza divina.

1.4 La Escuela Clásica del Derecho Natural

A raíz de la revolución iniciada en el siglo XV, época del renacimiento, misma que se extiende a través de los siglos XVI, XVII y XVIII, en donde la razón vino a formar el principio supremo fundamento de

todas las cosas, como un poder innato y propio de la humanidad apartándolo de los dogmas religiosos, el derecho natural se transforma en su contenido, pues elimina toda relación con el concepto divino de Dios, y se fundamenta en el principio de la razón.

La formación del derecho natural clásico se da en la edad media, mediante la expresión de la clase campesina inferior y desposeída, con un contenido económico ya que todos los bienes eran propiedad de los señores feudales y dicho contenido era regulado por la iglesia católica, mismo que se convirtió en un factor real de poder dentro de las relaciones sociales de la edad media, ahora bien la Escuela Racionalista deja a un lado ese vínculo con la divinidad y con la iglesia dueña de los factores de la producción y quien luchó contra el poder feudal, lo que constituyó un movimiento eminentemente político, ya que la clase burguesa basó ese movimiento sobre las bases del derecho natural racionalista, mismo que presentaría la justificación ideológica como la expresión teórica más completa del estado, ya que dichas bases del derecho natural tendían a separarse de la divinidad y a favorecer la distribución de los bienes, no dejándolos más en las manos de los señores feudales como se daba en la edad media, entonces pretendía separar a la iglesia y a las clases altas o nobles del dominio de las cosas y del poder, lo que lograron mediante una organización política-estatal, que vino a satisfacer las necesidades de la clase burguesa, mediante la teoría del contrato social que debido a su formalismo serviría de principio teórico-formal sobre la organización del estado.

Según esta teoría los individuos que viven en sociedad unen sus esfuerzos y facultades para conceder parte de su derecho y de su libertad para que de esta manera el grupo social tenga la fuerza suficiente, para el logro y obtención de los fines comunes y de su misma protección, es decir que ante los obstáculos que impone la vida misma, el hombre se percata de que para poderlos vencer, depende su subsistencia y la seguridad de la especie, tienen que unir sus fuerzas con sus semejantes, por lo que el pacto social se encuentra encaminado a “encontrar una forma de asociación que defienda y proteja con la fuerza común la persona y los bienes de cada asociado y por lo cual cada uno, uniéndose a todos no obedezca sino asimismo y permanezca tan libre como antes”, en esta teoría a cada uno de los asociados se les da una condición de igual, ninguno tiene interés en hacerla onerosa para las demás, por lo que aportan sus derechos, sus bienes, para garantizarse una unión y su protección.⁵

Bajo la forma de Contrato Social, el elemento esencial: estado de naturaleza, fue susceptible de nuevo tratamiento y solución, ya sea considerándolo como una sociedad armónica o idílica o bien como el reino de la violencia perpetua.⁶

Dentro de los autores más representativos de este pensamiento, citaremos a HUGO GROCIUS mismo que se adapta más al contenido del presente estudio; él separa a la ciencia del derecho de los dogmas de tipo religiosos, quien afirma que el derecho natural tiene su fuente en la

⁵ Rousseau Juan Jacobo, El Contrato Social, Ed. Leyenda, México 2004, p.46-48

⁶ Rojas Amandi, op. cit. supra (1), p. 233

naturaleza humana y que este derecho existiría aunque no existiese Dios, dado que la base de este se encuentra en la naturaleza racional del hombre la que se expresa en el instinto de sociabilidad que tiene todos los hombres y que los obliga a vivir juntos. Así también podemos mencionar a Tomas Hobbes, Samuel Pufendorf, Godfried, Leibniz, John Locke, Carlos Descondand Barón de Montesquieu, Juan Rousseau, Emmanuel Kant, entre algunos quienes coincidían en la razón como expresión del derecho natural del hombre, ya sea para agruparse y gobernarse y establecer sus formas de ejercer el poder entre los hombres.

1.4.1 Características de la Escuela Clásica del Derecho Natural.

Aunque en nuestros días la escuela clásica del derecho natural puede parecer irreal o poco científica, es en si misma la base para dar respuesta a preguntas como: ¿Por qué el Estado, se preocupa por los Derechos Humanos? o ¿Por qué el Estado, tiene una Constitución? o también ¿Por qué caso todo Estado, se ostenta como Democrático?, la respuesta a estas preguntas se encuentran precisamente en la escuela clásica del derecho natural. Ahora bien haciendo alusión a los aspectos estructurales más importantes de la escuela clásica podemos mencionar los siguientes:

- ☞ Que la razón es una forma unilateral la base de todos los fenómenos sociales, con independencia del testimonio de los sentidos.

- ∞ El iusnaturalismo es el antecedente intelectual más importante del estado de derecho, ya que no se puede separar al derecho de las relaciones políticas y de las estructuras del poder social.
- ∞ Considera al hombre y lo caracteriza como esencialmente y unilateralmente racional, atribuyéndole a este el nacimiento y surgimiento de la sociedad, que es producto de la decisión de los individuos en este sentido.
- ∞ Sirvió para que la humanidad tomara conciencia de la libertad y de la necesidad de defenderla.⁷

1.5 Tendencias Modernas del Derecho Natural

A partir del siglo XIX y hasta principios del siglo XX, la ciencia del derecho atacó violentamente a la corriente del derecho natural, a tal grado que se llegó a considerar que era parte de la historia del derecho.

Sin embargo a principios del siglo XX, hubo una resurrección de lo que era el derecho natural, ya que el socialismo dejaba a la ciencia jurídica incapaz de combatir sin que se recurriera a la filosofía con lo cual renacía el derecho natural, el que adquirió nuevas características acordes con las necesidades del mundo moderno.

Las consecuencias sociales de la revolución industrial y del sistema capitalista durante casi siglo y medio, habían provocado que ya no se toleraría a un derecho natural en el cual el individuo fuera considerado como un ser aislado, con independencia de una sociedad que lo

⁷ ídem, p.246

esclavizaba, por que las nuevas tendencias del derecho natural, fueron adicionadas con el contenido social que haría frente al marxismo, son dos tendencias importantes dentro del derecho natural; el Neokantismo o Estimativa Jurídica y el Neotomismo. Pero para ahondar mas nos referiremos también a lo que ocurrió durante la Segunda Guerra Mundial, en donde Adolfo Hitler, pretendía exterminar a la raza Judía, para que prevaleciera la raza Aria, como una raza superior a las demás, para lo que estableció un derecho que era creado de acuerdo con una constitución, mismo que era aplicado era un derecho positivo formalmente valido y realmente valido por que se aplicaba, pero este era un derecho injusto, ya que no era posible que se creara un derecho que tuviera como finalidad la destrucción de una raza, la destrucción de la vida humana, siendo que la finalidad del derecho esta orientada a la búsqueda del bien común de la colectividad, todo lo anterior logro que nuevamente se volteara la vista a lo que son los valores y por consiguiente al derecho natural.

1.5.1 La Estimativa Jurídica

Para Kant, filosofo Prusiano, las ideas se transmiten mediante símbolos, los que existen como elementos generalizadores del entendimiento de la naturaleza de los objetos sensibles, pero esto no quiere decir que los rasgos sensibles que acompañan al objeto lo deban acompañar en el futuro, ya que el elemento simbólico expresa un conjunto de cualidades que caracterizan a un objeto y estos son llamados juicios

sintéticos, que adquieren un carácter universal y necesario que requiere ser confirmado por la experiencia, o sea, son a priori por que expresan en si mismos la propiedad del objeto, su esencia, con independencia de la realidad empírica. La esencia de los objetos sensibles, no se encuentra en la realidad, en las plantas, animales, sociedad o en el derecho, sino en las acciones sintéticas del intelecto, que reúne diversas ideas en un solo acto de conocimientos.⁸

Ahora bien, se entiende por estimativa jurídica, la construcción de un criterio valorativo del derecho positivo, basándose en ordenamientos jurídicos históricamente dados, este criterio valorativo es una forma sensible con valores en si y a través de la cual el intelecto juzga los ordenamientos positivos, al compararlo con sus respectivos valores ideales, estos criterios valorativos son una necesidad ética del pensamiento, partes necesarias y universales inherentes al intelecto que establece las condiciones optimas de concreción y funcionamiento de los sistemas jurídicos positivos. Por lo que podemos concluir que la estimativa jurídica depende de la especial configuración de la razón inclinada a la valoración que sea valida para todo tiempo y lugar.

1.5.2 El Derecho natural Neotemista

Esta corriente surge en Francia y a diferencia de otras, no se basa en las concepciones del derecho natural clásico o en alguno de sus

⁸ Rojas Amandi, op. cit. supra (1), p.249

autores si no en las doctrinas del derecho natural cristiano, de Sto. Tomas de Aquino, cuyas principales características son las siguientes:

- ∞ El Derecho Natural esta constituido por normas que se derivan de la naturaleza racional del hombre y en última instancia de la naturaleza de las cosas.⁹
- ∞ Los principios del derecho natural son reglas externas de validez absoluta, cuyo contenido no es variable.¹⁰
- ∞ El derecho natural a de considerarse no solo compatible con el positivo si no auto implicativo, en cuanto a este constituye el medio para la aplicación y precisión de dichos principios generales.¹¹
- ∞ Para el neotemismo, la ley positiva que no este de acuerdo con los principios del derecho natural, debe ser considerada y sin caracter vinculante para los hombres.¹²

Podemos concluir que los neotomistas concebían como principio fundamental y general del derecho natural a la razón y lo vinculaban con la concepción divina de Dios, de la que habla Sto. Tomas de Aquino.

1.6 Los Valores y El Derecho Natural

Es indudable que el derecho natural, esta constituido por un conjunto de principios de los cuales el ser humano es titular, por el simple

⁹ Bodenhermer, citado por Rojas Amandi Víctor Manuel, Filosofía del Derecho, Ed. Harla, Mexico, 1991, p.230

¹⁰ Preciado Hernández, op. cit. supra (2), p.239

¹¹ ídem, p.245

¹² Bodenhermer, citado por Rojas Amandi Víctor Manuel, Filosofía del Derecho, Ed. Harla, Mexico, 1991, p.252

hecho de ser persona; este conjunto de principios provienen ya sea de la propia divinidad, según lo establece la corriente teológica o bien de la razón humana, según la corriente racionalista, pero como quiera que sea el derecho natural, se encuentra en relación íntima con los valores referentes a la justicia, a la equidad, al bien común, a la vida, al bien y al mal, es posible a la razón humana. Como el derecho natural se encuentra en íntima relación con el valor, se hace necesario determinar que es lo que se entiende por valor, siendo esto un problema relativo a determinar, ¿Cuándo surge el valor?, o bien ¿Cuándo hay valor en las cosas?, y todavía más ¿en que consiste ese valor que se le atribuye a las cosas?, y a consecuencia podré contestar a estas interrogantes, debemos decir que, existen diferentes opiniones o tendencias acerca de lo que es el valor y son las siguientes:

Comenzaremos por decir que existen dos formas de conceptualizar a los valores; la primera establece que los valores pueden ser apreciados objetivamente o subjetivamente como a continuación lo señalo:

∞ OBJETIVAMENTE.- Que estima que vale todo lo que es independiente de la voluntad de los individuos.

∞ SUBJETIVAMENTE.- Que es la percepción individual que hace el sujeto, de determinado objeto, otorgándole un valor de acuerdo con su criterio, y de acuerdo con la utilidad que este le preste.

De lo anterior podemos decir que es sumamente criticable la tesis subjetivista, ya que en una cualidad de los valores es que atienden a principios Universales, atemporales, e interiores, por lo que un valor por ser de naturaleza ideal surge en el interior de la razón del individuo y es solo a través de la intuición lo que le da un valor y no así la apreciación que del objeto haga en abstracto el sujeto, dándole al objeto tal o cual valor, pero esto no puede ser, dado subjetivamente de acuerdo a la utilidad que le preste y no debe ser por la cualidad que el individuo atribuya al objeto lo que determine su valor si no lo debe ser una cualidad que venga intrínseca en el mismo objeto independientemente de la voluntad de los individuos, ya que si se aprecia subjetivamente podríamos caer en el error de considerar como valor a cosas o necesidades que lo son, por ejemplo; una persona que tiene una necesidad apremiante de comer, puede darle un valor de una categoría mucho mayor al alimento, que el valor que le daría una persona que no se encuentra en las mismas circunstancias, razón por la cual resulta cuestionable esta apreciación subjetivista.

Ahora bien en razón de lo que se hablo de los términos objetivo y subjetivo, referentes al objeto y al sujeto, en seguida se expondrá la explicación de cada uno de ellos;

Como ya dijimos la tesis subjetivista, sostiene que todo lo que los sujetos de acuerdo con su conciencia determinan, es valido y la tesis objetivista, es como ya dijimos independiente de esa apreciación subjetiva.

De lo que resulta que de acuerdo con la tesis subjetivista resultaría igualmente válido lo blanco y lo negro, el dar muerte a un sujeto o respetar la vida, el sustraer los bienes de otro o respetarlos, por lo que todo dependería de la actitud y deseos de tal o cual sujeto.

Lo cual no es válido y deja a este tipo de tesis muy alejada de lo que realmente es el sentido del valor, el cual puede ser correctamente definido mediante una apreciación objetiva.

Para lograr que quede más claro el entendimiento de lo que es el valor, expondré a continuación la segunda forma de conceptualizar lo que es el valor según lo que enuncia el pensamiento difundido por Ortega Gasset, quienes afirman que los valores se pueden captar de dos formas;

∞ Como un valor en sí de las cosas y

∞ Que los valores no son cualidades en sí de las cosas, sino por relación o referencia a otros objetos o cosas.¹³

De lo que podemos decir que en el caso de que sean captados como valor en sí, esto implicaría que un objeto valioso llevaría en su propia existencia la cualidad o valor que se le atribuye, por ejemplo cuando un acto o acción es justo es cuando lleva en sí la cualidad de justicia, así como también el color anaranjado es atributo inseparable de las naranjas.

También así lo referente a los valores por relación o referencia con otros objetos; contraponiendo el mismo ejemplo anterior de la justicia en los valores en sí, a este caso podemos decir que un acto es justo no por

¹³ Terán Juan Manuel, *Filosofía del Derecho*, 11ª.ed., Ed. Porrúa, México, 1989, p.201

que se encuentre aislado en si mismo sino cuando es referido a otro acto, es decir no basta tomar un acto aisladamente, o como un valor en si mismo para decir que es justo, sino que precisamente es justo por que se encuentra referido a otro acto por ejemplo; en el caso de una sentencia judicial en la que se decida la entrega de bienes a un tercero, no es justa como tal sentencia, sino solo en relación con las personas o bienes a que se refiere la sentencia abundando en ejemplos, el ser grande o ser pequeño no es una cualidad en si o sustante, sino que se necesita de la relación con otro objeto para determinar su valor.

De lo que podemos apreciar que es más convincente la tesis de los valores por relación o referencia.

En consecuencia cuando se dice que el derecho ha de ser enfocado con relación a sus fines, esta siendo planteada la consideración de los fines del derecho como valores, en el sentido de cualidades por relación, no por cualidad o valor en si, y tampoco como condición subjetiva. Es decir, si una institución jurídica puede ser justa en determinadas circunstancias y también injusta en otras determinadas circunstancias y tiempo, se plantean los fines o valores como relaciones o como formas o modos de referencia, no como cualidades de un valor en si o sustante. Por lo que contraponiendo los pensamientos de las tesis expuestas podremos decir que para lograr conceptualizar lo que es el valor, lo tendremos que hacer objetivamente y tomando en cuenta la relación de las cosas con otros objetos.

Ahora bien ahondando en lo que son los valores, podemos decir que los valores no son elementos dados en la realidad, no son ingredientes reales de ella, por consiguiente no son conocidos en la experiencia de las cosas por percepción de los sentidos, sino por el contrario son obtenidos a traves de la intuición cuando captamos la idea o la esencia del objeto; estamos captando su valor. Pero la esencia del valor depende de su aprehensión o juicio de valor, y como el valor es algo es relativo al ser y por lo mismo, no es comprensible y razonable que se separen el valor y el ser ya que la razón esta orientada hacia el valor del ser seria incomprensible e irrazonable un ser sin valor y un valor sin ser.

Lo que puede ocurrir es que el valor tenga lo que llamaos un aspecto negativo; esto es que así como existen valores positivos también así existen aspectos negativos o sea que van a existir valores positivos y valores negativos como son; la justicia y la injusticia, la verdad y la falsedad, el bien y el mal, la vida y la muerte, etc. Y a las cosas que se les da un valor positivo les llamamos bienes y aquellas en que reside un valor negativo las llamamos males.

También existe jerarquía o rango entre los valores, esto es que cada valor independientemente de ser valor, es mas valioso que otros valores o es mas valor o menos valor que otros, por ejemplo la vida como valor supremo o la bondad divina, comparándolas con la riqueza o la pobreza, una tiene mas valor que otras. En suma el percatarnos de que la belleza, el bien, la moral, la justicia, como objetos valiosos, consiste en captar, ósea de que coincida con la idea que tenemos de valor, por lo que

el hombre para poder distinguir las cosas como bienes o como males, tiene que hacer una estimación, independientemente de la percepción de la realidad, que muestre si posee un valor o un desvalor. Pero el hecho de que concibamos algo como valioso no quiere decir que este exista en la realidad, además existe una especie de reciproca vocación entre los valores y la realidad ya que idealmente quieren ser plasmados en la realidad y las realidades solo cuando presentan valores, son una realidad y las realidades solo cuando presentan valores, son una realidad justificada. He aquí la importancia de que los valores puedan irrumpir en el mundo de la realidad. Ya que así mismo los valores que se refieren a una determinada realidad y no son cumplidos o encarnados en ella; sucede que esa realidad sin dejar de ser realidad, aparece como no justificada.

Para concluir terminare diciendo que los valores o el valor es un ente ideológico en íntima relación con el ser, y que además se concibe a través de un juicio de valor y que tiene como características el hecho de que son universales, generales, atemporales y que pueden irrumpir en la realidad y también que se encuentran interrelacionados unos valores con otros, y sus respectivos soportes en los que encarnan. Hay valores como los morales que solo pueden darse en las personas realmente existentes y no en las cosas; y los valores jurídicos solo pueden darse en la colectividad y otros como los de la utilidad solo se dan en las cosas y en los procesos, otros como los vitales referentes a la salud, vigor, destreza, etc., solo se dan en los seres vivos y así podemos decir que el valor

realizado en una cosa, no es nada mas que la virtud que compara la cualidad relativa de esa cosa con la idea del valor.¹⁴

Se repite por ultimo que no debe caerse en el equivoco de pensar que además de las cosas que valen, existen los valores en si; no, los valores son relaciones que en la conceptualización pueden definirse, pero en la realidad solo tienen sentido en relación con las cosas que valen.¹⁵

¹⁴ Recansens Fiches Luís, Tratado General de Filosofía del Derecho, 7ª ed., Ed. Porrúa, Mexico, 1981, p. 62

¹⁵ Terán Juan Manuel, op. cit. supra (13), p. 221

CAPÍTULO SEGUNDO

EL DERECHO POSITIVO

2.1 Concepto de Derecho Positivo

Para poder dar una definición de lo que es el derecho positivo, atenderemos a las siguientes definiciones:

☞ La primera nos dice que es un conjunto de normas jurídicas que integran la legalidad establecida por el legislador, así como el de aquellas que en un tiempo estuvieron vigentes y que quedaron abrogadas, pasando a constituir el derecho histórico de la nación.¹⁶

☞ La segunda de un tratadista mexicano de nombre Trinidad García nos dice que el derecho positivo es el conjunto de normas jurídicas vigentes que el individuo debe observar por que su fuerza de vigencia las hace obligatorias.¹⁷

☞ La tercera nos dice que la positividad es un hecho que estriba en la observancia de cualquier precepto vigente o no vigente.¹⁸

Ahora bien se hace necesario hacer la distinción entre derecho positivo y derecho vigente, distinción que se tratara en los dos capítulos siguientes.

¹⁶ De Pina Rafael, Diccionario de Derecho, 20ª ed., Ed. Porrúa, Mexico, 1994., p.238

¹⁷ ídem.

¹⁸ García Maynes Eduardo, Introducción al Estudio del Derecho, 40ª ed., Ed. Porrúa, Mexico, 1991, p. 38

2.1.1 Concepto de Derecho Vigente

Es vigente aquel derecho que realmente rige en un momento determinando al grupo social y que no ha sido derogado o abrogado, es decir que es un derecho actual.¹⁹

De lo que podemos afirmar que no todo derecho positivo es vigente, en cambio todo derecho vigente es positivo.

además debemos tener en cuenta un factor de suma importancia para el presente estudio siendo este la voluntad del estado, como fuente formal del derecho positivo, en cuanto a su validez, todo derecho positivo ya sea consuetudinario, jurisprudencial, legislado, contractual, institucional, judicial, etc., y lo que se llama voluntad del estado es sencillamente un caso de actor realizados por determinados individuos (Legisladores, Funcionarios Administrativos, Tribunales de Justicia, Partes Contratantes, etc.) no son atribuidos a dichas personas individuales, sino a un sujeto ideal supuesto tras de las mismas, esto es el estado, lo que constituye y significa la personificación total y unitaria de todas las normas jurídicas.²⁰

Y dicho Derecho Positivo constituirá Derecho Vigente en la medida en que se deba ser aplicada, impuesta por el Estado, es Decir por sus órganos.

Ahora para establecer un punto de relación lo que es el derecho positivo que ya definimos y la relación que guarda este con el Derecho

¹⁹ Gómez González Flores Fernando y Otro, Nociones del Derecho positivo Mexicano, 2ª ed., Ed. Olimpo, Mexico, 1969, p. 52

²⁰ Recansens Fiches Luís, op. cit. supra (14), p. 284

Natural podemos decir que en el mundo del ser y del deber ser, existen dos formas de proposiciones las enunciativas y las normativas.

Las primeras son aquellas que denotan en que consiste un ser, que es una realidad, la existencia de un hecho, el modo regular de acontecer de unos fenómenos, etc.²¹ Es decir que los juicios enunciativos, se encuentran en relación directa con el mundo del ser, explican los fenómenos que acontecen en la naturaleza, tratando de determinar sus constantes; es decir sus relaciones.

Las proposiciones normativas no se refieren a la realidad de los hechos, ni a la manera en que estos se desarrollan, si no por el contrario hacen mención a un deber ser, esto es establecer un comportamiento como debido. Entonces el derecho esta integrado por proposiciones normativas, por lo que cuando se hace referencia a l derecho positivo se refiere mas o menos directamente al derecho natural. Este es, según el pensamiento jurídico tradicional, el derecho que debe ser, es positivo simplemente el derecho que es. Pero el derecho positivo, para nosotros, en realidad, es el derecho que en un momento histórico determinado y en relación con un pueblo determinado, según el criterio del legislador, no solo es, si no que también es lo que debe ser.²² Es decir que el derecho positivo es un conjunto de normas o reglas de conducta que se aplican, que tienen vigencia en un lugar y tiempo determinado, naturalmente que existen corrientes que determinan que el derecho positivo, necesariamente tiene que tener su base en el derecho positivo es

²¹ ídem.

²² De Pina Rafael, op. cit. supra (16), p. 239

derecho independientemente de su contenido valorativo, por la sencilla razón de que ha sido creado por el estado , de acuerdo con la normatividad existente para la creación del derecho de esta manera, podemos pensar en la posibilidad de la existencia de un derecho injusto, esto siempre y cuando sigamos la corriente de la que hemos estado hablando, de que el derecho es tal, independientemente de su contenido valorativo.

También es necesario recordad dentro de la corriente del derecho natural que se desarrollo en la Edad Media, donde su máximo exponente que fue Sto. Tomas de Aquino, quien atribuyo a la razón como la expresión máxima del creador, y en donde gracias a la razón se tendieron puentes desde la divinidad hasta la mas insignificante existencia material, por lo que al hablar de derecho positivo debe pensarse necesariamente en la positividad y la racionalidad como dos notas fundamentales del derecho. El derecho no solo es positivo, sino que simultáneamente es racional, positivo por que se refiere necesariamente a una sociedad de hombres y racional o natural, dado que son los principios de la razón práctica los que dan calidez normativa a las reglas jurídicas, distinguiéndolas de las reglas impuestas por la fuerza.

Para tratar de dejar mas entendido lo que se expuso en líneas anteriores, y para tratar de establecer cual es el punto donde se conjugan el derecho natural y el derecho positivo, me refiere a lo que cita Renard, quien dice, “El derecho natural es un bastidor, la ley positiva es el bordado que llena los intervalos; estatuye en aquello que es indiferente al derecho

natural, y entiéndase bien que una vez dictada la Ley, cesa la indiferencia y en derecho natural se le incorpora reforzándola con su propia autoridad. En cuanto a las decisiones gubernamentales o parlamentarias y de una manera general a las manifestaciones de la voluntad humana que no estén fundadas en derecho natural, a pesar de todas las formalidades, solemnidades y autoridades, nada tiene que ver con el derecho, de tal suerte que no hay una sola parcela del derecho positivo que no participe de cerca o de lejos, de la dignidad del derecho natural".²³

2.1.2 Concepto de Derecho Formalmente Valido

Como hemos citado anteriormente el derecho positivo no siempre es derecho vigente y en cambio el derecho vigente siempre es positivo, y es precisamente en este punto en donde fundamentamos la validez del derecho, en su vigencia, si un derecho es vigente es un derecho formalmente valido; y su formalidad se centra en la voluntad del estado, en el proceso de creación de la norma jurídica (iniciativa, discusión, aprobación, sanción, publicación e iniciativa de vigencia), por un órgano facultado para ello, de donde nace su fuerza y su facultad coercitiva, por parte del estado y de sus órganos.

2.2 El Derecho Positivo como Disciplina Teórica

A nivel teórico, el derecho positivo, constituye el tema esencial en la investigación de un grupo de especialistas conocidos como positivistas.

²³ Renard citado por Preciado Hernández Rafael, Lecciones de Filosofía del Derecho, U.N.A.M., Facultad de Derecho, Mexico, 1986 p.155

Quienes coinciden en establecer que la naturaleza del derecho positivo y sus elementos comunes, para estos los temas dignos de importancia dentro de la teoría jurídica, son aquellos donde el derecho se coincide como producto cultural, formación para un fin, a diferencia de las concepciones iusnaturalistas que lo entienden de esencias trascendentales a la cultura y la historia.²⁴

2.3 Principales Escuelas del Derecho Positivo

2.3.1 Los Glosadores

La escuela de los glosadores deberá considerarse como in antecedente de las modernas tendencias positivas. Debido a que su trabajo se centro sobre el Corpus Juris Civile, Mismo que esta contenido en el Digesto de Justiniano, el cual contenía una gran compilación de obras de los juristas romanos clásicos, el Corpus Iuris constituye una obra poco sistemática que debía de organizarse y ordenarse a efecto de encontrarle un sentido congruente y unitario, necesario para su aplicación. Y es este precisamente el merito de la escuela de los glosadores. Las glosas no eran sin más simples explicaciones aclarativas de pasajes concretos; sino que iban mas adelante, pues comportaban paralelismos y resoluciones contradictorias en la totalidad del Corpus Juris y buscaban soluciones.²⁵

Estos fijaban el texto romano y después referían a cada texto los problemas que podían encontrar soluciones en el.

²⁴ Rojas Amandi, op. cit. supra (1), p. 256

²⁵ Márquez Piñero Rafael, Filosofía del Derecho, 1ª Reimpresión, Ed. Trillas, Mexico 1996, p. 17

Pero en realidad la interpretación de los textos romanos se presto con frecuencia a arbitrariedades por falta de preparación ya sea histórica o gramatical por parte de los glosadores, lo que trajo cierta inseguridad a la hora de determinar las soluciones concretas, ya que el significado de los textos era susceptible de abarcar campos muy amplios.

Por lo mismo se estableció un derecho estatutario que obligaba a estos juristas a interpretar el derecho romano lo mas cercano posible a la letra.²⁶

2.3.2 Los Posglosadores

Esta corriente oriento su actividad hacia las necesidades prácticas del derecho de la época, por lo que tuvieron que ir adaptando el derecho romano a las necesidades que se presentaban en la sociedad.

Incluso llegando a crear nuevas ramas del derecho como son el derecho internacional privado, la teoría de las corporaciones, la teoría general del derecho penal y del procedimiento penal.²⁷

Esta tendencia centro su atención en las necesidades practicas del derecho, o sea en el derecho positivo mismo, en el derecho tal cual sirve como medio de control social, como sistema efectivo de las relaciones sociales.²⁸

²⁶ Carpentiero, Francisco citado por Rojas Amandi Víctor Manuel, Filosofía del Derecho, Ed. Harla, Mexico, 1991, p. 256

²⁷ Red Bruch Gustav, citado por Rojas Amandi Víctor Manuel, Filosofía del Derecho Ed. Harla, Mexico 1991, p. 258

²⁸ ídem.

2.3.3 Escuela Histórica

Esta escuela nace en Alemania, durante la primera mitad del siglo XIX y constituye una tendencia muy positiva en el estudio del derecho, en cuanto pretende inscribir en el mismo a la experiencia, jurídica, al derecho tal cual se aplica en la vida diaria de un país y en una época determinada.

El prestigiado jurista Savigny, estima que:

No se da ninguna existencia humana completamente individual y separada antes bien aquello que puede ser considerado como individual, ha de verse por otra parte, como miembro de un todo superior.

Por lo mismo considera que no es pues ya la historia solamente una colección de ejemplos políticos y morales, si no el único camino para el conocimiento de nuestro propio estado.²⁹

Por lo que la historia es el todo humano dentro del cual debemos entender cualquier forma social incluso al derecho. Entonces por lo anterior ninguna proposición normativa posee el valor en si, si no las referimos al momento histórico de la nación.

2.3.4 La Escuela Exegetita

Este movimiento codificador se inicia en Francia, después de la revolución de 1789, para efecto de romper con el sistema monárquico y crear uno de fundamento ideológico liberal. Por lo que era necesario que las nuevas instituciones jurídicas fueran racionalizadas al extremo y expuestas sistemáticamente mediante documentos escritos. La realidad

²⁹ Savigny, citado por Rojas Amandi Víctor Manuel, Filosofía del Derecho, Ed. Harla, Mexico, 1991, p.261

se tenía que transformar y el derecho era uno de los principales instrumentos para el cambio, pero no el derecho tradicional y vivo, si no el derecho racionalizado y expuesto en proposiciones normativas.

El culto a la razón suprema, es característica de exégesis ya que residir a priori el sistema material y formal del derecho perfecto en un número limitado de categorías. Por lo que el pensamiento lusnaturalista de la ilustración que se caracterizo por una excesiva fe en la razón. El legislador, como representante del pueblo, tiene la misión de transformar la razón en ley escrita que de esta forma establece el óptimo de relaciones jurídicas, optimo que tiene fuerza y valor en si, independientemente de las circunstancias socio-históricas, pues depende de la razón suprema.

El legislador, de esta manera sistematiza la razón suprema y la expone ordenadamente en diversos códigos.³⁰

2.4 El Positismo jurídico

Para la ciencia del derecho, el positivismo, es una teoría que se integra antes que otra cosa por oposición al derecho natural, entendiendo que todo derecho que no posea existencia practica y no sea empíricamente verificable, no constituye derecho positivo.

³⁰ Rojas Amandi, op. cit. supra (1), p. 259

2.4.1 Tipos de Positivismos jurídicos

Existen dos tipos de positivismo jurídico, el formal y el real los cuales citare a continuación:

☞ Positivismos Formales: Nos dice que el derecho que no es creado de acuerdo con los procedimientos y con las facultades que otorga el Estado no constituye derecho, así es que para que exista el derecho desde el punto de vista formal positivo, es necesario que la creación de las normas jurídicas, provenga del Estado, a través de las bases de la normatividad existente.

☞ Positivismos Reales: Atiende sobre todo a la eficacia de la norma, a su aplicación, si un derecho no es aplicado y obedecido por quienes tienen que hacerlo, entonces es letra muerta y por consiguiente no constituye derecho, entonces el derecho positivo real es aquel que es obedecido y aplicado y por consiguiente está cumpliendo los fines para los que fue creado, lo que constituye un derecho eficaz. Dicho con otras palabras el realismo que tiende más a la aplicación del derecho, del derecho que aplica a los tribunales, solo es derecho en tanto es obedecido y aplicado y cumple con sus fines y propósitos. Mas sin embargo el realismo sociologista o realismo conductivista va a tender más al comportamiento de las personas; va a decir que tanto es obedecido es eficaz, y esto se llama realismo conductista, en el sentido que puede

observar el comportamiento; el realismo a nivel aplicado, a nivel de obediencia es una corriente que en su concepción sociológica tiene mucho auge. La norma es obediencia, es aplicada, entonces hay un derecho que se vive como tal.

2.5 Diferencias entre el Positivismo jurídico y el Derecho Natural

Ahora bien se hace necesario dejar establecidas las diferencias entre lo que es el derecho positivo y lo que es el derecho natural.

Como ya lo dijimos el derecho positivo es aquel que es establecido y existe para un tiempo y lugar determinado, por lo que el derecho positivo es un derecho esencialmente histórico. En cambio el derecho natural, es un derecho anti-histórico, creado para todo tiempo y lugar, es universal y necesario.

Por lo que podemos decir que las diferencias entre el derecho positivo y el derecho natural, es que el primero tiene restricción temporal y el derecho natural, no la tiene. El derecho natural vale independientemente del tiempo y del lugar; en tanto que el derecho positivo vale en un lugar y tiempo determinado.

Consecuentemente las tres corrientes de las que hemos hablado en forma simultanea, ya sea el naturalismo, el positivista en su visión formalista o bien en su visión realista o sociológica, de las que nadie pueda decir que alguna esta superada, si no que las tres son aceptadas en la actualidad y las tres dan significado a lo que es el derecho, sin

lograr, claro esta una definición en el sentido amplio, de lo que es el derecho.

Pero debo hacer hincapié en hacer ver que el derecho es importante por la cuestión valorativa que lleva en si, y que esto es lo que le da sentido.

El derecho positivista formalista que se crea y aplica en nuestro país, no debe ser un objeto ajeno a la cuestión valorativa, por lo que el derecho no puede ser solo forma, si no que el derecho es calor, y si no hay valor en el, sencillamente no hay derecho, por lo que es importante que sea tomado en cuenta el factor de los valores al momento de la creación de las leyes como un elemento esencial, para que sea un derecho que cumpla con los fines para lo que fue creado, pero lo mas importante seria, que además fuera un derecho justo, que atendiera a las cuestiones de los valores de seguridad, justicia, orden, bienestar común o general, y que tenga como prerrogativa la protección de los bienes jurídicamente tutelados, como son la libertad o la vida.

Dicho lo anterior procederemos en el capitulo siguiente a hacer un estudio a fondo de lo que es la justicia, el bien común y la seguridad jurídica; como fines del derecho.

CAPÍTULO TERCERO

FINES DEL DERECHO

3.1 Principio de Justicia

Como ya dijimos, el derecho es una obra humana, pero no se trata de una obra humana casual o fortuita. Es una obra que tiene como raíz vital, un fin determinado como pueden ser la satisfacción de necesidades tales como seguridad, certeza, la urgencia de resolver los conflictos en convivencia y en la cooperación, organización y limitación de poder político, etc., es decir el derecho por ser un ordenador de conductas externas, representa un orden encaminado a la convivencia pacífica dentro de la colectividad y cuando esa convivencia se rompe, ante la presencia de conductas contrarias a derecho, es cuando la norma jurídica interviene para regular esa conducta a efecto de que se desarrolle como “debe ser”, ya que la norma establece modelos de conducta que necesariamente tenemos que observar para poder vivir dentro de la colectividad en forma pacífica; modelo de conducta que incluso se nos puede imponer a la fuerza, es decir, aun en contra de nuestra voluntad, por otra persona que se encuentre legitimado para ello. Todo lo anterior tendiente a la convivencia pacífica dentro de una colectividad en donde impere la justicia.

Por lo que comenzaremos la exposición diciendo que tenemos una idea de lo que la justicia y todos en alguna ocasión referido a algo como

justo o como injusto, aunque no podamos definirlo o no tengamos los conocimientos para hacerlo.

Ahora bien los fines son puestos como tales en virtud de juicios de valor, los cuales se apoyan en lo que son los valores, tal como ya se expuso en el capítulo referente a los valores, por lo que analizaremos a la justicia como un valor, diciendo que la justicia o injusticia de un ordenamiento jurídico o de una norma jurídica no nos da cuenta de su eficacia, si no de su validez o fuerza obligatoria.³¹

Y al preguntarnos si ¿El derecho debe ser justo?, la respuesta a esta pregunta en un sistema positivo formalista, sería contestada diciendo que el derecho no necesariamente tiene que ser justo para ser derecho, he incluso podría ser un derecho injusto, pero eficaz y lo ideal sería que fuera un derecho justo, para que gozara de plena validez moral además de la fuerza obligatoria de la que gozan las normas y necesariamente al hablar de elementos de validez necesarios para su creación, como lo son el que sean expedidos por un órgano que se encuentre legalmente facultado para ello en este caso estamos hablando del poder legislativo, y así mismo debe ser fundamental al entrar al campo de los valores, que necesariamente deben ser tomados en consideración al momento de la creación de la norma, ya que si no es así, y no se atiende a estos equivaldría a que se entienda como sinónimo de fuerza, en donde estaríamos hablando de un derecho que no estaría justificado, por lo tanto se trataría de un derecho injusto.

³¹ Álvarez Ledesma Mario, Introducción al Derecho, Ed. McGraw-Interamericana de Mexico, Mexico 1995. p. 310

Pero también existe una clasificación que nos dice que el derecho posee dos estándares o medidas de valoración.³²

El primero; esta constituido por el orden, seguridad e igualdad jurídicas, estos valores poseen un carácter instrumental, por que si bien gracias a estos el derecho propicia un determinado ámbito social de paz, libertad de igualdad, dichos valores no se explican si no a la luz de otros valores superiores que guían al derecho, les otorga los criterios o razones últimos de orden, seguridad e igualdad y esos otros respecto a la vida e integridad humanas, la libertad, el bienestar social, la educación, etc., esto quiere decir que el primer estándar valorativo del derecho le otorga la validez formal y que el segundo estándar que esta constituido por los valores superiores le otorga la justificación o los justifica. Por lo tanto un derecho que no este de acuerdo con los valores que le dan validez al derecho y los valores superiores que justifican al derecho, no podrá ser considerado un derecho justo. Ahora bien, es preciso decir que no existe una acepción única ni absoluta cierta sobre cuales son los valores que deben componer a la justicia, pero pensando razonablemente y ya que el derecho es creado por y para el hombre, y que tiene como fin por excelencia a la justicia, esta debe tener siempre como punto de referencia al ser humano, para que este logre su mejoramiento, respeto y realización.

³² ídem, p.362

Ahora bien existen varias acepciones de lo que significa la palabra justicia una en sentido amplio (lato sensu) y la segunda en sentido restringido (estricto sensu).

∞ En Lato Sensu; definición dada por el filosofo griego Platón, definiéndola como una virtud fundamental de la cual se derivan todas las demás virtudes, pues constituye el principio armónico ordenador de estas, el principio que determina el campo propio de acción de cada una de las demás virtudes: de la prudencia o de la sabiduría para el intelecto, de la fortaleza o valor para la voluntad y de la templanza para los apetitos y tendencias.³³

∞ En Estricto Sensu; Aristóteles, diciendo que consiste en una medida de proporcionalidad de actos, la cual representa el medio semejante entre el exceso y el defecto.³⁴ Y así, se pueden citar muchas mas definiciones de lo que es la justicia en donde podemos incluir las definiciones de grandes filósofos como San Agustín, Santo Tomas de Aquino y otros mas, pero dichas definiciones omnicomprensivas de la palabra justicia, han ido cayendo en desuso sucesivamente, casi desde la época de Aristóteles, por lo que sucesivamente, casi desde la época de Aristóteles, por lo que generalmente cuando se habla de justicia, con esta palabra se trata de significar la idea que debe inspirar al derecho.

³³ Platón citado por Recanses Siches Luís, Tratado General de Filosofía del Derecho, 7ªed., Ed. Porrúa, Mexico, 1981, p. 479

³⁴ ídem. p. 480

O sea, que el derecho debe buscar como fin a la justicia la que debe inspirarlo, pero dicha inspiración debe ser para que el derecho positivo rija los ordenamientos terrenos, y una justicia que deba regir las relaciones interhumanas externas, y lo que quiere dar a cada cual “lo suyo”, y no nos referimos a una justicia de la fe cristiana, la cual es una justicia superior, divina, que no resiste al mal, y según la cual, quien recibe una bofetada en una mejilla presenta la otra, esta es una justicia que paga al mal con el bien. Pero a nosotros nos debe importar la justicia en sentido estricto, como medida para la organización de las relaciones jurídicas, ya que lo que nos interesa es una justicia que se aplique en las relaciones interhumanas externas.

Del análisis de todas las doctrinas sobre la justicia, desde los pitagóricos hasta la actualidad, ponen de manifiesto que entre nosotros las teorías se da una medular conciencia: el concebir a la justicia como una regla de armonía, de igualdad proporcional, de proporcionalidad, entre lo que se da y entre lo que no se recibe en las relaciones interhumanas, bien entre individuos y la colectividad.³⁵ Esto quiere decir que la justicia busca una armonía y una igualdad entre las acciones que cada persona desarrolla, en relación con otras personas, como solemos decir cuando nos hacen la pregunta acerca de que es la justicia y nosotros respondemos diciendo que “es dar a cada quien lo suyo”.

Por lo que podemos decir que la justicia es un principio regulador y como tal es una medida que limita lo ilimitado e iguala lo que es desigual.

³⁵ Recasens Fiches Luís, op. cit. supra (14), p. 481

Consecuentemente ahora nos encontramos ante el problema de si la justicia busca o tiene como fin promover igualdad entre lo que se da y entre lo que recibe o proporcionalidad en la distribución de ventajas y cargas, esto implica la necesidad de poseer criterios de medida, es decir pautas de valoración, de las realidades que deben ser igualadas o armonizadas.

Aquí se centra realmente el problema sobre la justicia y su pretensión de armonía y proporcionalidad, ¿Cuáles serán los valores relevantes que tomara en cuenta para su propósito?, y ¿Cómo lo elegirá?, lo que llevara a cabo tomando en cuenta, como lo que debe atribuirse a cada cual como “lo suyo”, o ¿Cómo lo hará? Este problema de valoración es un problema que constituye el asunto principal de la filosofía política y axiología jurídica.

Pregunta que trataremos de contestar diciendo que los criterios de medida o pautas de valoración para aplicar la justicia deben darse mediante la realización de un juicio de valor. Que va ha emanar de un hecho humano, que tiene como tal sentido y significación, esto es que para que se haga justicia o un acto justificado, es necesario que previamente se haya hecho un juicio de valor, contraponiendo y sopesando los actos que se están valorando, igualando lo desigual y limitado lo ilimitado por ejemplo: cuando una persona preste dinero a otra y la que recibe el préstamo, se obliga a pagarlo en un tiempo determinado y aun así, llegando el día pactado, no cumple con su obligación de pagar lo que es debido, y se niega a pagar voluntariamente al acreedor, esto es

un acto injusto, por lo que se acude ante un juzgador quien tiene que llevar a cabo un juicio de valor y determinar, si realmente es justificado el reclamo, sopesando los elementos que tenga como pruebas y lo que determinara al dictar una sentencia que ordena pagar lo que es debido, por lo que es una sentencia justa, y esta cumpliendo con el ideal del derecho que es la justicia.

Cabe también hacer mención de la doctrina de Aristóteles sobre la justicia como medida axiológica, para el derecho y para el Estado, clasificándola en varias clases las cuales mencionare a continuación:

∞ Justicia Distributiva; que se aplica al reparto de los honores y de los bienes públicos y que apuntan al propósito de que cada asociado reciba de esos honores y bienes en la proporción adecuada a su merito, con lo cual se afirma el principio de igualdad, pues tal principio seria violado, si se dice igual trato a meritos desiguales, lo cual seria injusto.

∞ Justicia Emparejadora; que es reguladora de las relaciones entre términos intercambiables y consiste en un termino de igual y se subdivide en :

∞ Justicia Conmutativa; aplicable a las relaciones voluntarias de cambio, por ejemplo: a los contratos, la cual requiere que haya igualdad entre lo que se da y entre lo que se recibe, entre la prestación y la contraprestación.

☞ Justicia Judicial; aplicable a las violaciones, la cual exige que haya una paridad entre el daño y la reparación, entre el delito y la pena.

Para finalizar, podemos decir que la justicia versa sobre las acciones externas y sobre las cosas, la justicia como fin del derecho busca la igualdad y en contraposición la injusticia busca la desigualdad.

Ahora citare la definición de justicia que nos da De Pina Vara, en su diccionario de derecho diciendo que: Justicia es la disposición de la voluntad del hombre dirigida al reconocimiento de lo que a cada cual es debido o le corresponde según el criterio inspirador del sistema de normas, establecido para asegurar la pacifica convivencia dentro de un grupo social mas o menos amplio.³⁶

3.2 El Bien Común

Es necesariamente una regla el hecho de que como ya sabemos todo lo que es creado por el hombre, tiene o debe llevar dentro de si una finalidad, aquello por lo cual fue creado, es decir para un fin determinado, en este punto trataremos lo referente al bien común, que es buscado por el hombre al agruparse para formar una sociedad, en la que el mismo delega facultades y atribuciones y le da forma a la figura del estado, que es quien tiene como prioridad buscar el bien común de sus integrantes, quienes también individualmente participan en esa búsqueda de satisfactores, pero se hace necesario que se distinga lo que es el bien

³⁶ De pina Rafael, op. cit. supra (16), p.154

común y el bien publico; el primero es el fin de toda sociedad y el bien publico es el fin especifico de la sociedad estatal, de los organismos y dependencias del estado.

Consecuentemente siempre que los hombres se agrupan socialmente, para la obtención de un fin que beneficie a todos, ese fin, al perseguirse precisamente para beneficiar a un conjunto de hombres, es un bien común.³⁷

Ahora bien hay que distinguir también lo que es un bien común particular y lo que es un bien común publico; el primero es un fin perseguido por los particulares y puede ser egoísta, como el bien común lucrativo, o altruista cuando se trata de una sociedad de beneficencia y el bien común publico; es el bien perseguido por el estado, y concierne a la masa de todos los individuos y todos los grupos.

Por lo que el bien común es un bien general que siempre esta referido a la sociedad. Y como bien; es aquel que se identifica con el bien de la naturaleza humana, que se refiere al bienestar y a los satisfactores. Y como común; se refiere a que los individuos no poseen ese bien antes de su integración en el organismo social y no solo aprovecha a todos, sino que a la vez requiere del esfuerzo coordinado de todos los miembros que integran la comunidad, la cual implica que esta constituido por la suma de los bienes individuales.³⁸

Lo anterior quiere decir que el bien común es una finalidad del derecho, ya que tiende a la satisfacción de necesidades de orden

³⁷ Porrua Pérez Francisco, Teoría de Estado, Teoría Política, 26ª ed. Ed. Porrua, Mexico, 1993, p.285

³⁸ Preciado Hernández, op. cit. supra (2), p.199

colectivo y no individual, lo que a su vez nos hace ver, que no es posible que el hombre aisladamente sin que pertenezca a una sociedad, pueda lograr un bien común, por lo que para que pueda lograrlo tiene que buscar la ayuda de otros hombres para poder lograr lo que individualmente no le era posible, como el orden o estructura de la propia actividad social, el derecho, la unidad de un pueblo, la paz social etc.

Esto es, el bien común es una noción del bien en general y de ser. Pero el trabajo colectivo para lograr el bienestar del individuo que se agrupa y une esfuerzos y ya que en la medida en que participe en la sociedad, en su medida también se vera beneficiado particularmente. Por lo que el bien común constituye un conjunto de obras materiales e inmateriales que se conciben como obras de la humanidad, para la realización del bienestar individuo, este patrimonio que la civilización ofrece al hombre para alcanzar, seguridad, felicidad y realización personal en general, se compone de conocimientos científicos, técnicos, idiomas, hábitos de la vida, transporte, culturales, etc.

Pero para poder disponer de los elementos que integran el bien común, es necesario que se aporte un esfuerzo, que en la medida que se de, será recompensado. Consecuentemente, luego la sociedad y el bien común que ella procura, jamás tendrá el derecho de sacrificar las prerrogativas de la persona, invocando el bien común, ni debe imponer o prescribir una conducta que en lugar de perfeccionar al hombre, lo degrade o lo envilezca, ya que el fin de la sociedad y del bien común, es el perfeccionamiento del hombre.

El Maestro Preciado Hernández³⁹, hace distinción de los distintos tipos de bien común clasificándolas en:

- ∞ Bien común conforme al orden sobrenatural; que coincide con la causa primera y fin último de todo lo creado, ya que del soberano bien procede y a él atienden todas las criaturas.
- ∞ Bien común de la especie humana; comprende todas las relaciones que en su inteligencia y voluntad, ha venido acumulando el ser humano desde que apareció sobre la tierra, pues constituye un acervo cultural y civilizador que no pertenece a un ser humano individual, sino que representa un patrimonio común de la humanidad.
- ∞ Bien común nacional; viene a ser la participación de un pueblo determinado en el bien común de la especie humana, en cuanto a esa participación a través del tiempo, a veces de siglos, imprime un estilo de vida a los miembros de la comunidad de que se trata, dando así una fisonomía o rostro nacional.
- ∞ Bien común público; consiste esencialmente en la creación establece y garantiza de condiciones comunes, tanto del orden material como del orden espiritual, que sean las más favorables de acuerdo con las circunstancias para la realización del bien común propio de cada una de los individuos y de los grupos sociales que integran el estado.

³⁹ Preciado Hernández, op. cit. supra (2), p.200-202

∞ El bien común desinteresado; que consiste en la conservación de la unidad social y de todo lo que a ella concurre, por si misma, en tanto que realiza la perfección máxima de la especie humana.

∞ El bien común útil; se traduce en ayuda y asistencia para cada uno de los miembros de la sociedad, es el bien común de los individuos.

∞ Bien común de la colectividad; a la misma comunidad que constituye el bien común útil, en cuanto es referida al ser y a las operaciones propias del grupo, se le llama bien común de la colectividad.

Todas estas acepciones no son mas que caracterizaciones de las formas concretas en las que aparece el bien común en un momento y lugar determinado, y son limitadas para expresar la esencia de un solo y único bien común, que es una herencia que nos da legado a la humanidad, que acontece todos los días , en donde nosotros participamos con nuestro esfuerzo diario y así también gozamos de sus beneficios, aunque se regule por múltiples y diversos derechos o relaciones sociales que siempre van a tener como finalidad un bien común.

3.3 La Seguridad jurídica

Otro de los fines del derecho es el de otorgar seguridad jurídica, esto quiere decir garantizar la aplicación y cumplimiento de la ley en el

caso de que infrinja la misma, en otras palabras atiende a la eficacia del derecho.

La seguridad es la garantía dada al individuo de que su persona, sus bienes, y sus derechos, no serán objetos de ataques violentos, o que si estos llegan a producirse, le serán asegurados por la sociedad, la seguridad y reparación.⁴⁰

Esto es que el individuo que esta en o dentro del estado, tiene la garantía de que su situación no será modificada sino mediante un procedimiento ya establecido y de acuerdo a lo que la ley establezca, ya que la ley es la que protege y otorga seguridad a los particulares, tanto en su vida como para sus bienes y demás derechos, frente a otros particulares y aun frente a los gobernadores.

así mismo, por seguridad jurídica se ha entendido también, el conocimiento que tienen las personas respecto de aquello que pueden hacer, exigir, o que están obligadas a evitar o no impedir; esto es el conocimiento que tienen de las libertades, derechos y obligaciones que les garantiza o impone el derecho positivo.

Esto es “Un saber a que atenerse”, por parte de las personas que están o deben estar consientes de que existe la seguridad para la aplicación de una sanción en caso de desobediencia o incumplimiento, que será aplicada por parte del estado por medio de sus órganos, mediante una ley que sancionara la conducta realizada u omitida, y el mejor ejemplo que podemos dar de seguridad jurídica, es lo que enuncia

⁴⁰ Preciado Hernández, op. cit. supra (2), p.225

el principio de legalidad que nos dice que; la autoridad podrá hacer todo aquello que la ley no le permite en tanto que el particular podrá hacer todo aquello que la ley no le prohíbe. Debemos decir también que no se deben confundir los términos de seguridad jurídica y certeza jurídica, ya que; la seguridad jurídica como ya lo hemos expresado, es objetiva y representa el conjunto de condiciones sociales de carácter jurídico que garantizaran la situación personal de cada uno de los miembros de la comunidad en tanto que, La Certeza jurídica; tiene un carácter subjetivo, pues es un dato que en el fondo se reduce a un conocimiento; al saber a que atenerse.

Ahora bien hay que decir que como la seguridad jurídica atiende a la eficacia del derecho, esta dará como consecuencia que entre mas eficaz sea un derecho, habrá mayor seguridad jurídica y viceversa.

Pero no debemos olvidar que aunque el derecho positivo sea formalmente valido y eficaz, no debe de desatender a la justicia, por lo que como ya se dijo en capítulos anteriores, puede existir un derecho que sea un derecho formalmente valido y que sea eficaz o real, pero que no tenga un fin justo, será por consecuencia un derecho que no atiende a los valores para su conformación, por lo tanto no será derecho justo, sino solo será formal. Y así podemos citar nuevamente al derecho creado por Adolfo Hitler, para exterminar la raza Judía, dicho derecho era un derecho formalmente valido y eficaz por que se aplicaba, pero era injusto, ya que atentaba en contra de los valores de la vida y de la libertad entre otros.

Por lo que no podemos permitir que se utilice al derecho, como un medio o como una herramienta maligna, para obtener o seguir en el

poder, para sostener gobiernos tiránicos, lo que tendrá como consecuencia el auge y florecimiento de la inseguridad jurídica, y el fin del estado de derecho. Además para que el orden legal merezca el calificativo de jurídico y sea eficaz, es preciso que este fundado en la justicia, ya que un orden legal factico, pero injusto, no produce verdadera seguridad.⁴¹ Por lo tanto podemos decir que para que haya verdadera seguridad jurídica en un medio social, no basta que exista un orden legal eficaz, factico; se requiere además que este orden legal sea justo.

Por lo que consecuentemente, la seguridad jurídica las nociones del orden legal, eficaz y justo y que por consecuencia, no existe oposición o contradicción desde un punto de vista racional, entre seguridad jurídica, justicia y el bien común, sino que cuando un ordenamiento legal, es justo y eficaz, nos dará la certeza de que tendremos seguridad jurídica, de sus efectos que tendrá como fin el propiciar la obtención del bien común, como podemos ver, es necesaria su relación ya que así se fortalece y da sustento a las leyes, al derecho y al estado de derecho.

⁴¹ Preciado Hernández, op. cit. supra (2), p.228

CAPÍTULO CUARTO

LA CLONACION

4.1 Concepto de Clonación

Al respecto tendremos que decir que el presente estudio tiene como finalidad la de evaluar el alcance y consecuencias jurídicas de la clonación utilizando embriones humanos, por lo que iniciare explicando cual es el significado de los conceptos y términos que habrán de utilizarse en la presente exposición, para con esto ubicar al lector en el tiempo y en el espacio de lo que es realmente la clonación.

Como procederé en el presente capítulo a estudiar lo que es la clonación, lo que es la vida y la forma en que se violan los derechos humanos con estos actos producto de la utilización y muerte de embriones humanos en el proceso de la clonación; para el efecto procederé a exponer en una forma clara y sencilla los significados de los diferentes y variados términos que se utilizaran durante los capítulos siguientes; empezare por explicar lo que es la biología la cual es la ciencia que estudia a los seres que tienen vida, esta palabra proviene de la raíz griega Bioc – vida y Logos – tratado , lo que en conjunto significa tratado de la vida, palabra que antepuesta o pospuesta a otra, expresa la idea de vida.⁴² La biología a su vez se divide para su estudio en dos grandes ramas; la Zoología que se encarga del estudio de los animales y la Botánica que estudia a las plantas.

⁴² Real Academia de la Lengua Española, Diccionario de la Lengua Española, 20ª ed. 1994, tomo 1, Madrid España, p. 234

Ahora bien al hablar de la vida debemos dar radical importancia al hecho de cuando se inicia la vida, y no debemos olvidar que la vida es una creación de todos los días, y se esta creando diariamente, la vida reviste un valor fundamental en el hombre, es cierto que para el hombre son valiosos los valores de “la justicia”, “la libertad”, “la inteligencia”, etc., pero solo un hecho tiene un calor especial y ese hecho es la vida.

Lo que comenzó como una obsesión para los escritores de ciencia ficción, como Aldous Huxley, autor de “un mundo feliz”, este tema ingreso también en los años setenta al cine con la obra de “los niños del brasil”, éxito literario basado en la experiencia del doctor Josef Mengele, uno de los colaboradores de Adolfo Hitler, quien adelanto innumerables experimentos genéticos en busca del perfeccionamiento de la raza Aria, y a partir de una célula dirigente Alemán, logro una docena de niños cariocas. Y mas recientemente nuevamente el tema sirvió para el cineasta Steven Spielberg para que filmara su trilogía Jurassic Park, Donde un científico consigue la clonación de dinosaurios de diferentes especies a partir de A.D.N, fosilizado y muchas otras mas sorprendentemente este tema a dejado el mundo de la ciencia ficción para irrumpir de forma intempestiva en el mundo real, con la creación de la oveja dolly, luego embriones humanos y mas recientemente un gato, la clonación se ha convertido en uno de los asuntos mas debatidos y temidos de nuestra era, razón por la cual se procederá enseguida al estudio y análisis de lo que es la clonación.

Ahora bien comenzaremos por dar una definición de lo que es la clonación y al respecto podemos definirla como la forma asexual y agama de reproducir artificialmente individuos genéticamente idénticos mediante la manipulación genética de las células somáticas o cromosomas, las que contienen el A.D.N. (ácido desoxirribonucleico) que es el banco de memoria genética en donde están impresos los genes que son caracteres hereditarios que retransmiten de padres a hijos que a su vez están contenidos todos ellos en los gametos sexuales femenino y masculino (ovulo y espermatozoide) que al momento de la concepción o fecundación, cuando se unen ambas células sexuales, forman un cigoto o huevo, que desde ese momento es considerado como un embrión. Ahora bien la fecundación natural es sustituida en la clonación por la fusión del gameto sexual femenino como cualquier otra célula ya determinada del cuerpo, de donde es tomado el A.D.N., contenido en el núcleo de la célula somática donde se encuentran los cromosomas, para ser insertada mediante una transferencia nuclear en otra célula desnucleada, es decir se extrae la información o aportación hereditaria para introducir otra distinta, por lo que se priva de la información genética de origen materno, y dado que el núcleo de la célula somática (cromosoma) contiene todo el patrimonio genético, el individuo que se obtiene, posee la misma identidad genética del donante de la información genética fundamental, es la que convierte al nuevo individuo en una réplica o copia del donante, lo que da como resultado lo que conocemos con el nombre de clon.⁴³

⁴³ González Villa Alberto, Clonación entre la Ciencia y la Ética, Revista Médico Moderno, año XXXV. No.10 Junio, 1997. p.76-83

En otras palabras la clonación consiste en que a un ovulo femenino que es una célula sexual reproductora, se le extrae el núcleo que es el que contiene toda la información genética o hereditaria lo que se conoce como A.D.N., y se le implanta información genética o hereditaria a esa célula que fue privada de su núcleo, fecundándose esta ya no en la forma natural utilizando a la célula sexual masculina o espermatozoide, si no que es fecundando el ovulo mediante la fusión de otra célula distinta que puede provenir de cualquier parte del cuerpo, la cual puede ser donada por una persona distinta ya sea del sexo masculino o del sexo femenino o incluso de la misma persona a la que se va a implantar el ovulo manipulado genéticamente, por lo que el producto que se obtiene es una replica idéntica de la persona que dono la información hereditaria que le darían una identidad distinta al producto de esta unión, el resultado en el caso en cuestión seria lo que se conoce con el nombre de clon.

4.1.1 Concepción Etimológica

Ahora bien la raíz de esta palabra clon proviene del griego Klon, cuyas diversas acepciones significan “ramita”, “estaca”, “espeje”, o “multitud”.

Se considera que un clónico es un grupo de células u organismos idénticos, o un solo miembro de dicho grupo o multitud, propagada a partir de la misma célula corporal.⁴⁴

⁴⁴ Ramsey Guadarrama Paúl, El hombre Fabricado, Ed. Guadarrama, Madrid, 1973 p.83

Debo explicar que lo que resulta polémico en la clonación es el hecho de que ahora se están clonando seres a partir de una célula adulta perfectamente diferenciadas esto es que las células diferenciadas son aquellas que se dan en el momento de la partición celular, después de que ha ocurrido la fecundación y el ovulo comienza a desarrollarse, y por lo tanto estas ya saben perfectamente que órgano van a construir o que ya forman parte de este, con la oveja "dolly", se utilizaron células diferenciadas de las glándulas mamarias de otra oveja que estaba en estado de gestación, esta es la célula que aporta la información genética que habrá de implantarse en el ovucito desnucleado resultando en una replica del que aporta la información genética, esto es lo sorprendente ya que los experimentos que se habían venido llevando con anterioridad, se realizaban utilizando células que no estaban determinadas, esto es que no provenían de un ser completamente formado o creado con una determinada fusión, algo mas que también es muy interesante y trascendente lo es el hecho de que el creador de la oveja "dolly" para obtener el clon de esta a partir de células diferenciadas; Wilmut recurrió a una ingeniosa técnica hacer que el A.D.N., de la célula mamaria donante se comportase como el A.D.N., inactivo del espermatozoide o del ovulo sin fertilizar, para utilizarla como si esta fuera un espermatozoide y fecundara la célula receptora, con lo que ya se estaba sustituyendo la necesidad de gameto sexual masculino(espermatozoide), ya que con esto se podía fecundar o activar como cualquier célula somática o corporal que haya seguido este procedimiento previamente, ya que en el momento

mismo que se da la fecundación o unión de las células sexuales masculinas y femeninas estas con todas células sexuales o totipotentes y/o diferenciadas, las que a partir del momento en que inicia la partición celular o crecimiento del producto las células sexuales se convierten en células somáticas, o sea en células determinadas. En la fecundación natural cuando se unen las células sexuales y se fecunda el ovulo en forma natural y durante la fecundación in vitro donde se da la fusión de dichas células sexuales, y en la clonación sorprendentemente ambas células sexuales se hallan en la misma fase del ciclo celular. Esto quiere decir que el crecimiento de ambos productos fecundados uno en forma natural y el otro mediante la fusión y manipulación genética en la clonación, es un crecimiento normal, la célula u ovucito se empieza a desarrollar normalmente, como si hubiera sido fecundado naturalmente por un espermatozoide, he aquí lo sorprendente y lo peligroso de esto ya que sin temor a equivocarme el hombre de sexo masculino estaría siendo desplazado poco a poco y sustituido con estos experimentos.

4.1.2 Evolución Histórica de la Clonación

Aunque el término de clonación de una sensación de modernidad, en realidad, la clonación en el mundo vegetal es conocida desde el siglo pasado, no siendo así en el reino animal.

La clonación es un tipo de reproducción asexual, que en su forma más rudimentaria, se conoce desde la antigüedad en el ámbito vegetal, con la practica de las denominadas “estacas”, que consiste en el plantado

de un gajo del vegetal a copiar, con vistas a obtener una planta distinta, pero genéticamente idéntica a la de origen. Es bien conocida esta práctica en numerosas y variadas especies vegetales, desde frutillas hasta álamos.

Los primeros experimentos con conocimiento o idea de la clonación empezaron a partir de 1871, y así hasta la fecha que ha alcanzado la cumbre o su clímax con el nacimiento de la multicitada oveja “Dolly”, dando como consecuencia que se especule con la creación de seres humanos, hecho que hasta la fecha no ha quedado mas que en rumores, ya que hasta la fecha no se ha demostrado ni a salido a la luz ninguna prueba de que ya exista un clon humano.

A continuación mencionare una cronología de cómo ha evolucionado el estudio y experimentación de este método:

- ∞ 1871.- Descubrimiento del A.D.N., en el esperma de una trucha.
- ∞ 1943.- Se demuestra que el A.D.N., es una molécula genética.
- ∞ 1952.- Los biólogos Estadounidenses Robert Briggs y Thomas Kina remueven de una célula las moléculas que contienen el material genético del organismo y lo sustituyen con otra. Esto es lo que se llama trasplante nuclear, procedimiento base de la clonación.
- ∞ 1953.- James Watson y Francis Crack, descubren la doble estructura helicoidal del A.D.N.

- ∞ 1960.- Descubrimiento del mensajero A.D.N. y su propósito de ser portador de información genética para el ensamblaje de aminoácidos en proteínas.
- ∞ 1966.- Identificaron el código genético, a, t, c y g necesario para el ensamblaje de aminoácidos en proteínas.
- ∞ 1967.- El biólogo británico John Gurdon, clona un vertebrado; de una célula del intestino de una rana remueve el núcleo y transfiere a un huevo no fertilizado de la misma especie, pero la rana clonada no paso del estado de renacuajo.
- ∞ 1970.- Se logro con éxito la clonación de ranas.
- ∞ 1973.- Fragmentos foráneos de A.D.N., son insertados en una bacteria.
- ∞ 1976.- Los Institutos nacionales de salud de los Estados Unidos de América, emiten los primeros lineamientos de seguridad para los experimentos de separación genética.
- ∞ 1977.- Se descubren técnicas para un rápido secuenciamiento (lectura) de genes, mejorando el conocimiento de las funciones de los genes.
- ∞ 1980.- En esta década se mejoran las técnicas de manipulación embrionaria.
- ∞ 1981.- Fue clonado un rato, pero el fracaso fue rotundo ya que los ratones no pasaban de embriones, no pasaban las primeras fases de desarrollo.

∞ 1986.- Neal First, fisiólogo de la Universidad de Madison en Estados Unidos, logro crear la primera vaca por clonación. Recogió una célula de un embrión bovino de seis días y con una descarga eléctrica la fundió con un ovulo fecundado. El embrión resultante fue implantado en una vaca de la que nació un ternero normal.

∞ 1993.- En la universidad de George Washington, logran separa blastomeras (cada una de las primitivas células del embrión) de embriones humanos, las cuales mantenían la capacidad de división celular durante cierto tiempo, pero en ningún momento estos embriones fueron transferidos al útero materno, por las consecuencias éticas que ocasionaría dicho experimento.

∞ 1996.- Científicos Escoceses (Ian Wilmut) producen el primer mamífero clonado, la oveja Dolly, usando los genes de una oveja adulta tomados de un cultivo de células. No anunciando inmediatamente el nacimiento.

∞ 1997.- Luego de siete meses de desarrollo, Dolly es presentada al público.

4.2 Tipos de Clonación

Los tipos de clonación se diferencian de acuerdo a su método y a continuación los enunciare:

∞ PARTICION DE EMBRIONES TEMPRANOS.- Esta es una similitud con la gemelacion natural. Los individuos son muy semejantes entre si, pero diferentes a sus padres. Es preferible emplear la expresión gemelacion artificial y no debe considerarse como una clonación en sentido estricto.

∞ PARACLONACION.- Transferencia de núcleos procedentes de blastomeros embrionarios o de células fetales en cultivo a óvulos no fecundados enucleados y a veces cigotos enucleados. El progenitor de los clones es el embrión o feto.

∞ CLONACION VERDADERA.- Es la transferencia de núcleos de células de individuos ya nacidos a óvulos o cigotos enucleados. Se originan individuos casi idénticos entre si, salvo mutaciones somáticas, y muy parecidos al donante.

4.3 La Clonación de Investigación

Con carácter previo al estudio de los argumentos a favor y en contra de la clonación, conviene anotar aquí que lo que nosotros hemos denominado “clonación de investigación” o “clonación experimental” no es la expresión con la que esta conducta es comúnmente conocida.

Aunque se le puede conocer mas bien como “clonación terapéutica”, hemos preferido llamarle clonación de investigación o experimental pues

la expresión mas usual es, como veremos, inexacta por lo que se presta a ambigüedad y cierta confusión.

En efecto, se hace acompañar el sustantivo “clonación” con el adjetivo calificativo “terapéutica” que generalmente, hace referencia a la acción, sustancia o procedimiento que tiene efectos o resultados curativos. Seguramente es por esta razón por la que este calificativo referido a la clonación tiende a colorear la acción en cuestión de dignidad médica y humanitaria. Sin embargo, como hemos podido analizar, este tipo de clonación no cura, de modo directo e inmediato, a ningún paciente, siendo así que precisamente el adjetivo terapéutico estrictamente se debería referir a la acción que sana a una persona enferma. Por lo tanto, “la clonación de ninguna manera puede calificarse como terapéutica por que no es una acción terapéutica. La clonación provee embriones para obtener de ellos células tróncales y con las mismas, quizás curar enfermedades en un futuro indeterminado. Es el trasplante lo que en todo caso, seria terapéutico. A nadie se le ocurre calificar el acto de la nefroectomía como “terapéutica”, por más que el destino de este riñón sea trasplante de una persona necesitada del mismo.⁴⁵

No conocemos los motivos, si los hay, de haber escogido esta expresión para describir la técnica y la conducta por la que se producen embriones clónicos para extraerles las células tróncales de su masa celular interna y así poder investigar sobre su potencial terapéutico. Lo que si sabemos, ciertamente, es que el calificativo “terapéutico” parece

⁴⁵ Bellver Vicente, Razones para el Rechazo de la Clonación con Fines de Investigación, en Cuadernos de Bioética, vol.XIII, no. 47 1ª, 48 2ª, 49 3ª, 2002, p.76

legitimar *a priori* la acción a la que califica, por tratarse de una acción que se presume benevolente y beneficiante.⁴⁶ No conviene olvidar que a veces el calificativo hace referencia a lo científico, a la investigación o experimentación (particularmente cuando se lleva a cabo en humanos) puede suscitar ciertas reservas y recelos en ciertos grupos de personas, lo que podría suscitar un rechazo social.

La expresión que he escogido añade a la acción de la clonación el calificativo “de investigación” o “experimental” en lugar de “terapéutica”, por que cuando usamos este ultimo termino aplicado a una investigación humana es normalmente para referirnos a una acción dirigida a la terapia del sujeto investigado y, evidentemente, en este caso para hablar de clonación terapéutica tendría que ser una terapia del clonado. En cambio, es este tipo de clonación a la que ahora nos referimos lo que se da en primera instancia es un proceso de investigación y no de curación. Y además como hemos visto, el clonado en esta técnica no obtiene beneficio alguno, sino el indoloro pero real perjuicio que supone su destrucción.⁴⁷

Tomando en consideración que las acciones moralmente relevantes son distintas en este tipo de clonación que en la terapéutica y atendiendo a la finalidad directa e inmediata que esta persigue, consideramos que la expresión mas clara y precisa para referirnos a esta técnica es la de “clonación de investigación” o “experimental”.

⁴⁶ López Quintas Alfonso, La Tolerancia y la Manipulación, Ed. Rialp, Madrid, 2001, pp. 15, 141, 146.

⁴⁷ Serrano José Miguel, Nuevas Cuestiones de Bioética, Ed. Eunsa, Pamplona, 2002 pp.154-155.

4.3.1 A FAVOR: Investigación Para Conocer y Poder Curar

Desde hace algunos años se comenzó a conocer el funcionamiento y potencialidad de las células tróncas a través de los experimentos que, en un primer momento se realizaron en modelos animales, el interés por la investigación sobre este tipo de células en el hombre ha ido en aumento.

Las terapias diseñadas para la curación de animales en laboratorios mediante la utilización de células tróncas hace pensar hoy que la técnica podría trasladarse con éxito a los seres humanos y lograr terapias efectivas para la curación de ciertas enfermedades graves, que tienen su origen en la muerte o degeneración de células del cuerpo humano (son las llamadas enfermedades degenerativas).

Quienes desde distintos ámbitos (científico, sanitario, político y social, etc.) han planteado la conveniencia de aprobar e impulsar la clonación de investigación (a la que algunos han llamado impropia mente terapéutica) lo hacen por diversas razones.

Una de esas razones sería que consideran que estudiando directamente las células tróncas embrionarias humanas los científicos pueden *llegar a conocer si es posible la curación de algunas enfermedades que actualmente son incurables* y que afectan a un número significativo de personas.

Las experiencias realizadas hasta el momento apuntan a que estas células poseen unas cualidades hasta hace poco desconocidas y que debidamente tratadas en el laboratorio, podrían llegar a formar parte de

terapias que recurran a la inyección de células especializadas en los órganos dañados, con lo que podrían llegar a curar enfermedades degenerativas de las células, como el alzheimer, el parkinson, la corea de huntington, diabetes, etc. Mediante la técnica de clonación adecuando tratamiento de las células troncales, en un futuro se podría llegar a lograr, incluso, la producción de tejidos y órganos completos, que transplantados a los pacientes indicados ofrecerían grandes esperanzas de vida. Incluso respecto a los actuales trasplantes, presentan la evidente ventaja de que no producirían rechazo inmunológico. Desde luego se trata de un camino largo que requerirá tiempo de investigación y recursos y precisamente por ello se considera que conviene iniciar estas investigaciones cuanto antes.⁴⁸

4.3.2 EN CONTRA: Se Producen y Destruyen Embriones Humanos

Desde la perspectiva de la ética personalista ya hemos tenido oportunidad de hacer la valoración objetiva de la acción de clonar seres humanos. A ella nos remitimos ahora, como lo haremos al hablar de las otras modalidades o tipos de clonación que tienen en común precisamente, la producción de embriones clónicos.

En la clonación de investigación *se producen vidas humanas*, lo que supone la realización de una acción inmoral en tanto que recurre a una técnica de producción de individuos humanos que es digna de la procreación humana.

⁴⁸ Martínez Stella Maris, Derecho a la Vida vs. Derecho a una Determinada Calidad de Vida. Reflexiones sobre la Clonación Humana, Revista de Derecho y Genoma Humano, 18/2003, p.113

El inicio de la vida humana tiene su razón de ser y su sentido mas plenamente humano cuando surge en la comunidad de amor y de acogida que es la propia familia. Esta es la procreación digna, propiamente humana.⁴⁹ Ciertamente la clonación de investigación no esta pensando en llevar a termino esa vida naciente, pero esta finalidad no transforma de suyo la moralidad del acto por el que se produce un ser humano, que es precisamente concebido como material biológico y materia prima para la investigación, con lo que ello significa de instrumentalizacion y reducción de valor del ser humano, que es generado no por lo que es si no por lo que puede producir o por la utilidad que pueda proporcionar mediante su destrucción intencional.⁵⁰

La vida humana no es un producto sino una existencia. Esta llamada a surgir no en el ámbito de la eficiencia productiva y la calidad (propias mas bien de la ingeniería genética industrializada), si no en el ámbito del amor humano y de los actos que son propios de la relación interpersonal de la pareja, que es quien naturalmente acoge la vida como propia.⁵¹ Desde la condición de padres se habla con propiedad de mi hijo o de nuestro hijo. Pero la posesión a la que se refieren estos modos de hablar no es dominio sino pertenencia. Bien pueden decir los padres que los hijos son parte de sus vidas, de su familia, de aquel ámbito de vida que es mas querido y apreciado. La existencia de todo ser humano esta relacionada con la de sus progenitores, en tanto que son ellos los únicos

⁴⁹ Bresciani, Carlo, Sexualidad, Matrimonio y Familia, Ed. Edicep, Valencia, 2001, p. 260.

⁵⁰ García Gómez Alberto, La Clonación Humana Aspectos Éticos y Jurídicos, Ed. Ateneo Pontificio Regina Apostolorum, Roma, 2008, p.178

⁵¹ Rhonheimer Martín, Ética de la Procreación, Ed. Rialp, Madrid, 2004, p.67.

protagonistas del proceso de generación, que se realiza en la intimidad de la entrega mutua, expresión del amor y preferencia hacia el otro.

La producción de vidas humanas a las que se les priva premeditadamente e intencionalmente de este entorno específicamente humano es moralmente rechazable. Ser padre o madre imprime a la persona un carácter indeleble del que la persona no se deshace ni siquiera con la eventual separación o muerte de sus hijos, ni por los avatares de la relación personal que dio origen a un nuevo ser y que le otorgo la condición de padre o madre. A partir de la procreación del primer hijo la mujer dirá, con propiedad, “he sido madre” y el varón dirá “he sido padre”. Una condición y un carácter indeleble que ambos ostentarían de modo permanente cualquiera que sea el destino de su hijo o el destino de la pareja. El padre y la madre lo seguirán siendo de sus hijos por que ellos, dieron vida a un ser humano.

Un hijo o una hija pertenecen a sus padres no como la obra de arte a su autor. Este tiene poder de dominio sobre la misma, puede cambiarla, modificarla, replicarla, venderla o regalarla. Nadie podría objetar al autor la destrucción del producto de su genialidad y talento. Sin embargo la relación paterno filial es mucho mas profundo y de consecuencias sociales mas trascendentes, por que toca no la esfera de las propias ideas, concepciones o ideales en un soporte material (como puede ser un cuadro o una escultura), sino la existencia de otros semejantes (como los hijos) que están llamados al nacer a la vida no como el producto de la genialidad de una mente brillante, sino como fruto del amor interpersonal

de unos padre.⁵² De ahí que la producción de vidas humanas que conlleva toda clonación presenta un primer problema ético que debe tomarse en cuenta.

A la producción de vidas humanas se añade el hecho de que en la clonación de investigación necesariamente, y como parte del mismo proceso técnico, se *destruyen vidas humanas*. La obtención de las células tróncas que forman parte del embrión, en fase de blastocito, no puede materialmente realizarse sin destruir al organismo vivo que es el embrión clónico. La acción por la cual se extraen las células tróncas del embrión es moralmente deficiente en tanto que provoca directa e intencionalmente la muerte de un ser humano cuya vida incipiente ya ha comenzado a desarrollarse, incluso aunque su generación y constitución se haya llevado a cabo en el laboratorio. La vida del embrión es humana por el dinamismo inherente del que la nueva entidad biológica es portadora y no deja de serlo por el hecho de que esta sea producida mediante una acción técnica sofisticada en un medio extraño al entorno materno que le es connatural. Destruir un embrión clónico para investigar a partir de sus células es matar una vida humana y envilecerla al convertirla en materia prima mediante una acción que “supone un paso decisivo en el proceso de industrialización. La primera peculiaridad es que el embrión ya no es el producto buscado, no mantiene su status de objeto fabricado, sino es mas bien la materia básica de la producción.”

⁵² Habermas Jürgen, *El Futuro de la Naturaleza Humana*, Ed. Paidós, Barcelona, 2002, p.62

Quizás conviene recordad como el termino clonación de investigación no expresa nada acerca de la realidad de la destrucción del embrión. Quizás se considera como una especie de efecto colateral, implícitamente asumido en el concepto de clonación. Sin embargo, parece claro que se trata de un efecto del que se trata de pasar por encima, acentuando el beneficio que se obtendrá y no tanto el perjuicio que se causa.

Sobre la base de los conocimientos que las ciencias experimentales nos aportan, si no demuestra, al menos apunta claramente que el embrión humano es una realidad personal desde el momento de su constitución, es decir desde la fecundación o inicio de su ciclo vital.

Siendo así, se trata de un ser humano al que hemos de considerar un sujeto portador de la dignidad y de aquellos derechos que son inherentes a su condición de humano. Por ello el primer deber que surge ante la realidad humana es la de salvaguardar su vida y respetar su dignidad.

4.4 La Clonación Terapéutica

En el caso de que la clonación terapéutica estuviera desarrollada como un tratamiento efectivamente disponible, superada la etapa de investigación, experimentación y ensayo, además de las acciones humanas que conducen a la producción y destrucción de embriones clónicos requeridos para cada tratamiento, nos parece éticamente

relevante la intervención médica por la que las células, tejidos u órganos, colocarían o transplantarían a un paciente. Este acto médico, cuyo objeto es curar al paciente, reúne sin duda las características de una intervención propiamente terapéutica; sin embargo no podría calificarse como tal ni la clonación de los embriones ni la sucesiva obtención de las células troncales.

Por lo tanto en la clonación llamada terapéutica encontramos fundamentalmente tres acciones relevantes, con objetos diferentes y momentos de realización claramente distintos. En este sentido, parecería adecuado calificar de terapéutica solamente la intervención médica en la que se procede a la aplicación o trasplante de las células, tejidos u órganos, que a partir de las células troncales embrionarias se hubieran desarrollado. A esta acción médica le seguirían otras posteriores de la misma naturaleza que tendría por objeto el prestar la atención y los cuidados debidos para la recuperación y rehabilitación del paciente, de su adecuación con los principios de la ética biomédica.

Las tres acciones más relevantes de las que hablábamos anteriormente y las cuales convendría tomar en consideración son las siguientes:

- ∞ La producción del embrión clónico
- ∞ Su posterior destrucción
- ∞ La intervención terapéutica

Respecto a la clonación de investigación observamos en este caso que las dos conductas que primero se realizarían en el tiempo son

idénticas mientras que lo específico de esta modalidad de clonación es el hecho de que a partir de las células troncales obtenidas de los embriones clónicos se aplicaría un tratamiento previamente diseñado y probado, que previsiblemente conduciría a la curación de los pacientes de los que se tomo el núcleo de la célula somática.

4.4.1 A FAVOR: Una Terapia Segura y Esperanzadora

Para muchos expertos en el campo de la investigación y de la medicina del siglo XXI pasara a la historia por haber desarrollado una nueva manera de afrontar los problemas de salud de las personas. Ya se habla de una nueva medicina regenerativa, de los grandes beneficios que razonablemente se pueden esperar con el desarrollo de las terapias génicas y con la bioingeniería, apoyados por un impresionante avance en las tecnologías aplicadas al ámbito de la medicina.

Si observamos lo que supone la clonación terapéutica, fundamentalmente desde la óptica de los pacientes, no cabe duda de que a través de este proceso *se podrían salvar vidas humanas y se mejoraría la calidad de vida de muchos pacientes* afectados de graves dolencias y con enfermedades graves incurables. Frente a las técnicas actuales de trasplantes de órganos, que plantean el problema de la compatibilidad inmunológica del órgano por parte del receptor y la necesidad de tratamientos farmacológicos para contrarrestar el rechazo natural de un órgano genéticamente extraño al paciente, resultaría de indudable beneficio terapéutico para los pacientes el recurrir a un tratamiento como

el que promete la clonación terapéutica puesto que las células, fluidos, tejidos u órganos que se produjeran a partir de las células tróncas de embriones clónicos *evitarían el rechazo inmunológico natural que se produce en los trasplantes convencionales* dado que los embriones clónicos serían genéticamente idénticos a los del paciente.

Si se desarrolla debidamente el proceso correspondiente, la clonación terapéutica podría ofrecerse a los pacientes como un tratamiento alternativo mas para la curación de ciertas enfermedades. La acción de los médicos que, mediante el material biológico producido a partir de las células tróncas embrionarias, produjera los efectos de regeneración de los órganos dañados sería, sin duda, una acción terapéutica, que salvaría vidas humanas o mejoraría las condiciones de muchas personas y, por si misma no solo éticamente irreprochable sino digna de reconocimiento y aprobación.

4.4.2 EN CONTRA: Se Cura a Costa de Producir y Destruir otras Vidas Humanas

El horizonte imaginado con el posible desarrollo de la clonación terapéutica se presenta, como hemos apuntado, sumamente atractivo y prometedor desde el punto de vista de la medicina regenerativa. Desde luego este escenario, que apenas hemos dibujado, puede hacer algunos elementos de medicina-ficción, pero no esta de más imaginar, o quizás prever, algunas de las posibles consecuencias sociales de una biotecnología aplicada a la medicina en la que las consideraciones éticas

no sean el eje central de las decisiones que se vayan tomando en estos campos. Lo que hoy parece mas bien una construcción artificial, fruto de la imaginación y de la fantasía, no sería de extrañar que se llegara a convertir en una práctica profesional extendida y una conducta socialmente aceptada o al menos tolerada.

Considero a la clonación terapéutica es moralmente reprobable pues, aunque con ella se lograra la curación o la mejora sustancial de la salud de algunas personas, *se estaría instrumentalizando a seres humanos indefensos* que sería producidos, manipulados y destruidos para ser utilizados como material biológico.

Lo que supone un quebrantamiento de los derechos humanos no es, evidentemente, el beneficio que se proporcionaría a la persona enferma, sino los medios empleados para conseguir este fin bueno, que requiere la instrumentalización y sometimiento de otros seres humanos, violando todos sus derechos humanos, tales como la vida, la individualidad y la dignidad humana.

En la clonación terapéutica efectivamente, *se producen vidas humanas* al constituir embriones clónicos a partir de las células somáticas de los pacientes que acudieran a un tratamiento de este tipo. Esta vida naciente que, como la de todo ser humano, debería ser acogida en la comunidad de amor que es una familia, se reduciría simplemente al producto intencional de la técnica y el ingenio humano, sería tratada y cuidada durante sus primeros días de existencia no por lo que la nueva vida humana es, si no por la utilidad que puede tener como fuente para

ser tratado siempre como un fin en si mismo, se vería reducido al de simple medio de producción de la materia básica que permita la producción de ciertas estructuras biológicas.

Por ello al referirme a esta técnica con la expresión de clonación terapéutica la pregunta que cabría formularse es la siguiente: ¿Para quién resulta terapéutica? ¿Cuál es el sentido de lo terapéutico? Sin duda que el paciente que recurre a este tratamiento encontrara en ella un beneficio curativo directo, sin embargo parece claro que el daño que se produce a otros seres humanos, también dignos de respeto y protección, haría dudar de que sea correcto hablar con propiedad de una acción auténticamente terapéutica.

4.5 La Clonación Reproductiva

La inmensa mayoría de las personas consideramos hoy en día que es absolutamente intolerable hacer uso de la técnica de la clonación con el fin de gestar y dar a luz un niño clónico. Desde que se previo la posible aplicación de la clonación a los seres humanos, a raíz de los resultados objetivos y científicamente probados con animales mamíferos, tanto científicos como investigadores, la opinión pública y los responsables de la política nacional e internacional han mostrado un rechazo prácticamente unánime hacia lo que se considera una conducta gravemente inmoral, injustificable y criminal.

Quienes hasta ahora han manifestado su intención de clonar seres humanos y lograr el nacimiento de niños clónicos han sido

inmediatamente señalados por la comunidad científica como personas desequilibradas o con un afán de protagonismo por el que deben ser descalificadas e incluso perseguidas penalmente, en caso de que llegaran a realizar sus propósitos confesados.

Aunque parezca paradójico, y nos provoque cierta repulsa natural, quizás podría llegar a hacerse realidad algo de lo que ha anunciado uno de los mas conocidos ginecólogos quien, al manifestar su deseo de clonar a seres humanos, afirmaba: “Una vez que nazca el primer bebe clónico, y que lllore, el mundo entero lo abrazara. No olvide esto: estoy a favor de la vida, es maravillosa. ¡Yo soy la fuerza de la vida!”⁵³

4.5.1 A FAVOR: Llegaremos a Procurar una Descendencia Clónica

Desde que apareció la posibilidad de emplear la técnica de la clonación humana como una forma de lograr el nacimiento de niños, son varias las razones que se han dado para justificar el recurso a esta práctica. Aunque algunos de los motivos manejados tienen una dudosa justificación, pues más bien parecen obedecer a un modo de pensar carente de rigor científico y poco racional, también se escuchan voces que presentan argumentos que no están tan lejanos y pueden resultar tan validos como los que se plantean para justificar otros tipos de clonación.

Entre quienes apoyan el recurso a esta técnica por motivos de difícil justificación y de poca razonabilidad están algunos que han visto en la técnica de la clonación humana *una forma de alcanzar la inmortalidad*

⁵³ Antinori, Severino, Entrevista, Revista, Suplemento Dominical de El Mundo, Madrid, 3 de Febrero de 2002, p.21

personal o trascenderse en el tiempo. Inspirados por creencias pseudoreligiosas, consideran que la clonación, al producir seres genéticamente idénticos, permitiría a una persona reencarnarse en el ser clónico, uniendo en una misma existencia una cadena de vidas que permitirían a la persona perpetuarse hasta la eternidad.

Para algunas personas la esperanza que se abre con la clonación estriba en que, recurriendo a esta técnica, *se podría “devolver a la vida”* a un hijo fallecido prematuramente o cualquier otro ser querido. El hijo clónico, producido a partir de células del fallecido, sería prácticamente idéntico desde el punto de vista genético y de un enorme parecido físico con el desaparecido. Desde esta visión, se justifica el recurso a la clonación como medio para que los padres se vean compensados y consolados por la pérdida dolorosa del hijo al que, de algún modo, “recuperarían” para la vida.

Desde posiciones de un feminismo radical, fuertemente cargado de ideológica, la clonación se puede llegar a concebir como una técnica de reproducción humana que permitiría a la mujer procrear y tener hijos sin necesidad de recurrir a la unión con el valor. Esta nueva técnica de reproducción asistida ofrecería la ventaja de no requerir necesariamente la participación del hombre en la procreación. Al resultar superfluo el recurso de los gametos masculinos, la clonación se percibiría como una técnica que *permite avanzar en la conquista hacia la plena autonomía de la mujer* y hacia la liberación de la dependencia a la que, aun hoy, la mujer esta sometida en la sociedad machista moderna en la que la

relación sexual y de paternidad-maternidad esta fuertemente viciada por la subordinación y sumisión a la que esta sometida la mujer frente al hombre.⁵⁴

En una sociedad en la que el uso de las técnicas de reproducción asistida ha ido en progresivo aumento y donde se da una creciente aceptación social de estas técnicas, como un medio legítimo de procurar descendencia o para obviar el riesgo de una enfermedad hereditaria en el hijo, la clonación humana podría llegar a considerarse como una *alternativa mas entre las diversas técnicas de reproducción asistida*, hoy disponibles para lograr tener un hijo. Algunos consideran, incluso que existe un “derecho al hijo” y por ello abogan para que tal derecho sea efectivamente garantizado por las leyes. Sobre esta base resultaría que si no hay otra forma mas eficientemente o mas sencilla de lograr tener un hijo y la clonación puede llegar a procurarlo, no se ven razones suficientes para impedir el recurso a una técnica que, con sus mayores o menores dificultades y riesgos, podría lograr la deseada descendencia, viendo así satisfecha una aspiración legítima y efectivamente realizado el derecho a tener hijos.

4.5.2 EN CONTRA: El Costo de Vidas Humanas y Los Riesgos para la Descendencia Clónica no son Asumibles

Al estudiar la clonación de investigación y la terapéutica he tenido la oportunidad de explicar uno de los motivos por los que la clonación es

⁵⁴ De Beauvoir, Simona, Citado por García Gómez Alberto, *La Clonación Humana Aspectos Éticos y Jurídicos*, Ed. Ateneo Pontificio Regina Apostolorum, Roma, 2008, p.216

una conducta objetivamente inmoral. En esta técnica, efectivamente, se *producen vidas humanas* en el laboratorio cuando, de suyo, la vida humana individual esta llamada a existir como fruto de una relación personal natural y no como parte de un proceso técnico artificial en el que se separa el significado unitivo de la sexualidad del procreativo. En la clonación, la generación de una persona humana “se realizaría internamente mediante una intervención técnica, asexual, que divide completamente la sexualidad de la reproducción, llevando a una forma de rechazo explícito de la procreación sexual que tiende a convertir la dualidad sexual en un residuo sin importancia del cual se requiere, por ahora, solo un útero femenino para que el fruto de la clonación sea llevado a término”.⁵⁵ La transformación del significado de la generación humana misma, ya operada con el recurso a la fecundación *in vitro* en general, se agravia con la clonación.

Desde un punto de vista ético lo que conviene es que cada ser humano sea concebido a partir de un acto en el que participan los padres, pero que ni ellos ni nadie tienen bajo su control: “Ese modo de transmitir la vida, en el que los progenitores no se adueñan del proceso reproductivo constituye la garantía de no instrumentalización de la vida humana que surge”.⁵⁶

La clonación humana, como técnica de reproducción humana, asume la lógica de la reproducción artificial en la que el sugerir de una

⁵⁵ Lucas Lucas Ramón, *Antropología y Problemas Bioéticos*, Ed. B.A.C., Madrid 2001, p.95

⁵⁶ García Gómez, op. cit. supra (50), p.223

vida humana no se vincula exclusivamente a los actos humanos que expresan una relación de amor.

La clonación reproductiva resulta también éticamente inadmisibles por que no solo produce vidas humanas para alúmbrales si no que implícita o explícitamente asume, como parte de su lógica interna, la destrucción de vidas humanas y el recurso a ciertas practicas eugenesicas que, como tendré la oportunidad de mostrar no casan con la igualdad y con el respecto a la vida de seres humanos indefensos.

En la clonación reproductiva no solo se producen sino que también *se destruyen vidas humanas*. En principio, en este proceso de clonación no es necesaria la destrucción intencional del embrión clónico, por lo que el recurso a esta técnica podría parecer, a primera vista, menos cuestionable que los otros tipos de clonación. Sin embargo, la realidad no es así, al menos tal y como hoy podemos imaginar que sería el proceso de clonación reproductiva. La destrucción de embriones humanos parece una realidad inevitable, sea por el bajo rendimiento de la técnica, sea por el control de calidad que un proceso de esta naturaleza lleva lógicamente aparejado.

La destrucción de vidas humanas como parte de la clonación reproductiva parece una realidad prácticamente inevitable, cuyo coste se asume o se da por supuesto aun sabiendo que la técnica ofrece unas probabilidades de éxito muy bajas. Como he podido analizar, al estudiar la técnica empleada, se trata de un proceso de una extraordinaria

complejidad técnica, que requiere de una tecnología altamente sofisticada, pese a lo cual no se obtienen unos resultados satisfactorios.

En la clonación reproductiva, la nueva entidad biológica creada (el embrión) no solo ha de desarrollarse con normalidad durante la primera semana de vida (hasta la fase de blastocisto como ocurriría en los otros tipos de clonación), sino que ha de hacerlo, primero durante todo el periodo de vida embrionaria diferenciándose sus células en el modo adecuado y generando los distintos tejidos y posteriormente durante su desarrollo fetal. La experiencia ha mostrado, hasta ahora, que se trata de una técnica con un bajísimo rendimiento y no parece previsible que llegue a tener un alto índice de éxito.

El bajo rendimiento de la técnica se refiere tanto a la dificultad para constituir el embrión como tal, como para lograr su posterior implantación y desarrollo intrauterino en condiciones de salud satisfactorias.

La experiencia ha mostrado, en animales, que la inmensa mayoría de los embriones clónicos producidos se pierden, sea por que no se implantan, sea por que son portadores de anomalías que impiden su normal desarrollo en el útero de la madre gestante. Este índice de embriones y de fetos defectuosos, incapaces desarrollarse con normalidad, hace pensar que, en la lógica misma de producción de embriones clónicos, se asume la eliminación de aquellos que presentan anomalías que las hagan inviables o que, siendo viables, sean considerados defectuosos o no presenten un comportamiento biológico óptimo. En esta dinámica de producción, que exige el cumplimiento de

ciertos estándares mínimos de calidad, el recurso al aborto selectivo de aquellos fetos que no sean considerados aptos para nacer sería una práctica aceptada como parte de un proceso que, en su lógica debe asegurar que el resultado final (el niño nacido) reúna unas características mínimas de salud.

Abundando en los riesgos que una técnica de esta naturaleza representa para el niño clonado, serían los *daños físicos, psicológicos y sociales* que, tanto a nivel familiar como comunitario, probablemente se producirían.

Uno de los motivos de preocupación, obsesión y quizás angustia sería el que la persona clónica, consiente del modo en que fue generada si conoce a la persona cuya carga genética fue empleada para su clonación, vería reproducida su historia biológica que, sobre todo en el caso de que este salpicada de enfermedades o aquejada de graves dolencias, podría afectar psicológicamente a la persona clónica al ver en ciertos síntomas o enfermedades de la otra persona lo que seguramente sería su propia biografía biológica. Además parece inevitable que la persona se sienta, en cierto modo, afectada al conocer que su identidad genética no es el producto del azar o del destino sino de la voluntad de alguien que ha determinado producirlo, fijándose unas determinadas características ya presentes en otra persona (viva o muerta). Se trata, por tanto, de una acción que objetivamente difumina la individualidad y es una imposición y por ello “la clonación con efectos reproductivos es inaceptable desde todos los puntos de vista por que suprime la

individualidad natural de los seres humanos. Es una imposición y conduciría a un ser con características preestablecidas por otro ser humano. Los gemelos constituyen un hecho impredecible, no programado, que da a los seres una composición genética única e irrepetible. En la clonación hay una intencionalidad, una elección hecha por otra persona”.⁵⁷

Es innegable la fuerza psicológica que puede tener para la persona clónica la percepción de su falta de originalidad y el peso que supondría el considerarse, en cierto sentido, una copia de alguien que no es él. Esta conciencia fácilmente se traduciría en cierto resentimiento ante la percepción de haber sido utilizado y producido como copia de alguien, del que difícilmente podrá deshacerse en su mente como referencia mas o menos constante, si además le añadimos la convivencia con la persona que le dio origen, haciendo las veces por así decirlo de padre o madre es aun mas probable que este resentimiento aflore, al considerar que estas personas pueden estar esperando que él se asemeje a alguien que no es él mismo y que esperan que su comportamiento este de acuerdo al modelo del que él se percibe como una reproducción.

4.6 La Clonación Es Una Realidad

La clonación se encuentra entre nosotros desde hace mucho tiempo, pero era clonación natural, misma que podemos apreciar en el caso de los gemelos, que son seres nacidos iguales de una madre con la

⁵⁷ Mayor Federico y Alonso Carlos, Gen-Ética, Ed. Ariel, Barcelona, 2003. p.335

misma información genética. Pero el ser humano comenzó a sorprenderse de los avances de la biotecnología y de la genética cuando en el año de 1978.⁵⁸ Nació el primer ser humano de probeta, la niña Louis Brown, quien puso ver la luz gracias a la fusión del ovulo y del espermatozoide que fueron puestos en contacto en el laboratorio, mediante el método in Vitro, esto es fuera de la madre, y ya después fue implantado el útero donde debía seguir desarrollándose, sucesivamente se siguió experimentando en este campo hasta que llego la oveja “Dolly”, misma que fue creada mediante este proceso de manipulación genética, y de la que nadie sabia nada, sino hasta después de siete meses fue presentada a la luz publica, lo mismo sucedió con los monos del estado de Oregon, E.U., que se supo de su existencia hasta tiempo después. Ahora bien es bien sabido que esta prohibida la clonación de seres humanos, pero quien nos asegura, que en estos precisos momentos no haya sido clonado ya un ser humano, ya que las intenciones de hacerlo ya se habían dado a conocer hace un par de años, y eso seria un problema, no se puede tolerar que la ciencia carezca de medios de sanción y control, ya que, si ya se dio, o esta por darse la clonación de algún ser humano se esta corriendo el riesgo de que el mismo hombre provoque sucesivamente la desaparición del hombre, ya que con esto el hombre podría cambiar su misma estructura, su forma y composición genética, así como provocar malformaciones genéticas u otro tipo de enfermedades mortales.

⁵⁸ González Villa Alberto, Apologistas y Detractores de la Clonación, Revista Medico Moderno, Año XXXV, no.11, Julio, 1997, p. 58

Ahora bien tengo que referirme en el presente estudio, a algo que sea tangible, a algo que ya haya sucedido, a algo que sea susceptible de ser comprobado, y me referiré, además de los ejemplos dados, a lo que esta sucediendo con la utilización de embriones humanos en la clonación.

Como los experimentos realizados por el científico investigador Mark Hughes, quien utilizaba embriones humanos para llevar a cabo experimentos de clonación en la Universidad de Georgetown Washington.

Los experimentos con embriones humanos son un atentado en contra de la vida, ya que el embrión es un ser que tiene vida, pero es además un ser que pertenece a nuestra especie, es un ser humano en vía de desarrollo, y no debe tomarse en cuenta en que estado de madurez se encuentra, por lo que debe de ser considerado como un ser vivo y no como objetos que se utilizan y son desechados como si fueran basura, ya que en el proceso de clonar, muchos mueren y pocos o incluso ninguno resulta apto para que sigan desarrollándose, los que mueren en el experimento son desechados como objetos que no tienen ningún valor, por lo que con esto se esta atentando como ya se dijo en contra del derecho natural, contra el derecho positivo y sobre todo contra los derechos humanos, y lo que es aun mas grave, se esta atentando en contra de la vida misma, de la ética y aun en contra de Dios.

CAPITULO QUINTO

LA CLONACION A LA LUZ DE LOS DERECHOS HUMANOS

La clonación humana es uno de los temas de gran actualidad en la agenda bioética que vuelve a despertar la reflexión sobre el inicio de la vida, sobre el valor que tiene la vida concreta de los seres humanos, así como el significado y contenido de la que, para la mayor parte de los juristas, constituye la piedra angular sobre la que descansan los derechos fundamentales del hombre: *la dignidad y el derecho a la vida*.

El ímpetu de las innovaciones tecnológicas y la posibilidad real de lograr a corto plazo clonar seres humanos viene a desatar, una vez más, una discusión ética y jurídica de gran calado como la que antaño despertaron temas como el aborto o las técnicas de reproducción asistida. Una cuestión que se ha centrado, como es lógico, sobre el derecho humano a la vida, universalmente reconocido en su formulación, pero que sigue teniendo, en muchos ámbitos, contornos todavía difusos, sobre todo cuando trata de reconocérsele, y en que modo, al concebido no nacido.

Para comprender en que medida los derechos humanos tienen cabida en las cuestiones fundamentales que la biomedicina moderna plantea y, en concreto para analizar la cuestión de la clonación humana nos parece conveniente estudiar ahora, aunque sea muy someramente, cual es el alcance y el origen de la teoría moderna de los derechos humanos, así como las características propias de estos derechos así como la violación de estos debido a la creación y destrucción de

embriones clónicos así como la creación en un futuro de un ser humano clónico.

5.1 Concepto de los Derechos Humanos

Antes de dar el concepto de los derechos humanos, empezare a decir que los derechos humanos son aceptados por la comunidad internacional y las constituciones de la totalidad de los países del mundo, como elementos indispensables para la justicia y la convivencia humana, como principios fundamentales del orden jurídico y como mínimos morales del Derecho. Es por eso que quien trate de entender el fenómeno de los derechos humanos, debe tener en todo momento presente este hecho y asumirlo como una convicción.⁵⁹ Pero ¿Qué son los derechos humanos? esa es una pregunta que espero llegar a responder al recorrer este capítulo.

Los derechos humanos comenzaron a gestarse desde las concepciones previas de la naturaleza del ser humano y de ciertas características que se consideraron esenciales, como en las representaciones religiosas cristianas, budistas, islámicas, confucionistas, hinduistas y hebreas y, de un modo mas concreto y con intuiciones cercanas al concepto actual de respeto mínimo al ser humano, el derecho natural concebido por filósofos como Tomas de Aquino, Spinoza, Gottfried Wilhelm Leibniz, Hugo Grocio, John Locke y Jean Jacques Rousseau, que desarrollaron un valioso pensamiento en torno al hombre. Este

⁵⁹ Montemayor Romo de Vivar Carlos, La Unificación Conceptual de los Derechos Humanos, Ed. Porrúa, Mexico 2002, p. xx

respeto al ser humano se gestó desde la edad media, pasando por el renacimiento, y llegó al pensamiento racionalista como elemento fundamental o requisito *sine qua non* de las tesis contractualistas, asimismo, son importantes, dos posturas sobre la libertad y el estado de naturaleza; la de Hobbes y la de Rousseau. Sobre esta base podemos dejar claro el tipo de problema que se pretendió resolver con el pensamiento liberal y los propósitos que tiene.

La edad media es un antecedente considerable por la proximidad que nuestra cultura tiene con esa etapa histórica. Ello no quiere decir que otros momentos históricos carezcan de importancia o no hayan tenido una enorme repercusión en el discurso que ahora tenemos sobre los derechos humanos, por ejemplo, casi cinco siglos antes de la doctrina cristiana, en China ya se desarrollaba una doctrina moral sobre el hombre, sus deberes y su condición en la vida. Confucio, que nació alrededor del año 550 antes de Cristo⁶⁰, es considerado como el fundador de esa doctrina en cuatro libros uno de ellos, El Meng-Tse, en el artículo primero nos dice:

“Si se deja en segundo lugar la justicia y se coloca en primer lugar la ganancia o el provecho, mientras (los superiores) no sean derribados y despojados, (los inferiores) no estarán satisfechos”.⁶¹ Podemos ver que la noción de dignidad humana y de igualdad racional e intelectual comienza a germinar mucho tiempo antes que el cristianismo.

⁶⁰ Nueva Enciclopedia Temática, Ed. Cumbre, Tomo II, 32ª ed., 3era reimpresión, México 1987, p.404

⁶¹ Confucio, Los Cuatro Libros, Ed, Latinoamericana, México 1956, pp.145-146

Para concluir podemos decir que los Derechos Humanos surgen del reconocimiento de que los seres humanos tienen una dignidad intrínseca, que se basa en el hecho de que son humanos.

Los Derechos Humanos son el conjunto de prerrogativas inherentes a la naturaleza de la persona cuya realización efectiva resulta indispensable para el desarrollo integral del individuo que vive en una comunidad jurídicamente organizada. Estos derechos, establecidos en la constitución y en las leyes son totalmente reconocidos y garantizados por el Estado.

Todos estamos obligados a respetar los Derechos Humanos de las demás personas, sin embargo según el mandato constitucional, quienes tienen mayor responsabilidad en este sentido son las Autoridades Gubernamentales es decir los hombres y mujeres que ejercen la función de servidores públicos.

5.1.1 características de los Derechos Humanos

Algunas de las características de los derechos humanos serían las siguientes:

- ☞ Son Universales: Por que pertenecen a todas las personas, sin importar su sexo, edad, posición social, gustos políticos, creencia religiosa, origen familiar o condición económica.
- ☞ Son Incondicionales: Por que únicamente estas supeditados a los lineamientos y procedimientos que determinan los límites de los propios derechos, es decir, hasta donde

comienzan los derechos de lo justo o los justos intereses de la comunidad.

☞ Son inalienables: Por que no pueden perderse ni transferirse por propia voluntad, son inherentes a la dignidad del hombre.

5.1.2 Los Derechos Humanos en el Campo de la Biomedicina

En el estudio de los temas relacionados con la biomedicina es ya común, como no podía ser de otra forma, que se analice en que medida las actuaciones de los profesionales de la investigación y de la sanidad afectan a los derechos humanos de los sujetos de la investigación y de los pacientes que requieren atención medica. Es cada vez mas frecuente, por tanto asegurar que los avances científicos y las aplicaciones derivadas de las mismas respeten los derechos de todas las personas o las que, precisamente, pretende servir el desarrollo científico y tecnológico

El resultado de esta apreciación conviene que quede reflejado en las normas de derecho internacional que, por su vocación universal, pueden ir marcando las pautas de actuación que sirvan para resolver de manera adecuada los nuevos dilemas que plantea la biomedicina moderna en un mundo crecientemente globalizado. Es precisamente a través de la concreción y aplicación de la teoría de los derechos humanos donde se puede ir logrando paulatinamente una protección más efectiva de estos derechos.

En todo caso, lo que parece claro es que la teoría de los derechos humanos es un buen punto de partida que nos permite afrontar los retos

planteados para la biotecnología contemporánea, en la medida en que se reconoce que estos derechos son considerados un mínimo acuerdo moral, en virtud de su vocación a la universalidad. Precisamente “es el acuerdo y desarrollo de los derechos humanos, universalmente aceptados aunque solo sea en teoría, por la mayoría de los Estados miembros de las organizaciones internacionales, donde debe buscarse el mínimo común de consenso a partir del cual sea posible afrontar el reto de las biotecnologías”.⁶²

Desde luego no es suficiente que las cuestiones relacionadas con la biotecnología o la biomedicina sean abordadas únicamente desde la teoría de los derechos humanos, sino que es necesario que sean concretados por otras ramas del ordenamiento jurídico. De hecho son varias ramas del derecho que abordan, desde distintas perspectivas, los temas básicos de la bioética actual y en particular, el tema de la clonación humana.

Es así que encontramos disposiciones normativas en el ámbito del derecho penal (que tipifica conductas como delitos) o en el derecho administrativo y sanitario (que regula las cuestiones de la relación médico-paciente) o en el ámbito del derecho civil (donde se trata la cuestión de la persona y la personalidad en cuanto sujeta a determinadas relaciones con relevancia jurídica así como la cuestión de la responsabilidad civil derivada de ciertas actuaciones). Lo que en cualquier caso no debería omitirse de los derechos humanos, por su carácter más genérico y

⁶² Casado María, Los Derechos Humanos como Marco para el Bioderecho y la Bioética, Ed. Romeo Casabona, Granada, 1998, p.113

fundamental, pues los principios y conclusiones extraídos de dicho estudio han de informar aquellos ordenamientos mas específicos que también están al servicio del hombre y que tienen como misión la de concretar y explicar las exigencias éticas derivadas, precisamente, de los derechos humanos fundamentales.

En nuestro ordenamiento jurídico son casi nulas las normas que ahondan la cuestión de la clonación humana, y mucho menos hacemos la reflexión específica que hago a la luz de los derechos humanos. Tampoco parece que se haya abordado la cuestión fundamental del estatuto jurídico del embrión humano (sea clónico o no) bajo este prisma de los derechos humanos para dilucidar en que medida debería alcanzarle la protección prevista para esta categoría de los derechos fundamentales ya que indiscutiblemente existe una violación de estos derechos.

Esta cuestión de fondo, que como sabemos es de suma importancia a la hora de analizar un asunto delicado y complejo como la clonación humana, no puede regirse o posponerse indefinidamente, mas aun cuando advertimos que hay otras ramas del derecho sobre las que se van promulgando normas concretas, sin que quizás se haya reparado en lo que debería ser el fundamento y la razón de ser de las mismas.

En consecuencia “la situación sobre el status del embrión o del feto humano, en las distintas fases de su desarrollo, no se puede eludir. Hay que preguntarse siempre, dado que al ya-nacido se le concede un derecho básico a la vida, si existe fundamento para dar un tratamiento distinto a las fases precedentes del desarrollo embrionario”. Solo así

podemos asegurar que el creciente desarrollo de la ciencia y la técnica en el campo biomédico redunde en un verdadero progreso para la humanidad y para cada uno de los hombres, ya que como lo repetí anteriormente existe una innegable violación a los derechos humanos.

5.2 Fundamento Ético de los Derechos Humanos

El origen de la teoría de los derechos humanos y de la reflexión en torno, las instituciones relacionadas con las mismas se remonta a tiempo atrás. La idea de que los hombres son todos igualmente dignos tiene un doble origen: por un lado, en el estoicismo y, por otro, en el cristianismo. El estoicismo afirmó la unidad universal de todos los hombres en la obra de Panecio de Rodas. Una idea que será retomada y desarrollada por Cicerón y Séneca. Se trata de la noción de *humanitas* cuyo valor estriba en la superación del particularismo propio del pensamiento griego clásico. Por su parte, el cristianismo va a subrayar la condición de hermanos que comparten todos los miembros de la familia humana, pues ya no hay distinción entre judío y griego, entre esclavo y libre, entre hombre y mujer, como anotaba San Pablo. Ya desde los primeros siglos del cristianismo, los padres de la iglesia desarrollan la noción persona. Desde el punto de vista cristiano, la *imago Dei* y la condición personal dotan de un valor absoluto a todo ser humano por el mero hecho de serlo. Esta concepción personalista del hombre de inspiración cristiana ha sido decisiva para una adecuada fundamentación de los derechos humanos y de su universalidad.

Sobre estas bases, ya en la Edad Media, se elaboran las teorías de los derechos naturales.

De acuerdo con estas teorías, los derechos naturales como su propia denominación indica, encuentran su fundamento en la naturaleza humana y son, por tanto, derechos innatos, inherentes por naturaleza a todo ser humano, es decir, derechos que son universales. Esta concepción de los derechos humanos como derechos naturales y universales es la que plasmaron las primeras declaraciones de derechos del último cuarto del siglo XVIII.

Hoy en día se asume, prácticamente de modo generalizado, en la doctrina iusfilosofica, que los derechos humanos tienen su origen en los derechos naturales que se predicen del hombre en cuanto ser vivo, en cuanto ser humano y que, si bien estos deben ser garantizados por las normas jurídicas, no son las leyes positivas las que crean tales derechos y las que les confieren legitimidad. Mas bien “la fundamentación iusnaturalista de los derechos humanos se condensa en el aserto básico de que estos no son creación de las normas positivas y que, por consiguiente, existen previamente al reconocimiento que estas le confieran si bien en esta existencia previa tengan una dudosa eficacia práctica”.

La fundamentación de los derechos humanos es una de las cuestiones sobre las que no parece encontrarse un acuerdo en la doctrina iusfilosofica. Si existe, por lo común, un consenso sobre cuales son estos derechos, al menos los más básicos; sin embargo se vienen asumiendo

como evidentes, sin que a la hora de una reflexión más profunda se alcance a encontrar la razón de ser fundamental de tales enunciados. Aunque no trataremos aquí de ensayar una explicación novedosa sobre tal fundamentación, si expondremos la teoría que nos ha parecido más decisivo y admirable, que nos servirá como punto de referencia para analizar la cuestión concreta al estudio de la clonación humana a la luz de los derechos humanos.

El fundamento de los derechos humanos es de naturaleza ética, en cuanto que entraña una serie de deberes morales hacia todo ser humano que, por su especial relevancia en las relaciones sociales, precisan de un proceso de positivación que garantice su eficacia.

La fundamentación ética de los derechos humanos sostiene que “el origen y fundamento de tales derechos no es jurídico en sentido positivo, sino previo a lo jurídico, de lo cual se deduce que el derecho positivo no crearía propiamente tal clase de derechos, sino que su labor consistiría más bien en reconocerlos y garantizarlos, a fin de dotarlos de plena eficacia.

Los derechos humanos aparecen como derechos morales, es decir, como exigencias éticas y derechos que los seres humanos tienen por el mero hecho de ser hombres y, por tanto, con un derecho igual a su reconocimiento, protección y garantía por parte del poder político y el derecho.

5.3 El Derecho a la Integridad del Embrión

Al tratar de concretar algunos aspectos que deben integrar el estatuto jurídico del embrión humano y así comprender mejor la reflexión sobre los aspectos éticos y jurídicos de la clonación humana, nos hemos detenido particularmente en las implicaciones de la dignidad humana y del derecho a la vida, que son como el punto de arranque básico de otros derechos humanos fundamentales.

Estos dos pilares esenciales del estatuto jurídico del embrión se ven claramente socavados, como hemos visto hasta el momento, con la práctica de cualquiera de las modalidades de la clonación humana. En el caso específico de la clonación reproductiva se añaden, además, otros riesgos que ponen en jaque la protección de la vida prenatal, como veremos a continuación.

El reconocimiento del derecho a la integridad de los concebidos y no nacidos se justifica, en una sociedad crecientemente tecnificada, por la mayor falibilidad y frecuencia con la que se pueden llevar a cabo diversas intervenciones en la vida prenatal. En efecto, hoy en día en el campo de la ciencia y de la biomedicina nos parece advertir que la vida prenatal está expuesta a unos riesgos mayores que los que se podían advertir hace algunas décadas.

Cuando hablamos de la integridad como contenido de un derecho humano, que consideramos debe alcanzar al embrión humano (sea clónico o no), consideramos que esta debe abarcar todas las dimensiones del hombre, es decir, al individuo humano como realidad a un tiempo

corpórea y espiritual. así, referido al ser humano como organismo, la integridad es la cualidad que consiste en no carecer de ninguna de las partes que forman el organismo vivo y debe entenderse sea en sentido material o físico (integridad física), sea en sentido psíquico (integridad psíquica), como corresponde a la dimensión físico-psíquica del hombre que forma parte de todo ser humano. Lo integro, por tanto, hace referencia a lo que es completo, acabado como un todo.

Del reconocimiento del derecho a la integridad del embrión se deriva la obligación positiva sucesiva de mantener físicamente saludable el organismo ya generado, a fin de que se desarrolle adecuadamente en función de su propio dinamismo vital, provocándole las condiciones que hacen posible su supervivencia y desarrollo integral. No basta, por tanto, con asegurar la vida de los embriones humanos, una vez generados, sino que se debe garantizar su integridad con vistas a que puedan lograr su pleno desarrollo físico, a partir del cual puedan alcanzar, en su momento, una adecuada configuración de su personalidad.

En el caso concreto de la clonación reproductiva, a diferencia de la experimental y la terapéutica, el derecho a la integridad del hijo clónico, se vería seriamente comprometida al quedar privado tanto de la doble referencia biológica masculina y femenina como de la posibilidad de afrontar su futuro sin condicionamiento físicos y psicológicos derivados de la forma en que se ha sido generado.

Desde mi punto de vista me parece que vulneran la integridad del embrión aquellas intervenciones que afecten a su unidad y diversidad como organismo vivo.

El derecho a la integridad del organismo se vería también afectado si se aumentan, disminuyen o alteran las condiciones físico-químicas naturales propicias del medio ambiente que le es favorable para su desarrollo orgánico, proporcionando intencionalmente condiciones de vida que, de hecho, pueden condicionar seriamente el desarrollo psicológico integral del individuo. Así pues, la integridad no es simplemente asegurar la supervivencia biológica, sino el pleno desarrollo psico-social.

Ya por último diré que del derecho a la integridad del embrión se deriva el deber de conservar y proteger la vida e integridad física del embrión.

5.4 Derecho a la Identidad del Embrión clónico

El ser humano como realidad físico-psíquica, vive su existencia en una doble dimensión inseparable: individual, por un lado, que la permite reconocerse como un ser único con un proyecto vital que esta en sus manos llevar a cabo y, por el otro una dimensión social, en la que el individuo se percibe como parte de la humanidad, que integran todos los miembros de la especie humana. Al referirme al derecho a la identidad del embrión he de considerar, pues, que tanto la protección de la identidad corporal como de la identidad social garantizan los bienes básicos y el

entorno que permite a cada ser humano alcanzar su plenitud en la vida social.

El derecho a la propia identidad corporal en su doble dimensión física y psíquica, se encuentra íntimamente ligado con el derecho a la integridad física. Identidad es el hecho de ser la misma persona, es decir, de ser uno mismo y no estar irremediablemente condicionado o limitado por las decisiones de otros.

En todo ser humano confluyen varios factores que permiten a cada individuo desarrollarse como persona: fundamentalmente la herencia genética y el medio ambiente en el que se desarrolla y ejercita su propia libertad. Cualquier interferencia intencional e impropia de otra persona en el normal desenvolvimiento de tales factores existenciales nos parece que supone una violación a este derecho que protege al individuo a fin de que pueda ser uno mismo y diferente.

Como toda agresión a la integridad afecta a su identidad y dignidad, nos parece justificado reconocer que el derecho a la identidad del embrión busca garantizarle la propia herencia genética y el hábitat que le permite un pleno desarrollo en libertad, y esto sucede cuando se crean embriones clónicos ya que no tienen una herencia genética dada por un padre y una madre sino al contrario lo privan de las dos figuras y esto jugaría un papel determinante en su pleno desarrollo.

Con la privación al nacido clónico del derecho a un padre y a una madre biológicos, que ya he comentado antes, se expone al hijo al deficiente desarrollo de su personalidad que podría derivarse como

consecuencia de la natural inquietud de conocer el propio origen biológico lo que podría causarle ansiedad y frustración.

Como advierten los expertos: “El ser humano ha mostrado una intensa inquietud por conocer su origen biológico (su padre y su madre), y es de suponer que podría convertirse en ansiedad la frustración absoluta de tal conocimiento por carecer biológicamente de alguno de sus progenitores, sin perjuicio de que pueda llegar a conocer su origen genético, situado entonces en una generación anterior (el padre y la madre de quien solicita la clonación verdadera). Es por eso que los hijos clónicos ser verían privados de modo deliberado de un padre y una madre genéticos.

5.5 ¿Por qué la Clonación puede representa una Violación al Derecho Natural y al Derecho Positivo?

En los primeros capítulos de la presente investigación tratamos de dar una definición de lo que es el derecho natural, mismo que si es visto desde el punto de vista de la corriente Teológica que lo define como el conjunto de principios que provienen de la divinidad y/o Dios y que son dados por el, a los hombres para que guíen sus actos en la tierra, el cual se encuentra presente en la conciencia del hombre, por otro lado si lo vemos desde el punto de vista de la corriente Racionalista, son el conjunto de principios que provienen de la razón humana. Asimismo las diferentes doctrinas coinciden medularmente en establecer que el derecho natural es el conjunto de principios asequibles a la razón humana

que se encuentran en íntima relación a los valores o principios de la moral, de la justicia y la equidad, y que tenemos todos los seres humanos por el simple hecho de serlo, y además es un derecho creado para todo tiempo y lugar, es un derecho que no tiene una vigencia determinada, sino que por el contrario, es atemporal, universal y permanente. Por lo que al referirnos a que si la clonación es una violación al derecho natural debemos contestar afirmativamente, ya que con la clonación se pretende en primer término llevar a cabo la reproducción del hombre de una manera artificial llegando al grado de querer mecanizarla o el de industrializar su producción mediante la copia del mismo individuo, acto que es por demás antinatural. También se atenta con la clonación en contra del derecho de la vida que es el *conditio sine qua non*, de los demás derechos, ya que es un valor supremo, que es tutelado por el derecho natural, el cual no puede ser violentado por el hombre, ya que este es un derecho natural por que atiende a los valores que son la base fundamental para que el hombre pueda alcanzar sus fines. Por otro lado por lo que respecta a la creación de la vida; el hombre influye en su creación aportando las células sexuales necesarias, siendo esta la forma natural en la que siempre se ha venido creando la vida, ahora bien en la clonación ya se han utilizados ya existe vida desde el momento de la fertilización del ovulo , es por esto que con estos experimentos de clonación se les están dando muerte a una gran cantidad de ellos y dado que los embriones humanos no son una expectativa de vida ya que desde el momento mismo de la concepción son seres con vida y la vida es un

valor que debe ser respetado y valorado por el hombre, ya que a partir de ese momento podemos decir que el embrión humano no es una expectativa de vida, ya que la expectativa lo es el hecho de que se siga desarrollando para que tenga la posibilidad de nacer a la vida del derecho y convertirse en una persona jurídica y pueda ser titular de derecho y obligaciones y al provocar la muerte de los embriones al exponerlos a un medio agresivo o que no sea adecuado para que se sigan desarrollándose después de que han sido intencionalmente fecundados y manipulados genéticamente constituye una violación tajante al derecho natural, por que se esta atentando en contra de la vida y en contra del propio ser humano. También a través de la clonación existe la peligrosa posibilidad de crear cuerpos humanos incompletos acéfalos, es decir, sin cerebro que servirán de repuestos orgánicos o de refacciones para posibles trasplantes de órganos humanos y no hay que menospreciar la posibilidad de que se convierta en un hecho que acontezca o se de en realidad, ya que de llegar a darse en la realidad esto nos debe llevar a hacernos algunas preguntas como las siguientes:

¿Es justo crear seres o cuerpos de seres humanos con vida para disponer de ellos por partes o por órganos?

¿Acaso no tienen vida esos cuerpos?

Estas y muchas mas preguntas son en realidad la respuesta que estos experimentos constituirían una violación expresa y tajante del derecho natural de la vida, de la dignidad y la integridad corporal del ser humano, actos que el derecho no debe dejar pasar sin ponerles atención

desde sus inicios, por que como ya lo dijimos el derecho es dinámico y no únicamente debe regular situaciones existentes, sino las que se puedan dar hacia un futuro.

Es por eso que la clonación también se considera como violación al derecho positivo ya que nuestros dispositivos civiles normativos vigentes están tutelando la vida y otorgando derechos al no nato desde el momento mismo de la concepción, ya que se esta violando lo que se encuentra establecido en el Código Civil en el capítulo referente a personas físicas y específicamente en su artículo 22, tutela la vida desde el momento en que el individuo es concebido y por tanto entra bajo la protección de la ley.

CONCLUSIONES

El presente estudio se inició tratando de dar contestación a la pregunta sobre ¿Qué es el derecho? Y así dijimos que esta pregunta a sido contestada de varias maneras y en la actualidad encontramos varias posiciones que tratan de definirlo, la primera de ellas es la corriente lus Naturalista y la segunda es llamada Teoría Positivista del Derecho, misma que cuenta con dos vertientes la Formalista del Derecho y la otra Realista o Sociológica del Derecho.

La Teoría lus Naturalista del derecho atiende principalmente a la cuestión de los valores, por otro lado la Teoría Positivista formalista del derecho atiende a la forma de creación de las normas jurídicas, que son creadas para ser aplicadas en un determinado tiempo y lugar donde están vigentes en tanto que la Teoría Positivista Realista o Sociológica del Derecho atiende a la aplicación de las normas jurídicas vigentes, esto es a su eficacia.

El derecho natural es el conjunto de principios asequibles a la razón humana que se encuentran en íntima relación a los valores o principios de la moral, de la justicia y la equidad, y que tenemos todos los seres humanos por el simple hecho de serlo, y además es un derecho creado para todo tiempo y lugar, es un derecho que no tiene vigencia determinada, sino que por el contrario es atemporal, universal y permanente.

El derecho positivo está constituido por un conjunto de normas jurídicas que son creadas para ser aplicadas en un determinado tiempo y lugar y así tenemos que el derecho positivo, si está siendo aplicado en un determinado tiempo y lugar es un derecho positivo vigente pero es vigente por la necesidad de las circunstancias o por el surgimiento de una ley se abroga o se deroga esta ley entrando una nueva ley a tener vigencia.

Como ya dijimos el derecho es una obra humana pero no se trata de una obra humana casual, es una obra que tiene como raíz vital un fin determinado en donde situamos como fines que persigue el derecho; a la justicia, al bien común y a la seguridad jurídica.

Por lo que podemos decir que la justicia es un principio regulador y como tal es una medida que limita lo ilimitado e iguala lo que es desigual.

El bien común es una noción del bien en general y del ser. Pero el trabajo colectivo para lograr el bien común es lograr el bienestar del individuo que se agrupa y une esfuerzos.

La seguridad jurídica es la garantía dada al individuo de que su persona, sus bienes y sus derechos no serán objetos de ataques violentos.

La clonación y al respecto podemos definirla como la forma asexual y agama de reproducir artificialmente individuos genéticamente idénticos mediante la manipulación genética de las células somáticas o cromosomas, las que contienen el A.D.N. (ácido desoxirribonucleico) que es el banco de memoria genética en donde están impresos los genes que son caracteres hereditarios que retransmiten de padres a hijos que a su

vez están contenidos todos ellos en los gametos sexuales femenino y masculino (óvulo y espermatozoide) que al momento de la concepción o fecundación, cuando se unen ambas células sexuales, forman un cigoto o huevo, que desde ese momento es considerado como un embrión. Ahora bien la fecundación natural es sustituida en la clonación por la fusión del gameto sexual femenino como cualquier otra célula ya determinada del cuerpo, de donde es tomado el A.D.N., contenido en el núcleo de la célula somática donde se encuentran los cromosomas, para ser insertada mediante una transferencia nuclear en otra célula desnucleada, es decir se extrae la información o aportación hereditaria para introducir otra distinta, por lo que se priva de la información genética de origen materno, y dado que el núcleo de la célula somática (cromosoma) contiene todo el patrimonio genético, el individuo que se obtiene, posee la misma identidad genética del donante de la información genética fundamental, es la que convierte al nuevo individuo en una réplica o copia del donante, lo que da como resultado lo que conocemos con el nombre de clon.

Para explicar la Clonación de Investigación he escogido la siguiente expresión: Añade a la acción de la clonación el calificativo “de investigación” o “experimental” en lugar de “terapéutica”, por que cuando usamos este último término aplicado a una investigación humana es normalmente para referirnos a una acción dirigida a la terapia del sujeto investigado y, evidentemente, en este caso para hablar de clonación terapéutica tendría que ser una terapia del clonado. En cambio, es este tipo de clonación a la que ahora nos referimos lo que se da en primera

instancia es un proceso de investigación y no de curación. Y además como hemos visto, el clonado en esta técnica no obtiene beneficio alguno, sino el indoloro pero real perjuicio que supone su destrucción.

Si la Clonación Terapéutica estuviera desarrollada como un tratamiento efectivamente disponible, superada la etapa de investigación, experimentación y ensayo, además de las acciones humanas que conducen a la producción y destrucción de embriones clónicos requeridos para cada tratamiento, nos parece éticamente relevante la intervención médica por la que las células, tejidos u órganos, colocarían o transplantarían a un paciente. Este acto médico, cuyo objeto es curar al paciente, reúne sin dunda las características de una intervención propiamente terapéutica; sin embargo no podría calificarse como tal ni la clonación de los embriones ni la sucesiva obtención de las células troncales.

Por lo tanto en la clonación llamada terapéutica encontramos fundamentalmente tres acciones relevantes, con objetos diferentes y momentos de realización claramente distintos. En este sentido, parecería adecuado calificar de terapéutica solamente la intervención médica en la que se procede a la aplicación o transplante de las células, tejidos u órganos, que a partir de las células troncales embrionarias se hubieran desarrollado. A esta acción médica le seguirían otras posteriores de la misma naturaleza que tendría por objeto el prestar la atención y los cuidados debidos para la recuperación y rehabilitación del paciente, de su adecuación con los principios de la ética biomédica.

En la Clonación Reproductiva la inmensa mayoría de las personas consideramos hoy en día que es absolutamente intolerable hacer uso de la técnica de la clonación con el fin de gestar y dar a luz un niño clónico. Desde que se vaticinó la posible aplicación de la clonación a los seres humanos, a raíz de los resultados objetivos y científicamente probados con animales mamíferos, tanto científicos como investigadores, la opinión pública y los responsables de la política nacional e internacional han mostrado un rechazo prácticamente unánime hacia lo que se considera una conducta gravemente inmoral, injustificable y criminal.

Quienes hasta ahora han manifestado su intención de clonar seres humanos y lograr el nacimiento de niños clónicos han sido inmediatamente señalados por la comunidad científica como personas desequilibradas o con un afán de protagonismo por el que deben ser descalificadas e incluso perseguidas penalmente, en caso de que llegaran a realizar sus propósitos confesados.

Los Derechos Humanos son el conjunto de prerrogativas inherentes a la naturaleza de la persona cuya realización efectiva resulta indispensable para el desarrollo integral del individuo que vive en una comunidad jurídicamente organizada. Estos derechos, establecidos en la constitución y en las leyes son totalmente reconocidos y garantizados por el Estado.

Todos estamos obligados a respetar los Derechos Humanos de las demás personas, sin embargo según el mandato constitucional, quienes tienen mayor responsabilidad en este sentido son las Autoridades

Gubernamentales es decir los hombres y mujeres que ejercen la función de servidores públicos.

La clonación es una violación a los Derechos Humanos ya que con los diferentes tipos de clonación se protegen a los embriones clónicos creados para cada propósito ya que se crean y se destruyen sin pensar en el futuro que llegarían a tener puesto que desde este momento esos embriones ya existe vida así que por un lado no se podrían impedir las posibles malformaciones en los embriones que llegaran a termino y por otro lado la destrucción de los embriones mismos.

Y por último con esta investigación quiero demostrar que con la creación de embriones clónicos y en un futuro seres humanos clonados, así como cualquier experimento que tenga como objeto alguna afcción a la vida o a la dignidad, sería contraria a los derechos humanos así como también se estaría violando la dignidad e integridad corporal del embrión que ya es considerado individuo.

Simplemente es justo reconocer que no tenemos derecho a jugar con estas vidas, ya que moralmente podemos decir que se estarían aniquilando embriones humanos sean clónicos o no simplemente para la perfección de una técnica (clonación) y de igual manera podemos decir que con el estudio y destrucción de estos embriones se estarían violando los Derechos Humanos.

BIBLIOGRAFÍA

ALBARELLOS ADRIANA LAURA, "Bioética con Trazos Jurídicos", México 2007, p.p. 193.

ALONSO GONZALEZ ROSA MARIA, y otros, "Metodología Jurídica", División de Universidad Abierta, Facultad de Derecho U.N.A.M., Mexico 1995, p.p. 307.

ALVAREZ LEDESMA MARIO, "Introducción al Derecho", Ed. MacGraw-Hill interamericana de Mexico, S.A. de C.V., Mexico 1995, p.p. 267.

BRESCIANI CARLO, "Sexualidad, Matrimonio y Familia", Ed. Edicep, Valencia, 2001, p.p. 345.

CASADO MARIA, "Los Derechos Humanos como Marco para el Bioderecho y la Bioética", Ed. Romeo Casabona, Granada, 1998, p.p. 456.

CASTAN TOBEÑAS, "Los Derechos de La Personalidad", Ed. Reus, 3era ed., México 1984, p.p. 387.

CASTELLANOS FERNANDO, "Lineamientos Elementales del Derecho Penal, 12ª ed., Ed. Porrúa, Mexico 1978, p.p. 189.

CONFUCIO, "Los Cuatro Libros", Ed. Latinoamericana, Mexico 1956, p.p. 361.

DE PINA RAFAEL, "Diccionario de Derecho", 32ª ed., Ed. Porrúa, Mexico 2003, p.p. 525.

GARCÍA GÓMEZ ALBERTO, “La Clonación Humana Aspectos Éticos y Jurídicos”, Ed. Ateneo Pontificio Regina Apostolorum, Roma, 2008, p.p 575.

GARCÍA MAYNES EDUARDO, “Introducción al Estudio del Derecho”, 40ª ed., Ed. Porrúa, Mexico 1991, p.p. 349.

GARCIA VILLALOBOS JORGE ALFREDO, “Algunos Aspectos Jurídicos de los Transplantes de Órganos”, Ed. Porrúa, Mexico 1993, p.p. 453.

GÓMEZ GONZÁLEZ FLORES FERNANDO y Otro, “Nociones del Derecho positivo Mexicano”, 2ª ed., Ed. Olimpo, Mexico 1969, p.p. 376.

LÓPEZ QUINTAS ALFONSO, “La Tolerancia y la Manipulación”, Ed. Rialp, Madrid, 2001, p.p. 576.

MÁRQUEZ PIÑERO RAFAL, “Filosofía del Derecho”, 1ª Reimpresión, Ed. Trillas, Mexico 1996, p.p. 234.

MAYOR FEDERICO Y ALONSO CARLOS, “Gen-Ética”, Ed. Ariel, Barcelona 2003, p.p. 423.

MONTEMAYOR ROMO DE VIVAR CARLOS, “La Unificación Conceptual de los Derechos Humanos”, Ed. Porrúa, Mexico 2002, p.p. 99.

PORRUA PÉREZ FRANCISCO, “Teoría de Estado, Teoría Política”, 26ª ed. Ed. Porrúa, Mexico 1993, p.p. 239.

PRECIADO HERNÁNDEZ RAFAEL, “Lecciones de Filosofía del Derecho”, Ed. U.N.A.M., Mexico 1986, p.p. 303.

RAMSEY GUADARRAMA PAÚL, “El hombre Fabricado”, Ed. Guadarrama, Madrid 1973, p.p. 476.

RECANSENS FICHES LUÍS, "Tratado General de Filosofía del Derecho", 7ª ed., Ed. Porrúa, Mexico 1981, p.p. 429.

ROJAS AMANDI VICTOR MANUEL, "Filosofía del Derecho", Ed. De Harla, Mexico 1991, p.p. 413.

ROUSSEAU JUAN JACOBO, "El Contrato Social", Ed. Leyenda, Mexico 2004, p.p.106.

SOTO LA MADRID MIGUEL ANGEL, "Biogenética, Filiación y Delito", Ed. Adtren, Buenos Aires, Argentina 1990, p.p. 432.

LEGISLACION

GUANAJUATO, Código Civil para el Estado, Colección Porrúa, Mexico.

Código Civil Federal para toda la Republica, Colección Porrúa, Mexico.

OTRAS FUENTES

COMISION NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS, www.cndh.org.mx/losdh, Noviembre 2008.

DERECHOS HUMANOS EN RELACION CON LA CLONACION, www.biotech.bioetica.org, Agosto 2007.

ENCICLOPEDIA VIRTUAL WIKIPEDIA, www.wikipedia.com, Enero 2008.

NO A LA VIOLACION EN MEXICO, www.biografias.com, Febrero 2008.

NUEVA ENCICLOPEDIA TEMÁTICA, Ed. Cumbre, Tomo II, 32ª ed., 3era reimpresión, México 1987

REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA, "Diccionario de la Lengua Española", 20ª ed. 1994

REVISTA "MUY INTERESANTE", año xv, no.8, Ed. Televisa, Mexico 1998.