

DERECHO Y VIDA

I U S E T V I T A

CENTRO DE ESTUDIOS SOBRE GENÉTICA Y DERECHO

La Manipulación Genética en el Proyecto de Código Penal*

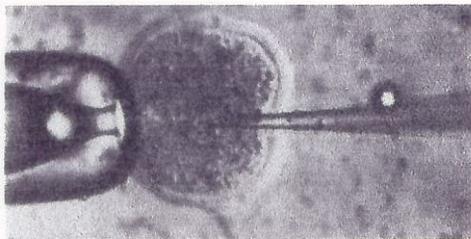
Tutela de un bien jurídico

Es de encomiar que este proyecto inicie la parte especial con los delitos contra la persona y no, como lo hace el vigente, con los delitos contra el Estado. Se coloca así este cuerpo normativo, dentro de la tradición jurídica señalada por HERMOGENIANO (D.1.5.2), cuando siglos atrás afirmó que **Todo derecho ha sido constituido por causa de los hombres**", y reafirma el principio de la primacía de la persona en el sistema jurídico.

Nos ocuparemos del Capítulo VIII del Título I del Libro II.

Como es sabido, la rúbrica de los títulos y capítulos del código suele designar el bien jurídico que se pretende tutelar; sin embargo, en este caso, nombra alguna de las posibles actuaciones científicas sobre los genes, es decir, un procedimiento científico, sin alusión al bien, interés, o derecho protegido. Sería

deseable un gran cuidado en su elección pues, como lo ha dicho SÁINZ CANTERO, "El bien jurídico es instrumento de inestimable valor para la interpretación de los tipos legales y para conseguir una sistematización valorativa de la Parte Especial... En los últimos años ha merecido notable interés por parte de la dogmática al ponerse en relación con las normas de carácter constitucional, tratando de construir conforme a ellas, un concepto de bien jurídico válido para determinar cuáles deben ser los bienes objeto de tutela penal, determinación que vinculará al legislador a la hora de decidir qué debe prohibir y lo limitará, en consecuencia a la de crear el ilícito penal. (**Lecciones de Derecho penal**, Parte General, Barcelona, 1990). A propósito, la localización de los tres artículos en el Título de los delitos contra la vida y la integridad personal, enfrentará al intérprete con problemas filosóficos de gran envergadura.



Manipulación genética: ¿concepto definido?

El artículo 132, del título y capítulo citados, establece:

Manipulación genética. El que manipule genes humanos alterando el genotipo con finalidad diferente a la terapéutica, incurrirá en prisión de uno a cinco años.

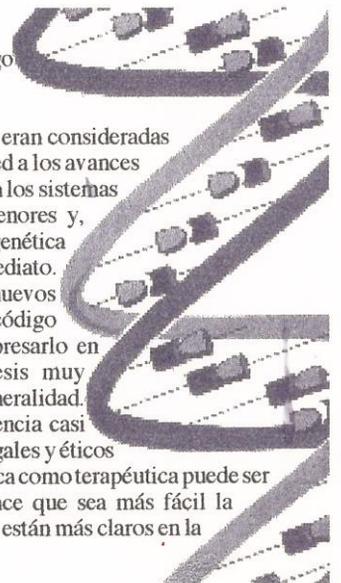
Llama la atención la manera de denominar la figura que en él se tipifica, pues el nombre adjudicado, en el estado actual de la ciencia no implica, por sí mismo, un juicio negativo de valor. Además, la redacción de la norma nos muestra que no hay intención del legislador de sancionar todo tipo de intervención científica sobre los genes de las personas.

Vale la pena detenerse a pensar si el concepto de manipulación de genes humanos es unívoco y está claramente definido en la ciencia, porque de no ser así, quizá encontremos en esta norma un olvido de la exigencia de tipicidad que el sistema jurídico hace al legislador. Podemos plantear iguales interrogantes con relación al concepto de genotipo.

El texto se asemeja bastante al artículo 159 del código penal español, pero se aparta de éste en un punto esencial, el de la finalidad que determina si una actuación científica dada encaja dentro de este tipo o no. El campo de lo permitido es más amplio en el proyecto colombiano que en la norma española. El primero admite todo procedimiento terapéutico; la segunda, sólo los dirigidos a la "eliminación de taras o enfermedades graves". En ambos casos será difícil para los jueces llegar a conclusiones definitivas sin embargo, consideramos que el correr del tiempo y el avance de las

ciencias afectará con mayor prontitud al código europeo.

Enfermedades—concepto médico— que ayer eran consideradas graves, o taras—concepto social— hoy, merced a los avances de las ciencias biomédicas y a las mejoras en los sistemas de salubridad, son problemas médicos menores y, todo parece indicar, que la misma tecnología genética traerá cambios más veloces en el futuro inmediato. Por desgracia, también podrían aparecer nuevos flagelos. Con ello queremos decir que el código español emplea una noción que, para expresarlo en forma gráfica, se balancea entre hipótesis muy concretas y variables, y una pretendida generalidad. El desarrollo de catálogos es una consecuencia casi necesaria, con toda la carga de problemas legales y éticos que implica. Calificar una actuación científica como terapéutica puede ser igualmente difícil, pero su generalidad hace que sea más fácil la precisión jurisprudencial. Los fundamentos están más claros en la historia y la práctica médicas.





Clonación:

Se ha roto el rechazo unánime

En el artículo 133 que se transcribe a continuación,

Repetibilidad del ser humano.

El que genere seres humanos por clonación, incurrirá en prisión de dos a seis años.

Se rompe la coherencia que debe existir entre el concepto o procedimiento que da nombre al capítulo y al artículo, y el contenido. Algunos especialistas “como Stella Maris MARTÍNEZ han señalado que “el término clonación comprende realidades científicas diversas, que merecen una distinta valoración ética y jurídica.

Es común que se incluyan en el concepto supuestos de separación de blastómeros, esto

es, la realización en el laboratorio de un proceso que puede darse de manera espontánea en el útero de la madre, y generar gemelos, y que no debería entenderse *strictu sensu* como una técnica de ingeniería genética, en tanto no produce modificación alguna en el genoma”. (La genética en el ámbito de la ley penal, en Nuevas cuestiones penales, Madrid, 1998, p.165). Acierta, en cambio, al establecer que la sanción se aplicará a “quien genere seres humanos” porque la clonación de órganos y tejidos es una posibilidad que, en principio, merece estímulos y no sanciones.

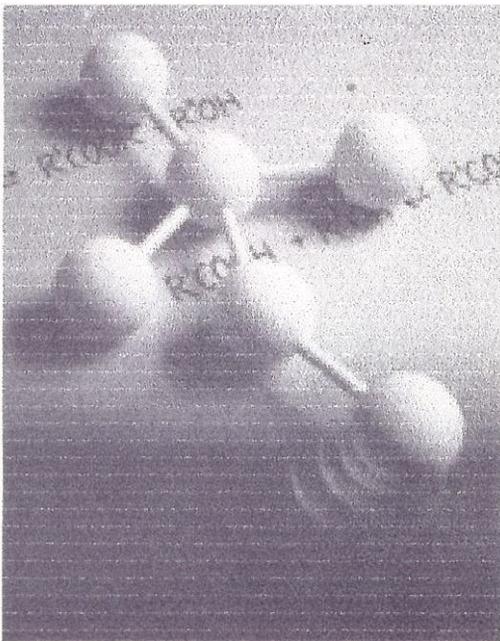
Según el literal b del artículo 2 de la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos, de la Unesco, la dignidad de cada individuo “... impone que no se reduzca a los individuos a sus características genéticas y que se respete el carácter único de cada uno y su diversidad”; de tal postulado deriva la consideración de la clonación como un atentado contra aquella; sin embargo, valdría la pena analizar algunos puntos en relación con tales afirmaciones, antes de definir la redacción definitiva de la norma penal:

Después del rechazo unánime que suscitó el tema de la clonación, los científicos dedicados a la experimentación biológica, y aquellos dedicados a las ciencias de los valores y las normas, han enriquecido su análisis con matices interesantes.

Aquellos han explicado que existen varios métodos —y no uno como se creyó en principio— para obtener individuos con genomas casi idénticos; que la completa identidad no se logra tanto en el terreno biológico, por razones homólogas, como en el comúnmente llamado espiritual o intelectual, por la influencia del ambiente físico, social y cultural que abrigue el desarrollo; “que el alto costo” en óvulos debe tenerse muy en cuenta a la hora de emprender programas de clonación, etc.

Desde las ciencias axiológicas, la unanimidad inicial también se ha roto. En este boletín cuyo objetivo no es profundizar sino informar y suscitar reflexiones, transcribimos alguna opinión de Michel REVEL, profesor de Genética Nuclear del Instituto Weizman de Ciencias y relator de la Comisión Internacional de Bioética: “en el debate sobre la clonación y sus implicaciones para la especie humana —dijo— se acusó *a priori* frente a un procedimiento técnico nuevo y se tomaron sus más extremos fines en lugar de definir los que serían moralmente aceptables para proseguir la investigación y extraer los beneficios.”

CONTINÚA EN LA PÁGINA SIGUIENTE ►



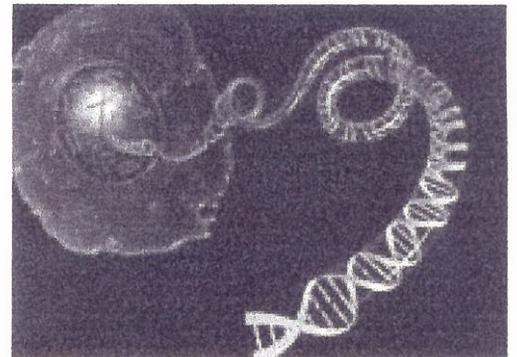
Nos parece que este artículo con la expresión "desarrollo natural intrauterino", trata de comprender en el tipo delictual que consagra, varias conductas: a) fecundar óvulos para destinarlos a la investigación; b) fecundar óvulos para destinarlos a la experimentación; c) conservar fuera del útero los embriones obtenidos *in vitro* por un período y en unas condiciones que la norma no determina; d) fecundar un óvulo humano con espermatozoides de otra especie, o lo contrario; e) colocar el embrión así obtenido – obtención por ahora imposible-, o el que proviene de gametos humanos, en el útero de hembra de otra especie, en útero artificial o en el cuerpo de un varón.

Como se puede observar, entre las mencionadas conductas –el abanico podría ampliarse- no existe equivalencia en cuanto a su gravedad; sin embargo, la pena señalada es la misma para todas, con lo cual se atenta contra el principio de proporcionalidad de las sanciones y contra el fundamento de justicia que inspira todo Derecho. Nos parece que, so pretexto de permitir una amplia comprensión, la norma desconoce el principio de mínima intervención y pierde la certeza que debería tener. Construir el tipo mediante el procedimiento de incluir una finalidad como elemento que permite decidir que una larga serie de conductas excluidas es ilícita puede atentar contra el principio de legalidad.

El apartado segundo del mismo artículo merece iguales críticas pues no existe equivalencia entre "traficar" con un gameto y hacerlo con un cigoto o embrión. Pero, además, parece que la elección del verbo rector no es la más afortunada. ¿Se querrá señalar con él el comercio ilícito? ¿Existirá entonces un comercio lícito? ¿Dónde estará la frontera entre uno y otro?

Sus opiniones nos serán útiles y gratas. Favor enviarlas al Centro de Estudios sobre Genética y Derecho, Oficina A –407 de la Universidad Externado de Colombia, calle 12 No. 1- 17 este.

* Puntos de vista de la directora del Centro de Investigaciones sobre Genética y Derecho de la Universidad Externado de Colombia, doctora Emilssen González de Cancino, sobre el capítulo correspondiente a la Manipulación Genética, contenido en el Título I Delitos contra la vida e integridad personal del Proyecto de ley 40 de 1998 por la cual se expide el Código Penal, cuyo texto fue aprobado por la Comisión I del Senado de la República.



Noticias del Mundo

En Junio Pasado, el Parlamento Europeo aprobó por amplia mayoría (378 votos a favor, 113 en contra y 19 abstenciones), el texto de la directiva sobre la Protección Jurídica de las Invenciones Biotecnológicas, que está dirigida a armonizar las legislaciones nacionales de los países de la Unión Europea sobre la materia.



El senado francés rechazó por mayoría, el 18 de marzo, el proyecto que abría las puertas del Código Civil Francés a los pactos civiles de solidaridad como forma legal de organizar la vida en común de dos personas.

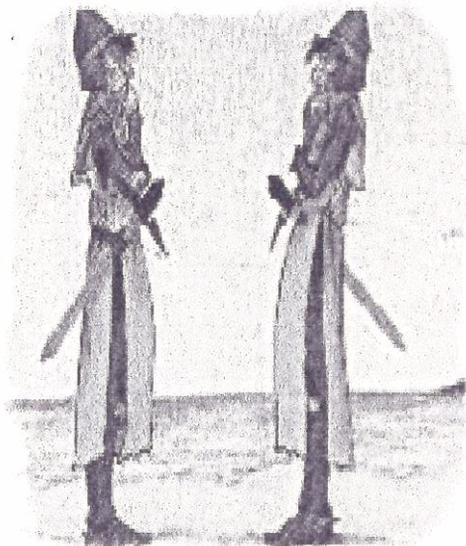
El 31 de marzo el Senado Italiano aprobó la nueva ley sobre transplantes

En el Código Español el artículo sólo considera delictuosa la "producción de seres humanos idénticos" que se realice con fines de selección de la raza. La calificación de la ilicitud de la conducta según el objetivo concreto que persiga, muestra en el legislador español una actitud más abierta a las posibilidades científicas que puedan asegurar a los hombres condiciones de progreso digno.

En Alemania, la ley de 13 de noviembre de 1990 sobre protección de embriones contiene una prohibición amplia con descripción bastante precisa: "(1) Quien artificialmente produzca que se genere un embrión humano con información genética idéntica a la de otro embrión, feto, ser humano o persona muerta, será sancionado con pena privativa de la libertad de hasta cinco años o con pena de multa. (2) Será sancionado del mismo

modo quien transfiera a una mujer un embrión al que se refiere el párrafo (1). (3) La tentativa es punible."

El artículo colombiano, como está redactado, no logrará sancionar todo procedimiento que genere **seres humanos repetidos**, tal como parece anunciar el confuso título que se le ha asignado, porque la comprensión y la extensión del verbo rector -generar- y del objeto de la conducta -seres humanos- parece que no les están atribuidas en forma unívoca por la literatura científica, y los propios términos carecen de tradición en el derecho positivo; en cambio, puede cerrar las puertas a algunas aplicaciones que no se deberían desechar y mucho menos sancionar penalmente sin un debate amplio sobre su fundamento científico, su valoración ética y su conveniencia individual y social.



Fecundación

no es

Manipulación

Artículo 134. Fecundación con fines diferentes a la procreación.
El que fecunde óvulos humanos con finalidad diferente a su desarrollo natural intrauterino y hasta su nacimiento, incurrirá en prisión de uno a tres años.

El que trafique con gametos, cigotos o embriones humanos, obtenidos de cualquier manera o cualquier título, incurrirá en prisión de 1 a 3 años.



El artículo 134 rompe la unidad del capítulo pues la fecundación de óvulos no implica, necesariamente, una manipulación genética.

Además, quiebra el principio de proporcionalidad de las sanciones, porque castiga con prisión de uno a tres años tanto a quien trafique con óvulos o espermatozoides, como a quien lo haga con cigotos y embriones humanos. A nadie escapa que dichos elementos difieren esencialmente unos de otros. La discusión sobre si la personalidad está presente en los cigotos y embriones todavía permanece abierta, en cambio, ningún jurista sostiene que un gameto femenino o masculino merezca protección similar a la acordada para las personas.

De acuerdo con este artículo, la diferencia entre la licitud y la ilicitud de la conducta que consiste en fecundar óvulos humanos, se basa en la finalidad perseguida. Si ella es la de destinar los embriones resultantes a su implantación en el útero para lograr un "desarrollo natural intrauterino y hasta su nacimiento", la conducta será lícita, de lo contrario, será delictuosa.

CONTINÚA EN LA PÁGINA SIGUIENTE ►