

## El Artículo

CARLOS M. ROMEO CASABONA

### *Hacia un Derecho Transcultural para la Genética y la Biotecnología Humanas*

#### ➤ Carlos M. Romeo Casabona

Dr. iur. Dr. med. Dr. h.c. Dr. h.c., Catedrático de Derecho Penal. Director, Cátedra Interuniversitaria Fundación BBVA – Diputación Foral de Bizkaia de Derecho y Genoma Humano, Universidad de Deusto y Universidad del País Vasco/EHU, Bilbao (España).

Correo electrónico: cromeo@genomelaw.deusto.es

El presente trabajo se basa en otro anterior presentado como ponencia en "Wartburg-Tagung. Humanbiotechnologie als gesellschaftliche Herausforderung" y pendiente de publicación en la monografía correspondiente bajo el título *Humanbiotechnologie, Transkulturalität, Globalisierung und symbolisches (Straf-)Recht*. También está pendiente de publicación en inglés en la monografía "Genetics, Society and Culture", Anne Fagot-Largeault (Eds.), Kluwer International Publishers.

#### ➤ 1. Un nuevo escenario para el Derecho Penal de las biotecnologías: la globalización

En general son ya suficientemente conocidos los reales y virtuales beneficios que pueden propiciar las investigaciones y actuaciones sobre el genoma humano y las innovaciones que aquellos conocimientos pueden generar en el ámbito de la biotecnología. Por lo que se refiere a la biotecnología humana, sus logros se están centrando en dos ámbitos de suma importancia para el ser humano: la salud (procedimientos diagnósticos y tratamientos) y la reproducción, se halle o no ésta vinculada a problemas de salud (de la pareja o del futuro hijo).

No obstante, la elaboración de procedimientos y productos biotecnológicos y las investigaciones que la sustentan deben ser compatibles con la adopción de precauciones y medidas de seguridad en el manejo de la materia viva, más todavía cuando ésta ha sido objeto de modificaciones genéticas, cuyas interferencias en otros seres vivos, incluido el ser humano, son todavía impredecibles.

Del conjunto de intereses que pueden entrecruzarse en el complejo entramado de la biotecnología humana interesan en este estudio aquellos que guardan una relación más inmediata con algunos derechos fundamentales, en particular con los derechos a la vida y a la integridad física y moral, según vienen proclamados por algunos instrumentos jurídicos internacionales y por las constituciones de algunos Estados. En los ordenamientos jurídicos se reconoce la importancia de que gozan la vida y la integridad de las personas y –con ciertas limitaciones– de los no nacidos (el embrión in vitro y el embrión o feto en gestación) como bienes jurídicos esenciales, por cuya razón deben ser protegidos con la máxima intensidad, tarea que asume principalmente el Derecho Penal, en concreto frente a las agresiones más graves a las que pueden verse sometidos dichos bienes. Por otro lado, la dignidad de la persona, eje personalista sobre el que pivotan y se modulan los derechos humanos y los derechos fundamentales, también puede verse afectada en

relación con el desarrollo de las biotecnologías (piénsese, p. ej., en las prácticas de cobayismo al realizar algunas investigaciones clínicas). Sin embargo, la cuestión que suscita mayor interés y al mismo tiempo complejidad consiste en detectar si pueden deducirse nuevos bienes jurídicos, tanto individuales como colectivos, pero en todo caso lo suficientemente relevantes y al mismo tiempo concretos como para que pueda apelarse a los instrumentos jurídico-penales, siempre como *ultima ratio*, para su protección.

Por otro lado, desde el punto de vista de una hipotética intervención del Derecho Penal como instrumento de control de prácticas desviadas de las biotecnologías, deben dejarse sentadas unas características de las mismas, pues pueden ser decisivas no sólo para valorar el sí y el cómo de dicha intervención normativa, sino también para explicarnos las manifestaciones punitivas con que ya contamos en el Derecho comparado.

En primer lugar, debe apuntarse la velocidad con que se producen descubrimientos y aplicaciones nuevas en este sector, lo que refleja tanto su dinamicidad, como la competitividad existente entre los diversos grupos de investigadores, pero también la perplejidad social que producen a la vista de que no pocas de esas novedades ponen a prueba la solidez de las percepciones y valoraciones sociales más extendidas. Esta perplejidad apunta también a la incapacidad de las propias construcciones jurídicas tradicionales para ofrecer, al menos en todos los casos, respuestas eficaces y/o tranquilizadoras. En esta dirección se ha denunciado acertadamente que se están globalizando los beneficios y el comercio, pero que no se está globalizando al mismo tiempo la justicia<sup>1</sup>.

En segundo lugar, las investigaciones que dan soporte a las novedades biotecnológicas no requieren infraestructuras ni medios materiales excepcionales, pues ni son muy costosos, ni difíciles de obtener; lo decisivo es la cualificación del investigador en el sector específico de que se trate, lo que significa que potencialmente estas actividades podrían realizarse en cualquier país, pues bastaría con que se instalase

1. Sulston, *Society and human genome*, in "Law and the Human Genome Review", Nr 20, 2004, p. 32.

un grupo reducido de investigadores apoyado por un mínimo de infraestructuras y recursos, con independencia de la potencialidad investigadora que tuviera el país de acogida.

En tercer lugar, las peculiaridades culturales, en particular las tradiciones morales, religiosas y jurídicas, condicionan diferencias relevantes de unos Estados a otros al abordar jurídicamente estas materias. Sin embargo, al proyectarse sobre las biotecnologías valoraciones que no siempre encuentran un engarce sólido en principios axiológicos previos muy definidos, no es infrecuente que se produzcan cambios de percepción rápidos y que incluso los poderes públicos aporten respuestas miméticas importadas. Paradójicamente, estas divergencias culturales han venido coexistiendo en algunos Estados con la asunción de un pluralismo ideológico por parte de los ciudadanos, pluralismo que en algunos casos se ha encontrado con fuertes resistencias en algunos grupos ideológicos o religiosos para revisar determinadas valoraciones tradicionales –sobre todo las relacionadas con el respeto y protección que merece la vida humana en sus diversas manifestaciones– ante nuevos fenómenos o realidades, p. ej., en relación con momentos críticos del comienzo (así, el estatuto ético-jurídico del embrión in vitro) y el final de la vida humana (p. ej., la decisión sobre la suspensión de un tratamiento vital). Este cúmulo de divergencias axiológicas o de afrontar nuevas situaciones dificultaba encontrar puntos de encuentro sobre la aceptación o no de algunas novedades biotecnológicas.

En efecto, el Derecho Internacional ha fomentado una perspectiva transcultural en relación con la genética y la biotecnología humanas. Esta perspectiva transcultural se ha visto favorecida probablemente por la concurrencia de varios factores:

a) En los derechos estatales faltaban referentes éticos y culturales de clara e indiscutible aplicación a los nuevos retos que plantea la biotecnología humana. Significa esto que existen algunos valores (derechos humanos, bienes jurídicos) relacionados con la biotecnología humana que han merecido reconocimiento universal con más facilidad que otros derechos, llamemos más tradicionales (como los civiles y políticos, los relativos a grupos sociales), elaborados con anterioridad, los cuales no siempre han encontrado una correspondencia con ciertas concepciones culturales y éticas de algunas comunidades humanas. Resulta llamativo a este respecto que no pocos países que no cuentan con una tradición cultural sobre estas materias ni figuran en la vanguardia de las investigaciones biomédicas hayan adoptado con fervor medidas jurídicas dirigidas, por ejemplo, a proclamar el consentimiento informado como derecho bási-

co de los pacientes o que se hayan apresurado a prohibir la clonación humana reproductiva<sup>2</sup>.

b) El surgimiento y el desarrollo inicial del Derecho de las biotecnologías se ha manifestado por lo general como un “softlaw”, o derecho no coactivo y sin consecuencias jurídicas fuertes. Probablemente, la excepción más marcada a esta tendencia se refiere precisamente a la biotecnología humana, respecto a la cual se han introducido en el Derecho comparado diversos delitos cuyas penas son por lo general muy elevadas (p. ej., en relación con la clonación humana reproductiva), lo que ha dado lugar a la discusión sobre el efecto puramente simbólico que podría irradiar el Derecho Penal al perseguir como delito “conductas orientadas al futuro”, esto es, que todavía no son realizables (por lo general, por dificultades técnicas), pero que previsiblemente lo serán en un futuro no muy lejano.

c) Las materias propias de la biotecnología humana que han sido objeto del Derecho Internacional no comprometen la soberanía de los Estados, pero también es probablemente cierto que estamos asistiendo a los inicios de contemplar un fenómeno más allá de la actual concepción del Estado-Nación como una manifestación de la globalización mas que de internacionalización<sup>3</sup>.

La imparable extensión y profundización del fenómeno de la globalización requiere buscar contrapesos y equilibrios frente a los gravísimos riesgos que podrán derivarse de omnímodas fuentes de poder no controlables por los Estados ni por la Comunidad Internacional con sus recursos actuales. Precisamente la biotecnología constituye una de las más atractivas tentaciones para pretender sobrepasar cualquier límite, cualquier control, y los derechos humanos pueden ser un instrumento adecuado para ello, al menos como un primer paso.

Los anteriores factores no sólo han facilitado el desarrollo internacional de algunos principios bioéticos, sino, incluso, a falta de esa integración transcultural, también un proceso de globalización de la Bioética. De todos modos, esta vía de globalización no es probablemente la mayor para asegurarnos de que realmente compartimos determinados valores universales como consecuencia de un logrado esfuerzo transcultural. El desafío de nuestro tiempo es por ello asegurarnos que la globalización ética y jurídica se materialice en un escenario de transculturalidad que de acogida a una aceptación universal de ciertos valores y derechos compartidos que sean capaces de dar las respuestas exigidas por los desafíos de un mundo globalizado.

No obstante, antes de continuar con estas reflexiones, debe apuntarse que para el Derecho Penal los fenómenos

2. P. ej., Perú (art. 324 del CP), Vietnam y China, aunque este último país, sin embargo, se ha apresurado en autorizar la llamada clonación “terapéutica”.

3. V. en este sentido, Singer, *One World. The ethics of globalization*, 2nd. ed., Yale University Press, New Haven & London, 2004, 8.

de globalización comportan otros aspectos específicos, como son la globalización de la criminalidad, es decir, la comisión de los delitos traspasando las fronteras, la aparición de nuevas formas de criminalidad y las dificultades para que el Derecho Penal sea operativo. En efecto, al basarse el Derecho Penal por lo general en el principio de territorialidad, esto es, en la aplicación de la ley penal exclusivamente a los delitos cometidos en el propio territorio<sup>4</sup>, comporta grandes limitaciones para poder aplicar sus preceptos más allá de sus fronteras político-jurídicas, dado que en virtud del mismo los jueces sólo son competentes para aplicar las leyes de su Estado y dentro de los límites en los que aquél ejerce su soberanía y, por consiguiente, no pueden perseguir, en principio, a quienes han cometido hechos punibles fuera del territorio ni a quienes se encuentran fuera de él, sin perjuicio de las excepciones que admiten ambos grupos de supuestos. Y, precisamente, el ejercicio de la soberanía es poco proclive a ceder en materia penal, al ser esta rama del Derecho en la que aquélla, la soberanía, encuentra su reflejo más significativo, sin perjuicio de algunas experiencias que intentan superar estas limitaciones (p. ej., la creación del Tribunal Penal Internacional), pero que no parece que vayan a llegar por el momento a los abusos biotecnológicos más graves, con la excepción, tal vez, de la clonación humana reproductiva.

A todos estos extremos dedico brevemente las siguientes reflexiones.

## ➤ 2. Las bases para un Derecho Penal transcultural de la genética y la Biotecnología humanas<sup>5</sup>

Se han realizado esfuerzos por establecer una ética transcultural evitando al mismo tiempo la imposición de una ética determinada dominante sobre las demás (p. ej., la ética occidental, de base cristiana), cuyo proceso discursivo puede ser válido para una reflexión paralela sobre un posible Derecho de la genética y la biotecnología humanas con fundamentos transculturales<sup>6</sup>.

Este objetivo está adquiriendo un creciente interés, dados los acelerados procesos de globalización económica, tecnológica y sobre los riesgos a los que se está viendo sometida la humanidad, incluyendo las dimensiones éticas y

jurídicas y, en particular la Bioética. Por consiguiente, encontrar los fundamentos de una Ética y un Derecho transculturales es una tarea inaplazable, sobre todo si tenemos presente que otros intentos recientes en el sector de la biotecnología humana no han tenido el éxito deseado.

Se ha advertido que esta tarea de construir una Bioética y un Derecho transculturales de la genética y la biotecnología humana con aceptación universal comporta el riesgo de caer en un imperialismo cultural, que podría derivarse del hecho constatado a lo largo de la historia de que toda sociedad tiende a imponer sus fundamentos culturales –y sus principios éticos– a las demás<sup>7</sup>. Pero se ha señalado también que debe evitarse el riesgo contrario de caer en un particularismo o comunitarismo, expresiones con las que se quiere aludir a que en realidad los individuos se hallan condicionados en su formación cultural por la comunidad y el entorno social en los que se encuentran, más allá de principios abstractos. Por otro lado, la renuncia a una cierta universalización implica también el riesgo no deseable de quedarnos en un relativismo respecto a los derechos de la biotecnología, de modo que no se podrían identificar ni construir valores y principios de aceptación universal.

De entre las diversas hipótesis que se han manejado para fundamentar esta ética –y Derecho– transcultural<sup>8</sup>, sobre las que no puedo detenerme en esta exposición, querría destacar aquélla que sostiene que una ética global para que fuera asumible debería tomar como punto de partida los elementos o denominadores éticos comunes a las diversas culturas presentes en el planeta.

Algunos han querido encontrar este punto mínimo común en el principio de reciprocidad. En efecto, para Singer el principio de reciprocidad debería ser la “regla de oro”, que puede encontrarse con diversas formulaciones en todas las culturas, presentes e históricas, y religiones<sup>9</sup>. Sin embargo, ni en la historia (p. ej., en la doctrina de Jesucristo, quien predica hacer el bien a quien nos hace el mal, cuando exhorta a poner la otra mejilla para que sea también abofeteada) ni en algunas corrientes fundamentalistas actuales (p. ej., movimientos radicales de inspiración religiosa, como reconoce el propio Singer) puede apreciarse su aceptación o su respeto, aunque probablemente responda a motivos

4. El principio de personalidad (aplicación de la ley penal a los propios ciudadanos, aunque el delito lo hayan cometido fuera del territorio nacional) no deja de plantear sus propios problemas, como ocurre en Alemania en relación con la investigación con embriones humanos. V. Eser / Koch, *La investigación con células troncales embrionarias humanas. Fundamentos y límites penales* (trad. Urruela Mora), en “Revista de Derecho y Genoma Humano / Law and the Human Genome Review”, nº 20, 2004, 37 y ss. (53 y ss.).

5. He dedicado previamente mi atención a esta cuestión en *Laying the foundations for a transcultural Biotechnology Law* (Editorial), in “Revista de Derecho y Genoma Humano / Law and the Human Genome Review”, nº 20, 2004, 15 y ss.

6. No pretendo en esta contribución aportar una definición de transculturalidad referida a la Ética y al Derecho, pero para los limitados propósitos de esta contribución puede ser suficiente aclarar que se referiría a los valores comunes mínimos compartidos en todo el mundo.

7. Singer, *One World. The ethics of globalization*, 106.

8. Vallespín, *El problema de la fundamentación de una Ética Global*, Madrid, 2004, 111 y ss.

9. Singer, *One World. The ethics of globalization*, 141-143.

opuestos. Además, este principio como aglutinador de una ética universal parece muy pobre –aunque ciertamente todavía mantiene su interés en los tiempos actuales–, a la vista de las riquezas culturales alcanzadas por nuestra civilización, en las cuales se pueden apreciar diversos aspectos compartidos.

Debe subrayarse el papel uniformizador que han venido realizando desde hace décadas las construcciones sobre los derechos humanos, que siendo una creación propia de la cultura occidental, ha sido aceptada, de mejor o peor grado, por los pueblos de otras culturas de Estados no occidentales. Por lo que se refiere de forma específica a la genética y biotecnología humanas, existen en este sentido recientes aportaciones que han de estimular ese proceso uniformizador, como son la Declaración de la UNESCO sobre el Genoma humano y los derechos humanos (1997) y el Convenio del Consejo de Europa sobre Derechos humanos y biomedicina (1997) y sus protocolos correspondientes. En cierto sentido, estos instrumentos jurídicos han contribuido también a la globalización de la bioética, lo que previsiblemente se incrementará cuando la UNESCO concluya la “Declaración sobre normas universales de Bioética”<sup>10</sup>, donde posiblemente se incluirán aspectos relevantes de la genética y de la biotecnología humanas.

La teoría de los derechos humanos cuenta con un trasfondo ético de gran calado y de un valor susceptible de universalización innegable, a la vista de la aceptación internacional que han alcanzado los derechos humanos en el Derecho Internacional, gozando ya algunos de ellos de una universalidad no discutida.

De todos modos, debemos ser conscientes de que, a pesar de su importancia, los derechos humanos no han sido siempre aceptados por todas las culturas, y que incluso en la cultura occidental apenas si se están abriendo camino algunos de ellos, al menos como normas jurídicas. La construcción que se ha desarrollado de los derechos humanos tiene en su contra que supone una exaltación del individuo propia de la cultura occidental, frente a las cosmovisiones colectivas de otras culturas (así, por lo general las de Extremo Oriente, en algunas zonas de África y en las poblaciones indígenas de América Central y del Sur), que con un enfoque holístico sostienen que la creación de una armonía en la comunidad es posible partiendo de las obligaciones que

ésta contrae para con sus miembros, y viceversa; es desde la perspectiva de los deberes de la comunidad y para con ella como se conseguirá el respeto de sus miembros.

Sea como fuere, lo cierto es que debe aprovecharse la aceptación universal de la que han venido gozando los derechos humanos y deben seguir siendo tomados prudentemente como punto de referencia para identificar, asumir y compartir universalmente un conjunto de valores éticos juridificados. Además, dado que los derechos humanos no son estáticos, ni aspiran a crear un universo cerrado, sino que, por el contrario, se hallan en constante evolución, acogiendo nuevos derechos en función de las necesidades humanas, constituyen un instrumento muy apreciable para la configuración de nuevos derechos en el contexto de la genética y de las biotecnologías.

Para proseguir por este camino es preciso saber conjugar la dimensión individual con la colectiva de los principios y derechos que deberían constituirse o reforzarse como instrumental axiológico y de convivencia para las próximas décadas.

Aunque la lista sería interminable, voy a limitarme a mencionar aquéllos que considero imprescindibles para la dimensión de la globalización. Prescindiré, por consiguiente, de la referencia a determinados derechos civiles y políticos, incluso sociales, reconocidos por Declaraciones o Tratados universales, pero también de aquéllos que más específicamente constituyen el núcleo de los derechos relacionados con la biotecnología, como son que el genoma humano es un patrimonio común de la humanidad<sup>11</sup>, los derechos a la integridad y a la identidad genéticas, todos ellos como características de la especie humana, así como el derecho a la protección de los datos genéticos personales<sup>12</sup>, el derecho a no ser discriminado a causa de las características genéticas<sup>13</sup>, etc. Algunos de estos derechos han merecido reconocimiento incluso en las constituciones políticas de algún Estado<sup>14</sup>.

Entiendo que constituyen la base mínima irrenunciable de nuestra civilización, cuando menos en relación con las materias que nos ocupan, los principios de responsabilidad (Jonas)<sup>15</sup>, solidaridad<sup>16</sup>, justicia (Rawls)<sup>17</sup>, equidad, tolerancia (Arthur Kaufmann)<sup>18-19</sup>, no discriminación y responsabilidad hacia las generaciones futuras<sup>20</sup>. En cualquier caso, estos principios y derechos requieren redimensionarlos des-

10. Reunión del Comité Internacional de Bioética de la UNESCO, París, 27 a 29 de abril de 2004. El último borrador disponible es de 9 de febrero de 2005.

11. Claro que en su dimensión simbólica, como proclama la Declaración Universal de la UNESCO sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos (art. 1).

12. Declaración Internacional de la UNESCO sobre datos genéticos humanos de 16 de octubre de 2003.

13. Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina del Consejo de Europa (art. 11).

14. Así, las Constituciones de Portugal (1997, art. 26.3), Suiza (1999, art. 119, aunque no aparecen configurados como derechos, sino como competencias exclusivas de la Confederación) y Grecia (2001, art. 5.5).

15. Jonas, *Das Prinzip Verantwortung. Versuch einer Ethik für die technologische Zivilisation*, Frankfurt am Main, 1984, 153 y ss.

16. V. sobre esto Sulston, *Society and human genome*, 25 y ss.

17. Rawls, *A Theory of Justice*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1971, 543 y ss.

de una perspectiva colectiva con el fin de poder desarrollarlos de forma adecuada. Pero al mismo tiempo gozan del valor añadido de que pueden presentar dimensiones tanto individuales como colectivas, es decir, son derechos en principio predicables tanto de los individuos como de los grupos o de las colectividades humanas.

La presente propuesta de contemplar los derechos humanos desde esta doble dimensión, individual y colectiva, comporta el efecto de que de este modo también los grupos y colectividades humanas pueden ser titulares de derechos. Por otro lado, el ser humano puede ser contemplado en cuanto titular de derechos no sólo como un individuo independiente aislado de su entorno, sino también como parte de la colectividad a la que pertenece. En todo caso, debe aclararse también que esta propuesta no pretende ni implica prescindir de la perspectiva individual de los derechos humanos, o que en la hipótesis de un conflicto –improbable– entre la concepción individual y colectiva de los derechos humanos deba prevalecer la segunda. El reconocimiento universal de que cada individuo es el titular de los derechos que le son propios, inalienables e irrenunciables, no debe ser olvidado en ningún momento. Específicamente en el área de las ciencias biomédicas ha sido asumida la primacía del ser humano sobre el mero interés de la ciencia o de la sociedad<sup>21</sup>. En consonancia con esta afirmación se reconoce prioridad al primero, quien ha de tener en principio preferencia sobre el segundo en la hipótesis de un conflicto que pudiera surgir entre ambos.

Parece pertinente una ulterior aclaración. Con el enfoque transcultural que se presenta en este estudio, estamos procurando encontrar unos principios comunes mínimos compartidos, así como una universalización de ellos en cuanto derechos humanos y derechos fundamentales. Pero no es alcanzable una completa unificación del Derecho en el ámbito de la genética y biotecnología humanas. Debemos ser conscientes que debe mantenerse un espacio abierto al pluralismo, el cual ha de ser especialmente respetuoso con la diversidad existente de culturas y tradiciones. Por consiguiente, disponemos de un marco de armonización, pero otorgando siempre prioridad a los derechos humanos reconocidos universalmente<sup>22</sup>.

He dejado para una breve reflexión aparte la dignidad de

la persona. No cabe duda de su origen occidental, como seña de identidad del pensamiento kantiano y que, sin perjuicio de que pueda ofrecer otras perspectivas diferentes de aquella, incluida la colectiva (así, en relación con la dignidad de los pueblos), constituye el paradigma del protagonismo del valor superior del individuo en la vida colectiva. Es indudable que ha ido ganando aceptación ya casi como un principio universal, sin que por lo general se considere que sea un derecho fundamental<sup>23</sup>, sino una cualidad inherente al ser humano que se proyecta jurídicamente sobre los concretos derechos fundamentales. Su relevancia como límite y dique contra los potenciales abusos de la biotecnología en el ser humano es de primer orden<sup>24</sup>, al comportar la prohibición de utilizar al ser humano –a cualquier ser humano– como instrumento y no como un fin en sí mismo. Por desgracia, el recurso a la dignidad de la persona ha sido no pocas veces excesivamente frecuente y abusivo en relación con numerosos avances de las ciencias biomédicas, utilizándolo contra ellos como argumento de autoridad. Con este proceder se ha eludido el diálogo y la posibilidad de facilitar puntos de encuentro y de consenso. A pesar de esta servidumbre, considero que debe profundizarse en el concepto y en el contenido de la dignidad de la persona humana, pues pienso que todavía pueden ser muy ricas sus aportaciones en el campo de la biotecnología humana, siempre que se utilice con ponderación y lealtad a su sentido verdadero.

Por otro lado, habría que avanzar en otras dimensiones de la dignidad humana. En este sentido, además de los supuestos en los cuales se podría recurrir a intervenciones genéticas, algunas de éstas podrían consistir, más allá de una mejora, en intervenciones destinadas a seleccionar o provocar determinados rasgos o características biológicas consideradas deseables desde un punto de vista subjetivo (p. ej., de los padres respecto a sus hijos actuales o futuros, de los propios interesados, de los poderes públicos). Sin embargo, habría que reflexionar sobre si la concepción personalista de la dignidad es suficiente para abarcar diversos supuestos que se hallan vinculados con las intervenciones genéticas. Las intervenciones genéticas en ocasiones implican algunos conflictos que van más allá de la dimensión individual del ser humano, pues pueden verse afectadas

18. Arth. Kaufmann, *Rechtsphilosophie*, 2. Aufl., C. H. Beck, München, 1999, 321 y ss. (*Filosofía del Derecho*, L. Villar Borda y A. M. Montoya, trads., Santafé de Bogotá, 1999). V. también sobre varios enfoques relativos a este principio, Saada-Gendron, *La tolerance*, Flammarion, Paris, 1999.

19. Arth. Kaufmann, *Filosofía del Derecho* (L. Villar Borda y A. M. Montoya, Trads.), Santafé de Bogotá, 1999.

20. Sobre algunos de estos derechos o principios véase Romeo Casabona, *Los genes y sus leyes. El Derecho ante el genoma humano*, Cátedra Interuniversitaria Fundación BBVA – Diputación Foral de Bizkaia de Derecho y Genoma Humano y Editorial Comares, Bilbao – Granada 2002.

21. See in this sense art. 2 of the Convention on Human Rights and Biomedicine: "The interest and welfare of the human being shall prevail over the sole interest of society or science".

22. Delmas-Marty, *Le Droit est-il universalisable ?*, en Changeux (Dir.), "Une même éthique pour tous?", Comité Consultatif National d'Éthique, Éditions Odile Jacob, Paris, 1997, 137 y ss. (156).

23. Cfr., no obstante, la Constitución alemana califica la dignidad humana como un derecho fundamental (art. 1º).

24. Cortina, *Una ética transnacional de la corresponsabilidad*, 29.

dimensiones colectivas e incluso la propia especie humana, al menos desde la perspectiva que permite presentar como hipótesis un análisis teórico.

Debería reflexionarse sobre si realmente la dignidad humana no podría tener a su vez también una dimensión supraindividual para tales situaciones, partiendo de la dimensión objetiva, de las valoraciones que puede proyectar la dignidad humana. Algunas medidas futuras de intervenciones genéticas perfectivas o de mejora (que si se practicasen en los gametos antes de la reproducción o en el cigoto podrían llegar a ser prácticas eugenésicas) podrían tener al menos una potencialidad de afectar a la especie humana o a grupos étnicos humanos, al modificar su dotación genética que les caracterizan como tal especie o como tal grupo, y de este modo también implicar a las generaciones futuras. Con independencia de los individuos concretos que pudieran verse afectados, una forma diferente, pero no excluyente de otras, de concebir la dignidad humana –de forma supraindividual– podría servir para frenar o rechazar tales comportamientos. Posiblemente también podría ofrecer enfoques más clarificadores a la hora de determinar qué es lo “normal” y qué es lo “patológico”<sup>25</sup>. Por otro lado, los procesos de globalización mundial a los que estamos asistiendo probablemente requieran también este tipo de elaboraciones en relación con la dignidad humana. A este respecto habría que tener presente la Declaración de la UNESCO de 12 de noviembre de 1997 sobre las “Responsabilidades de las generaciones actuales para con las generaciones futuras”, la cual establece que “ha de protegerse el genoma humano, respetándose plenamente la dignidad de la persona humana y los derechos humanos. El progreso científico y tecnológico no debe perjudicar ni comprometer de ningún modo la preservación de la especie humana ni de otras especies” (art. 6º).

### ➤ 3. Algunas dificultades y fallos para lograr un Derecho transcultural en Biomedicina

Un ejemplo obvio de que las propuestas que vengo haciendo no son de fácil satisfacción lo proporcionan en la actualidad los trabajos realizados en el seno de las Naciones Unidas con el propósito de aprobar una Convención universal para prohibir tanto la clonación humana reproductiva como la llamada clonación terapéutica (con fines de investigación, por el momento). En efecto, la clonación reproductiva ha encontrado un acuerdo casi universal a

favor de su prohibición. De todos modos, no se ha tenido en cuenta de que podrían darse en el futuro hipótesis en las cuales su ilegalidad no sería tan evidente (p. ej., cuando sea una técnica realmente segura y como último recurso, podría recurrirse a ella con el fin de combatir la infertilidad de una pareja o con el objetivo de prevenir la transmisión de enfermedades hereditarias a la descendencia)<sup>26</sup>. Mientras que, por su parte, la clonación “terapéutica” se está enfrentando a irreconciliables concepciones culturales opuestas relativas al respeto y a la protección de la vida humana en su comienzo, siendo al mismo tiempo muy fuerte la presión de la comunidad científica.

Al final la Asamblea General de las Naciones Unidas ha aprobado el documento como una Declaración, tras haber renunciado a la forma de Convenio, con todo lo que significa este cambio instrumental. La prohibición abarca “todas las formas de clonación humana en tanto sean incompatibles con la dignidad humana y la protección de la vida humana” The ban addresses “all forms of human cloning inasmuch as they are incompatible with human dignity and the protection of human life”. La Declaración apela asimismo a los Estados miembros a “adoptar las medidas necesarias para prohibir la aplicación de las técnicas de ingeniería genética que puedan ser contrarias a la dignidad humana”<sup>27</sup>. La distribución de votos es muy reveladora: los votos a favor de su aprobación fueron 84, 34 en contra, y 37 abstenciones, además de la ausencia de otros 37 Estados miembros. Desde mi punto de vista constituye un claro reflejo de falta de consenso. Es, asimismo, un ejemplo del proceso jurídico de globalización, pero de carencia de aceptación universal. Es probable que la clonación humana para investigación y para fines terapéuticos se haya todavía lejos de haber logrado un consenso general<sup>28</sup>.

La tensión dialéctica que ha generado la discusión sobre el estatuto ético y legal del embrión humano, se refleja igualmente en el difícil equilibrio, no exento de contradicciones, que intentó mantener el Convenio Europeo sobre Derechos Humanos y Biomedicina, en el cual se prohibió la creación de embriones humanos para su uso en la experimentación, pero al mismo tiempo se admitió que los embriones humanos pudieran ser utilizados con tales objetivos, aludiendo implícitamente, a la situación de los embriones sobrantes o supernumerarios provenientes de las técnicas de reproducción asistida.

25. Esta compleja cuestión ya fue estudiada por Canguilhem, *Le normal et le pathologique*, Presses Universitaires de France, Paris, 1966.

26. Cfr. Grupo de expertos sobre Bioética y Clonación, Report about Cloning, FCS, Ed. Siete Calles, Madrid, 1999, 198 y ss.; Romeo Casabona, *Legal limits on research and its results? The cloning paradigm*, in “Law and the Human Genome Review”, nº 6, 1997, 21 y ss.

27. Declaración sobre la clonación humana de las Naciones Unidas, adoptada el 8 de marzo de 2005.

28. Sobre ello v. más ampliamente Harris, *On Cloning*, Routledge, London, 2004, 34 y ss.; Romeo-Casabona, *Embryonic stem cell research and therapy: The need for a common European legal framework*, in “Bioethics Special Issue”, Vol. 16, nº 6, 2002, 557-567.