

EL DERECHO A LA INTEGRIDAD DE LA PERSONA EN EL MARCO DE LA MEDICINA Y LA BIOLOGÍA (EN EL ÁMBITO DE LA UNIÓN EUROPEA)¹

NARCISO MARTÍNEZ MORÁN

Profesor Titular de Filosofía del Derecho. UNED

SUMARIO: Introducción. 1. El derecho a la integridad personal en el marco de los Derechos civiles. 2. Derechos que protegen la integridad de la persona: 2.1. *Derechos de integridad física*. 2.2. *Derechos para la subsistencia e integridad moral*. 3. El derecho a la integridad personal en el ámbito de la Medicina y de la Biología: 3.1 *Nuevas investigaciones médicas, nuevas situaciones, nuevos problemas*. 3.2 *Biotecnología, Ética y Derecho*. 4. El derecho a la integridad personal con respecto a la Medicina y la Biología en el ámbito Europeo: 4.1 *La protección del derecho a la integridad personal en el ámbito de la Medicina y la Biología en el Convenio de Asturias: 1º) Prohibiciones de la investigación o prácticas biomédicas; 2º) Limitaciones y condiciones para la investigación y prácticas biomédicas*. 4.2 *La protección del derecho a la integridad personal respecto a las aplicaciones de la Biología y la medicina en el Tratado de Lisboa: la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*.

INTRODUCCIÓN

Antes de adentrarnos en el análisis de su contenido específico es necesario situar el *derecho a la integridad personal* en el amplio marco de los derechos humanos o, si se prefiere de los derechos fundamentales.

¹ En el presente trabajo desarrollamos las ideas que de una manera más concisa fueron expuestas en la ponencia realizada en el Curso de Verano «Los Derechos Fundamentales en la Unión Europea: Nuevas perspectivas» que bajo la dirección del Profesor Doctor D. Enrique LINDE PANIAGUA se llevó a cabo en Ávila del 30 de junio al 4 de julio, en el marco de la XIX edición de los Cursos de Verano de la UNED.

Recordemos que el catálogo de derechos humanos de los que hoy disfruta la humanidad no ha surgido de repente. Se ha configurado lentamente, mediante la incorporación sucesiva de diferentes clases de derechos, comenzando por los derechos de libertad, y dando una cobertura cada vez más amplia a las necesidades humanas de libertad, desarrollo de la personalidad y bienestar.

Pero ¿cómo y por qué fueron gestándose? ¿Qué derechos surgieron en cada etapa? Evidentemente no podemos detenernos en un análisis exhaustivo de esta problemática pero sí queremos dar algunas pinceladas que nos permitan situar mínimamente en un marco espaciotemporal el derecho a la integridad personal.

Los derechos humanos nacieron conforme a las exigencias y necesidades que, en cada momento histórico, preocupaban a los seres humanos y se han reconocido a través de un lento proceso histórico que no ha terminado todavía. En este proceso se pueden distinguir, hasta ahora, tres grandes fases, que suelen denominarse «*las tres generaciones de los derechos humanos*», división realizada por primera vez por KAREN VASAK en 1979. En la actualidad cada una de dichas generaciones se asocia a un valor diferente.

Los derechos de primera generación plasman el valor de la *libertad*² y son los derechos civiles y políticos. Entre ellos cabe citar el derecho a la vida y a la integridad física, el derecho a la propiedad, los derechos a la libertad de pensamiento y de expresión, a participar en el gobierno del propio país, a no ser detenido sin un motivo legal, a ser juzgado con garantías de imparcialidad, a comerciar libremente, etc. Son derechos propios del Estado Liberal de Derecho y están inspirados en un valor moral básico que les sirve de guía: *la libertad*.

Los derechos de segunda generación pretenden instaurar el valor de la *igualdad*³. Son derechos que exigen para su realización efectiva la intervención de los poderes del Estado, a través de prestaciones y servicios públicos y pretenden plasmar el valor *igualdad*. A esta segunda generación pertenecen los derechos económicos sociales y culturales, tales como el derecho al empleo y al salario justo, a la vivienda digna, a

² *Primera generación: los derechos de la libertad*: La historia de los derechos humanos es la larga historia de la lucha de los hombres por su libertad. Pero es a partir de los siglos XVI, XVII y XVIII, cuando se consolida, fruto del pensamiento ilustrado de la modernidad, la conquista de *los derechos de libertad (civiles y políticos)*, que suelen conocerse como *derechos de primera generación*.

Estos derechos fueron reivindicados por la burguesía frente al Antiguo Régimen y se consideran derechos de defensa o negativos, que exigen la inhibición y no injerencia de los poderes públicos en la esfera privada. Nacen como reivindicación frente al Estado y su papel es la exigencia del respeto a la libertad individual por parte del mismo.

³ *Segunda generación: los derechos de la igualdad*: Desde mediados del siglo XIX y principios del XX el proletariado fue adquiriendo conciencia de clase y planteó nuevas reivindicaciones logrando el reconocimiento de los derechos del hombre en cuanto miembro de una sociedad, los llamados *derechos económicos, sociales y culturales*, consecuencia de las revoluciones sociales, generadas por las múltiples e irritantes desigualdades entre los poseedores de la riqueza y los proletarios que aportaban el trabajo. Se pasa del reconocimiento de las libertades individuales a priorizar la consecución de derechos sociales cuyo desarrollo tiene lugar en la etapa en que el Estado Liberal fue sustituido por el Estado Social de Derecho y son conocidos como los «*derechos de segunda generación*». Fueron reivindicados sobre todo por el movimiento obrero a lo largo de los últimos siglos.

la cobertura de los gastos sanitarios (la salud), a la educación, a la cultura, a coberturas sociales (pensión de jubilación, de desempleo, incapacidad etc.). Con ellos se pretende dotar de un apoyo real a los derechos de la primera generación, porque difícilmente se pueden ejercer los derechos civiles y políticos si no existen las mínimas condiciones económicas, sociales, culturales y políticas para el ejercicio de tales derechos⁴.

Los de tercera generación de derechos humanos suelen identificarse con el valor *solidaridad*. En los últimos años del siglo XX y en los años transcurridos del presente siglo se han producido de manera vertiginosa una serie de cambios y transformaciones económicas, sociales, culturales y tecnológicas trascendentales para la vida de los seres humanos. Tales cambios tienen una incidencia innegable y trascendental en la dotación de derechos fundamentales y hacen que las circunstancias en que tuvo lugar el alumbramiento de la Declaración Universal de Derechos Humanos hayan cambiado sustancialmente. Ello ha supuesto que muchos e importantes teóricos y estudiosos de la teoría de los Derechos Humanos hayan denunciado un importante anacronismo en el enunciado de los Derechos Humanos de la Declaración Universal, resaltando importantes lagunas de algunos derechos fundamentales que hoy necesitan de una protección impensable e imprevisible en 1948⁵. Se trata de una tercera generación de derechos humanos entre los que normalmente se incluyen en ella derechos heterogéneos como el derecho a un medio ambiente sano, el derecho a la paz, a la calidad de vida, los derechos de las nuevas tecnologías biomédicas como las garantías frente a la manipulación genética, o los derechos derivados de las nuevas tecnologías de la información a los derechos de siempre.

⁴ Este tipo de exigencias fue abriendo el camino a una nueva mentalidad según la cual se hacía necesario que el Estado no se limitara a respetar la libertad, manteniéndose al margen de la actividad social, sino que debía intervenir realizando prestaciones sociales y servicios públicos que contribuyeran a plasmar la justicia social. Por esta razón se dice que la segunda generación constituye un conjunto de exigencias de la igualdad.

⁵ Por esta razón, desde todos los ámbitos (político, jurídico, ético, social, cultural y religioso) de las relaciones humanas, se han levantado voces autorizadas que, vienen reclamando el reconocimiento de nuevos derechos humanos, capaces de proteger determinados bienes y valores humanos que, en los tiempos actuales han calado de manera extraordinaria adquiriendo una importancia vital para todos los seres humanos a nivel planetario. Se trata, sin duda de lo que para muchos viene denominándose «*Derechos de tercera generación*», o mejor «*La tercera generación de Derechos Humanos*». Estos derechos no han sido recogidos todavía en una declaración internacional, pero son tan básicos como los anteriores. Superando los derechos estrictamente individuales y sociales, centran sus aspiraciones en la protección de bienes supraindividuales, derechos de determinadas colectividades, derechos de los pueblos o de la comunidad internacional, siendo necesaria la solidaridad internacional para que puedan cumplirse. Los derechos de esta tercera generación, se gestan en los años 80 y van consolidándose lentamente durante la etapa en que tiene vigencia el llamado Estado Constitucional. Se vinculan con la solidaridad por su incidencia en la vida de todos, a escala universal, por lo que precisan para su realización una serie de esfuerzos y cooperaciones en un nivel planetario.

1. EL DERECHO A LA INTEGRIDAD PERSONAL EN EL MARCO DE LOS DERECHOS CIVILES⁶

Dentro de los llamados derechos de primera generación, los derechos civiles protegen la vida personal individual y tienen como finalidad u objeto común tutelar determinados ámbitos de la libertad personal de cada individuo frente a los grupos o frente al Estado. Diríamos que son libertades ineludibles para que el ser humano pueda alcanzar el pleno desarrollo de su personalidad auténticamente humana. Por tanto, a través de estos derechos se otorga un *espacio de autonomía*⁷, *independencia y libertad a los individuos* y se establece un ámbito de no agresión ni injerencia por parte del poder en la actividad de los particulares.

Los derechos civiles consisten, unos en el deber de abstención de conductas que impidan el libre ejercicio del derecho correspondiente, tanto por parte de los individuos particulares como por parte de los grupos y, de manera especial, por parte del Estado. Dicho de otro modo, el ejercicio de estos derechos impone un deber correlativo de carácter negativo que supone un «no actuar», es decir «*abstenerse de realizar conductas que impidan o perturben el libre ejercicio del derecho*». Este es el caso, como veremos, del *derecho a la integridad personal*.

Pero dentro del ámbito de los derechos civiles, junto a los anteriormente expuestos *derechos de autonomía*, se encuentran otro grupo de derechos cuyo contenido se manifiesta en la exigencia de un deber de prestación o actuación positiva, por lo que se denominan *derechos prestacionales o de crédito*.

Por consiguiente podemos afirmar que los derechos civiles son de dos tipos: a) *derechos de autonomía* y b) *derechos individuales de crédito o prestacionales*.

A nosotros nos interesan hoy los derechos de autonomía porque, precisamente el conjunto de las manifestaciones de estos derechos, integran un derecho amplio y genérico de integridad personal. Es por esta razón por la que los llamados derechos de autonomía se subdividen en otros dos grupos. Al primero pertenecen los derechos referidos a la *integridad física* y son aquellos que persiguen la consecución del respeto a la vida y a la integridad física de la persona y el despliegue de su libertad. Al segundo grupo pertenecen los llamados *derechos de integridad moral*. Se trata de aquellos derechos que prioritariamente se dirigen a la afirmación de los valores que afectan a la integridad moral de la persona como expresiones concretas de su dignidad.

⁶ Para realizar un análisis riguroso sobre el derecho a la integridad personal es imprescindible conocer el pormenorizado y magnífico estudio realizado por Raúl CANOSA USERA en su obra *El derecho a la integridad personal*, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2006.

⁷ Fijémonos en esta idea de *autonomía* a la que la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, tal como ha sido adaptada en el Tratado de Lisboa, en su artículo 3.2, apartado a), en relación con el derecho a la integridad en el ámbito de la Medicina y la Biología, confiere una importancia esencial para el ejercicio de tal derecho.

2. DERECHOS QUE PROTEGEN LA INTEGRIDAD DE LA PERSONA

Cuando hablamos de los derechos que protegen la integridad de la persona nos referimos, claro está, tanto a los derechos que reconocen y protegen la integridad física como a los que reconocen y protegen la integridad moral.

En efecto, son numerosos los derechos humanos cuya función prioritaria tiende a la conservación y el desarrollo integral de la vida humana, pero dicha función se manifiesta en dos planos diferentes. Por un lado, en el plano meramente biológico y por otro, en el plano más estrictamente psíquico y moral. Por ello, al abordar su estudio debe realizarse desde esta doble perspectiva, estudiando separadamente los derechos referidos a la garantía de la subsistencia e integridad física de aquellos otros que contemplan la subsistencia e integridad moral.

2.1. Derechos de integridad física

Estos derechos protegen no sólo el hecho mismo de la vida humana, sino también su integridad y existencia en plenitud, formando parte del contenido esencial del derecho todos aquellos factores que, dentro de la organización social contribuyen de manera directa a su conservación. Por ello, en opinión de DE CASTRO CID «forman parte de este primer grupo, no solamente el derecho a la vida y a un nivel de vida adecuado, sino también el derecho a la integridad física, el derecho a la protección de la salud en todos los ámbitos, el derecho a la seguridad social y a la asistencia pública, e incluso el derecho general a beneficiarse de unos servicios sociales adecuados, derechos destinados evidentemente a proteger la vida y la salud en toda su integridad. Y también están (vinculados al derecho a la integridad personal), aunque ello no aparezca de forma tan inmediatamente conexas y manifiesta, aquellos otros derechos que, como el derecho a la propiedad o a la herencia y el derecho al trabajo, al aviso previo en caso de cese, a la protección contra el desempleo, a una jornada laboral limitada, a descanso diario y semanal a vacaciones anuales o a la vivienda, pretenden garantizar la posibilidad física mínima de disponer de los necesarios medios de subsistencia y de conseguir esto con un coste vital que no llegue a lesionar gravemente la propia vida que se intenta proteger»⁸. Porque todos estos derechos pretenden, en última instancia, proteger la vida de los individuos, proteger su salud, es decir proteger su integridad y estado físico saludable⁹.

⁸ DE CASTRO CID, B., *Introducción al estudio de los Derechos Humanos*, Editorial Universitas, Madrid 2003, pag.250. Por lo que se refiere a los derechos de integridad física véanse también las páginas 257 a 266 de esta misma obra en la que el propio DE CASTRO realiza un estudio más exhaustivo.

⁹ Si nos fijamos, muchos de estos derechos que de una manera indirecta están vinculados con el derecho a la integridad personal, contemplados desde una perspectiva generacional ya no serían estrictamente derechos de primera generación sino que aparecen en una segunda generación de derechos humanos. Pero es que los derechos humanos una vez que aparecen en la historia, se reconocen y se protegen, constituyen un todo y, cuando hablamos del derecho a la protección de la salud, o el derecho al trabajo y a unas condiciones dignas en el mismo, o nos referimos al derecho a un salario justo y sufi-

En los ordenamientos jurídicos tradicionales difícilmente encontramos el derecho a la integridad física protegido de forma directa. Su protección se realiza de forma indirecta al penalizar las agresiones a la integridad. Se trata de un derecho complementario del derecho a la vida hasta el punto de que, con frecuencia, se reconocen conjuntamente como sucede en el artículo 15 de la Constitución Española de 1978¹⁰, aunque, reiteramos, en las declaraciones de derechos de ámbito supraestatal no suele mencionarse de forma explícita aunque sí indirectamente cuando se hace referencia a la prohibición de la tortura y los tratos inhumanos o degradantes¹¹. Sin embargo, sí encontramos algunos textos donde se garantiza expresamente este derecho. Recordemos por ejemplo el artículo 5.1 del Pacto de San José de Costa Rica¹² el cual establece que: «*Toda persona tiene derecho a la integridad física, psíquica y moral*». La protección de la integridad en todos sus ámbitos se refuerza en el apartado segundo de este mismo artículo: «*Nadie –dice– debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos inhumanos y degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano*». Se trata, sin duda del primer texto de ámbito internacional en el que explícitamente se reconoce y garantiza el derecho a la integridad personal. A partir de esta inclusión la Corte interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado reiteradamente sobre la violación del derecho a la integridad, especialmente en casos de torturas y casos crueles e incluso en desapariciones de ciudadanos, creando una jurisprudencia original no muy lejana de la elaborada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹³.

ciente para vivir a nivel individual y familiar, estamos, en definitiva, reclamando condiciones de vida que nos permitan desarrollar nuestra dignidad como personas, que es la base para sentir cubiertas las necesidades o exigencias del llamado derecho a la integridad personal, tanto física como psíquica.

¹⁰ El art. 15 de la Constitución Española de 1978 dice: «*Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral sin que en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos y degradantes...*».

¹¹ Así sucede en los artículos 3 («*Todo individuo tiene derecho a la vida y a la seguridad de su persona*») y 5 («*Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos y degradantes*») de la *Declaración Universal de Derechos Humanos* de 1948. Lo mismo sucede en el art. 2.1 y art. 3 de la *Convención de Salvaguardia de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales* de 1950 y en el art. 6.1 y art. 7 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* de 1966.

¹² El Pacto de San José de Costa Rica fue aprobado el 22 de noviembre de 1969. Un mejor estudio del mismo puede realizarse en GARCÍA RAMÍREZ, S., *Los derechos humanos y la jurisdicción interamericana*, Universidad Nacional Autónoma de México, 2002; también en HERNÁNDEZ LEDESMA, H. *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Aspectos institucionales y procesales*, San José de Costa Rica 1996.

¹³ Véase GARCÍA RAMÍREZ, S. en «El futuro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos» en la obra coordinada por él mismo *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2001, pp. 1137.

2.2. Derechos para la subsistencia e integridad moral

Pero no podemos olvidar que junto al valor de la vida física o biológica y de la salud corporal y de todos aquellos medios que son indispensables en el ámbito de la sociedad para sustentarla, se sitúa el valor de la vida y de la integridad moral «como una realidad totalmente inseparable de la primera, por cuanto el hombre es en sí mismo una irrompible unidad, coherente y dinámica, aunque de naturaleza bidimensional. Consecuentemente, en virtud de su calidad de ser consciente de sí mismo y de su alto valor posicional dentro del entorno social, la persona individual se ha constituido inevitablemente en una instancia de exigencias psíquicas de autoidentificación y de estima social. Y este importante dato es el que ha hecho que, ya desde antiguo, se garantice la inviolabilidad de la correspondencia y del domicilio y de que, más recientemente, se haya ampliado considerablemente el elenco de derechos que protegen el ámbito de la personalidad, la intimidad y el buen nombre, en cuanto que tales realidades son elementos constitutivos de la vida integral del individuo»¹⁴.

«Pues bien todos estos derechos tienden, fundamentalmente, a la protección de la integridad del individuo en su dimensión espiritual, desde el punto de vista de su natural y constitutiva participación en la vida social del grupo. Así que, de modo inmediato, están comprometidos en garantizar la supervivencia social del sujeto. Pero, puesto que los seres humanos son hombres en la medida en que nacen y se desarrollan dentro de la sociedad, ha de entenderse que estos derechos quedan también directamente vinculados a la protección de la vida humana en su núcleo central y más profundo»¹⁵.

Podríamos incluir en el grupo de los derechos a la integridad moral no sólo los relativos a la integridad psíquica y moral (intimidad, respeto, honor...) sino también todos aquellos que se refieren a la constitución, desarrollo y perfeccionamiento de la persona, tanto a nivel individual como social. Desde esta perspectiva estaríamos refiriéndonos, entre otros, a los siguientes derechos: derecho al nombre, al desarrollo de la personalidad, al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la nacionalidad, a la educación, a la información, al respeto a la propia cultura, a la integridad moral, a la intimidad, al honor, a la inviolabilidad de domicilio, a la inviolabilidad de la correspondencia etc. El Pacto de San José de Costa Rica, como hemos visto establece el reconocimiento de la integridad física y al mismo tiempo, de manera expresa reconoce la integridad psíquica y moral.

Es un hecho por todos reconocido y constantemente afirmamos, con razón, que todo ser humano tiene derecho a una vida digna. Diríamos que el derecho a la inte-

¹⁴ DE CASTRO CID, B., *Introducción al estudio de los Derechos Humanos*, Editorial Universitas, Madrid 2003. En las páginas 266 a 278 realiza un estudio pormenorizado y profundo de una serie de derechos que, en su conjunto, tratan de salvaguardar la subsistencia e integridad moral. Analiza los derechos de identidad personal (como el derecho al nombre, a la nacionalidad y el derecho al reconocimiento de la personalidad) y los derechos de integridad moral propiamente dichos (como el derecho al honor, el derecho a la intimidad, a la inviolabilidad del domicilio y a la inviolabilidad de la correspondencia).

¹⁵ DE CASTRO CID, B., *Introducción al estudio de los Derechos Humanos*, cit., p. 251.

gridad personal trata de garantizar todo ese cúmulo de valores de la vida personal y social que hacen que el individuo disfrute de una vida auténticamente digna. Pues bien, sintetizando, el derecho a la integridad personal resalta por un lado el derecho a la vida, el mero hecho de vivir desde una consideración puramente biológica (integridad física) y el derecho a la dignidad personal y social en la forma en que se manifiesta la existencia humana (derecho a la integridad moral).

3. EL DERECHO A LA INTEGRIDAD PERSONAL EN EL ÁMBITO DE LA MEDICINA Y DE LA BIOLOGÍA

3.1. Nuevas investigaciones médicas, nuevas situaciones, nuevos problemas

Pero el tema que hoy nos ocupa no es una problemática genérica sobre el derecho a la integridad personal sino que debemos acotar el espacio y referirnos a dicho derecho en el ámbito de la Medicina y de la Biología y más concretamente con referencia al espacio de la Unión Europea.

No olvidemos que, junto a los problemas tradicionales en torno a la protección de la vida humana y su dignidad, en la actualidad han surgido otros que plantean nuevos retos a los derechos humanos, que tienen una incidencia determinante, como veremos, en el ámbito de lo que puede considerarse la integridad tanto física como moral de los seres humanos.

En efecto, a nadie se le oculta que, en las últimas décadas del siglo XX y en lo que llevamos transcurrido del siglo XXI, la humanidad ha experimentado un avance vertiginoso en el desarrollo de las ciencias biomédicas. Y, sin duda, la principal aspiración y la única justificación de todas las investigaciones biomédicas se encuentra en la preocupación y la necesidad que tiene el hombre de afrontar y curar las graves enfermedades que acosan a todos los seres humanos¹⁶. Esta preocupación científica, gestada ya en las últimas décadas del siglo XX y desarrollada de manera galopante durante los últimos años, ha comenzado a producir sus mejores frutos en los albores del tercer milenio. Entre los principales retos de la Medicina del este siglo XXI se encuentran la prevención, diagnóstico y tratamiento de las principales enfermedades. Sin duda, contribuirá a ello el conocimiento del «*genoma humano*»¹⁷ y todas las

¹⁶ El «*homo sapiens*» de nuestro tiempo es autoconsciente, se ha creído, en serio, que realmente está a su alcance el conocimiento profundo de lo que es el ser humano, el descubrimiento de su constitución molecular y de su genoma.

¹⁷ El proyecto «*Genoma Humano*» se inició en 1990. Este proyecto se ha desarrollado fundamentalmente –y siguen sus investigaciones– en Estados Unidos, Francia, Gran Bretaña, Alemania y Japón. No obstante cabe advertir que también han participado en el Proyecto investigadores de otros países. En este sentido hay que destacar la figura del científico español D. Santiago GRISOLÍA que, durante mucho tiempo, fue el Presidente de la Comisión de la UNESCO del Proyecto Genoma Humano. Su objetivo ha sido conseguir la secuencia del Genoma Humano y, aunque, según la planificación inicial, se preveía finalizarlo en el año 2005, los rápidos avances en la investigación permitieron adelantar los primeros resultados en julio de 2001. Evidentemente las investigaciones continúan y como consecuencia

aplicaciones biotecnológicas que tal descubrimiento lleva consigo. Se trata de un hallazgo trascendental para la historia de la Medicina, pues existe una opinión generalizada de que el futuro de ésta se encuentra precisamente en las terapias génicas¹⁸, terapias que pueden incidir de manera importante en la integridad física y moral de los seres humanos y, por tanto en el derecho a la integridad personal. A partir de ahora dispondremos de una mayor y mejor información sobre los factores genéticos implicados en muchas de las enfermedades que más preocupan a los seres humanos de nuestro tiempo: alzheimer, diabetes, enfermedades psiquiátricas como la anorexia, la bulimia, la depresión, la ansiedad y la esquizofrenia, etc.

Los descubrimientos realizados en el ámbito de la Medicina y los avances experimentados en el campo de la Biotecnología han generado grandes expectativas para toda la humanidad. Sus resultados y beneficios ya han comenzado a evidenciarse en algunos campos concretos, por ejemplo, el progreso en las técnicas de fertilización humana asistida (inseminación artificial, generación «*in vitro*», congelación y utilización de óvulos fecundados, elección y selección de sexo, etc.)¹⁹ ha llevado a mu-

de sus aplicaciones a la Medicina y a la Biotecnología comienzan a vislumbrarse los primeros resultados científicos. Para aproximarse al conocimiento del Proyecto Genoma Humano, entre la abundante bibliografía existente puede verse: En primer lugar «*La Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos*» de la UNESCO, 1997; APARISI MIRALLES, Ángela, *El Proyecto Genoma Humano: algunas reflexiones sobre sus relaciones con el Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia 1997; BLÁZQUEZ RUIZ, Javier, *Derechos Humanos y proyecto Genoma*, Editorial Comares, Granada, 1999; LEE, Thomas F., *El Proyecto Genoma Humano*, Gedisa, Barcelona 2000 (traducción de José A. ÁLVAREZ; Revista de *Derecho y Genoma Humano*, Fundación BBV, Bizkaia.

¹⁸ Para un mejor estudio de las terapias génicas es imprescindible asomarse al excelente y documentado estudio realizado por Íñigo DE MIGUEL BERIAÍN «Terapias génicas: un estudio ético-jurídico», en la obra colectiva *Bioética, Filosofía y Derecho*, Publicaciones de la UNED, Melilla 2004, pp. 221-250.

¹⁹ Resulta inagotable la bibliografía generada en los últimos años en torno a los problemas de la vida humana y especialmente de la revolución que ha supuesto la posibilidad de la fecundación «*in vitro*» con cuantos beneficios y temores suscita a la vez. Son de especial interés las varias investigaciones realizadas por el profesor Rafael JUNQUERA DE ESTÉFANI sobre las técnicas de reproducción humana asistida. Entre ellas quiero destacar su brillante trabajo «Las Técnicas de Reproducción Humana Asistida y la Dignidad en el inicio de la vida» en obra colectiva *Biotecnología, Derecho y Dignidad Humana*, coordinada por Narciso MARTÍNEZ MORÁN, Editorial Comares, Granada 2003, pp. 137-168. En esta misma obra véase también el novedoso trabajo de Íñigo DE MIGUEL BERIAÍN «Necesidad de redefinir el embrión Humano». Véase también de R. JUNQUERA DE ESTÉFANI «¿Existe un derecho a la reproducción?» en *Moralía (revista de ciencias morales)*, Instituto Superior de Ciencias Morales, Vol. XXVII, nº 101, 2004, pp. 35-60. Otros libros que pueden orientarnos y aclarar nuestras dudas al respecto son: ABEL, F., BONE, E. y HARVEY J. C., Edits. *La vida humana: Origen y desarrollo (Reflexiones bioéticas de científicos y moralistas)*, Universidad de Comillas (Madrid) e Instituto Borja de Bioética (Barcelona), 1989; RODRÍGUEZ LUÑO, A. y LÓPEZ MONDÉJAR, R., *La fecundación «in vitro»*, Ediciones Palabra, Madrid 1986; MONGE, Fernando, *Persona Humana y Procreación Artificial*, Ediciones Palabra, Madrid 1988; ZARRALUQUI, Luis, *Procreación asistida y Derechos Fundamentales*, Edit. Tecnos, Madrid 1988; DEXEUS TRIAS DE BES, José M., «Nacer hoy» (discurso de recepción en la Real Academia de Medicina de Cataluña), Barcelona 1995; JUNQUERA DE ESTÉFANI, Rafael, *Reproducción asistida. Filosofía Ética y Filosofía Jurídica*, Ed. Tecnos, Madrid, 1998; GARCÍA MAURIÑO, José María, *Nuevas formas de reproducción humana*, San Pablo, 1998; FERNÁNDEZ DE LUJÁN, Federico, *La Vida Principio Rector del Derecho*, Dykinson, Madrid 1999; SCOLA, Angelo, *¿Qué es la vida?*, Ediciones Encuentro, Madrid 1999; JUNQUE-

chas familias la esperanza y la posibilidad de tener hijos imposibles de engendrar por la vía directa de la unión conyugal. Con el descubrimiento del genoma humano se abre el camino a múltiples terapias curativas y predictivas (diagnóstico prenatal, el cribado genético, etc.) que pueden eliminar o disminuir los efectos de muchas enfermedades²⁰. La ingeniería genética (a través de la manipulación genética y la investigación con células madre y con células embrionarias)²¹ impulsa y posibilita la generación de tejidos y órganos que revolucionarán, sin duda, toda la tecnología de los trasplantes en seres humanos. Y cabe la posibilidad de desarrollar una ingeniería genética de mejora²² con todos los peligros que puede suponer la modificación sin control de los genes humanos, porque ello supondría converger en la eugenesia a través de la modificación genética, lo que incidiría directamente en una agresión a la integridad de la persona humana. Pero lo cierto es que, en los próximos años la biotecnología se desarrollará, sin duda, hasta cotas insospechadas²³.

Los avances farmacológicos, aunque en ocasiones plantea serios problemas su utilización y suministro²⁴, y las nuevas técnicas de reanimación y tratamiento del dolor permitirán una vida más digna al enfermo terminal, posibilitando incluso un cambio en las actitudes y los planteamientos frente a la eutanasia²⁵.

RA DE ESTÉFANI, Rafael, «El embrión humano: una realidad necesitada de protección», *Revista Genoma Humano*, nº 12, enero-junio 2000, pp. 31-45; AA.VV. *El destino de los embriones congelados*, Fundación Universitaria Española, Madrid 2003; DE MIGUEL BERIAÍN, I. *El embrión y la Biotecnología. Un análisis ético-jurídico*, Comares, Granada, 2004.

²⁰ Pueden verse los estudios realizados por la Asociación Española de Derecho Sanitario, recogidos en las publicaciones de la Fundación MAPFRE MEDICINA, especialmente los referidos al IV, V, VI y VII Congresos Nacionales de DERECHO SANITARIO, correspondiente a los años 1998, 1999, 2000 y 2001.

²¹ Sobre esta cuestión recomendamos «El problema de la investigación con embriones y células madre y la dignidad humana» de Natalia LÓPEZ MORATALLA en obra colectiva *Biotecnología, Derecho y Dignidad Humana*, COOR. Narciso MARTÍNEZ MORÁN, cit., pp. 169, 210.

²² Sobre la ingeniería genética de mejora véase el excelente y original, a la vez que perfectamente argumentado trabajo de Íñigo DE MIGUEL BERIAÍN «Ingeniería genética de mejora», *Moralía (Revista de ciencias morales)*, Instituto superior de Ciencias Morales, Vol. XXVIII, nº 105, 2005, pp. 33-64. El autor presenta argumentos éticos a favor y en contra de la ingeniería genética de mejora y concluye que es una práctica peligrosa para el futuro de la humanidad que debe ser evitada, y no sólo por la posible aparición de patologías, sino por otras consideraciones como la ruptura de la igualdad básica de todas las personas o la limitación de libertad que supone toda práctica eugenésica. Todo ello ilustrado a la luz del Convenio de Oviedo del Consejo de Europa y la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos de la UNESCO.

²³ Véase AA.VV. *Biotecnología*, Fundación Universitaria San Pablo CEU, Madrid, 1986; LACADENA Juan R., GRACIA DIEGO, VIDAL MARCIANO y ELIZAR F. Javier, *Manipulación genética y moral cristiana*, Fundación Universitaria San Pablo CEU, Madrid 1988; SÁNCHEZ MORALES, María R. *Impactos sociales de la Biotecnología*, UNED, 1996; GAFO Javier (editor), *Fundamentación de la Bioética y Manipulación Genética*, Publicaciones de la U. Pontificia de Comillas, Madrid, 1998; GAFO Javier (editor), *Ética y Biotecnología*, Publicaciones de la U. Pontificia de Comillas, Madrid, 1993; VEGA GUTIÉRREZ y OTROS, *Experimentación Humana en Europa*, Universidad de Valladolid, 1997.

²⁴ Véase LÓPEZ GUZMÁN, J., *Objeción de conciencia farmacéutica*, Ediciones Internacionales Universitarias, Barcelona, 1997.

²⁵ Especial interés tienen al respecto todos los trabajos publicados por Ana M^a MARCOS DEL CANO sobre la eutanasia y cuidados paliativos; entre ellos cabe citar su excelente artículo «Cuidados paliati-

En efecto, estos y otros muchos ejemplos constituyen una demostración patente de que, durante las últimas décadas del siglo XX, las ciencias biomédicas han experimentado un avance vertiginoso con descubrimientos de vital trascendencia para los seres humanos, que han revolucionado todas las concepciones éticas y jurídicas acerca de las condiciones en que deben desarrollarse las investigaciones llevadas a cabo en las ciencias sobre la vida humana, porque, junto a los grandes beneficios que todos los progresos y descubrimientos suponen para la humanidad, se ha incrementado también la incertidumbre sobre los problemas potenciales que afectan a la propia especie humana. Por esta razón, en el panorama de las ciencias sobre la vida del hombre se ha desarrollado al mismo tiempo –y destaca hoy con fuerza– el estudio de la «Bioética». Su ámbito de estudio o contenido nos viene suministrado por los datos de las ciencias de la vida, como la Biología, la Medicina, la Genética, la Antropología, la Sociología... y todos los experimentos y actuaciones que plantea el cuidado de la salud y la vida individual y social del ser humano, contemplados desde la perspectiva de la moralidad en ellos imbricada. Pero lo que la ha elevado al primer plano de la actualidad han sido los rápidos avances de las ciencias Médicas y Biológicas.

Nadie duda hoy que algunas investigaciones biomédicas se sitúan en la frontera de la Ética y del Derecho generando un cierto grado de oposición cuando no rechazo, pues como ha afirmado LÓPEZ ARPITARTE, «es inquietante la pregunta de qué podemos físicamente hacer sin atacar los fundamentos del ser humano y su libertad. La técnica tiene hoy una potencialidad apocalíptica: su capacidad de poner en peligro la continuidad de la especie humana o de deteriorar su material genético, o simplemente de modificarlo arbitrariamente»²⁶. En efecto, al manipular directamente sobre seres humanos pueden ocasionarse agresiones genéticas que lleven incluso la destrucción de la vida humana (aborto eugenésico, eutanasia...), o a distorsionar el propio modo del ser humano (clonación) u otros atentados contra la dignidad de la persona (esterilización, contracepción, eliminación de embriones congelados, etc.), incluida

vos y Eutanasia: especial referencia a la legislación belga» en la obra colectiva que ella misma ha coordinado *Bioética, Filosofía y Derecho*, citada, págs. 207-220. De la misma autora «Las voluntades anticipadas: Problemática jurídica» en la primera edición de esta misma obra, *Algunas cuestiones de Bioética y su regulación jurídica*, págs. 217-242. Otras obras de interés son: DE REMIRO VELÁZQUEZ, F., *La eutanasia y la humanización de la medicina*, Gráficas Andrés Martín, Valladolid, 1991; POLLARD BRAIAN, *Eutanasia*, RIALP, Madrid, 1991; VICO PEINADO, J., *Dolor y muerte humana digna*, San Pablo, Madrid, 1995; CONFERENCIA EPISCOPAL ESPAÑOLA, *La eutanasia*, Ediciones Paulinas, Madrid, 1993; OLLERO Andrés, *Derecho a la vida y derecho a la muerte*, Ediciones RIALP, Madrid, 1994; GARCÍA-MAURIÑO, J. María, *Otras formas de morir*, San Pablo, Madrid, 1998; HURTADO OLIVER JAVIER, *El de Derecho a la vida ¿y a la muerte?*, E. Porrúa, México, 1999; MARCOS DEL CANO, Ana M^a, *La Eutanasia (Estudio filosófico-jurídico)*, UNED y Marcial Pons, Barcelona, 1999; «Eutanasia, Ayuda al suicidio y profesionales de la medicina», *Cuadernos de Bioética*, N^o 44, Santiago de Compostela, 2001; PAREJO GUZMÁN, M. J. *La eutanasia ¿un derecho?*, Cuzur Menor, Aranzadi 2005; RECUERO, J. R. *La eutanasia en la encrucijada. El sentido de la vida y de la muerte*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2004. Sobre la cuestión de la eutanasia merece una consideración especial el magnífico estudio de H. KÜNG y W. JENS *Morir con dignidad, un alegato a favor de la responsabilidad*, Madrid, Trotta, 2004.

²⁶ LÓPEZ AZPITARTE, E., «La libertad de investigación: problemas éticos» en *Fundamentación de la Bioética y manipulación genética*, AA.VV., Madrid, Publicaciones de la Universidad Pontificia de Comillas. 1988, pag. 229.

la propagación deliberada de enfermedades²⁷. Contraer enfermedades causadas por gérmenes invisibles es un temor universal de los seres humanos de nuestro tiempo.

Es cierto que los progresos en el ámbito de la Biotecnología despiertan grandes esperanzas. La humanidad se beneficia de múltiples formas si las actuales investigaciones logran hallar, por ejemplo, métodos para descomponer de manera inocua los residuos tóxicos, fabricar medicamentos o vacunas que salven vidas humanas y aumentar la producción de alimentos en las zonas más empobrecidas del planeta. Pero estos avances pueden significar también un peligro para la humanidad y para nuestro medio ambiente si no se ejerce un control adecuado, si se utilizan para realizar experimentos con seres humanos de manera irracional o si se usan como medios para hacer la guerra²⁸, sembrar el terror o cualquier otro fin hostil. Hay constancia cierta de que en algunos laboratorios universitarios, industriales o militares, hay científicos que pueden estar impulsando, con total ignorancia o voluntaria indiferencia, pero con una incomprensible –yo diría que intolerable– impunidad, investigaciones gravemente atentatorias contra el derecho a la integridad física y moral de los seres humanos cuyos resultados podrían acarrear graves consecuencias para toda la humanidad²⁹.

3.2. Biotecnología, Ética y Derecho

Todos los citados, y muchos otros, han sido problemas de debate en el final del siglo XX y siguen siéndolo en el inicio de este nuevo siglo. En los últimos años estamos probablemente asistiendo a la revolución más trascendental para la historia del hombre y de la humanidad. No es exagerado afirmar que nos encontramos ante una auténtica revolución de la Biología, la Medicina y la Biotecnología que lanzan un reto decisivo a la humanidad y ante la cual la Ética y el propio Derecho no pueden

²⁷ Hoy es posible la propagación deliberada de ciertas enfermedades, como la fiebre tifoidea, el carbunco, la viruela, etc. con ánimo de sembrar el terror, causar daño o provocar muertes; es posible la alteración de los agentes de enfermedades existentes para hacerlas más nocivas; es posible el desarrollo futuro de agentes biológicos étnica o racialmente específicos; pueden utilizarse nuevos métodos para la programación secreta de agentes biológicos que se producen naturalmente, a fin de alterar, en las poblaciones destinatarias, procesos fisiológicos tales como la conciencia, el comportamiento o la fertilidad durante años; e incluso la producción de agentes biológicos para atacar la infraestructura agrícola o industrial (la liberación, aunque fuera involuntaria de tales agentes podría tener efectos incontrolables e incalculables sobre el medio ambiente natural).

²⁸ Es evidente que, desde el fin de la Guerra Fría algunos países han seguido desarrollando armas biológicas, violando así el Derecho Internacional. Pero no sólo lo han hecho algunos gobiernos. El mundo también afronta ahora la amenaza de ataques directos contra la población civil cometidos por organizaciones no estatales.

²⁹ El Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) cuyo mandato es proteger y asistir a las víctimas en conflictos armados está alarmado por el creciente peligro de que los adelantos de la biotecnología se empleen, cada vez más, con fines hostiles. Por esta razón el CICR, en septiembre de 2002, mediante un informe titulado «*Biotecnología, armas y humanidad*» hizo un llamamiento dirigido a los Gobiernos, a los científicos, a la industria biotecnológica y a la sociedad civil, en el que puso de relieve el creciente peligro de que los avances biotecnológicos se usen de manera indebida, e instó a todos ellos a que reafirmen ciertas normas éticas, antiguas y modernas y tomen las medidas prácticas de prevención que sean necesarias.

permanecer impasibles, no pueden quedarse callados, pues no se trata de problemas pacíficos que se resuelvan fácilmente en el ámbito sosegado de la ciencia. Por ello el juicio de la Ética ha sido y sigue siendo imprescindible en cuestiones de tanta trascendencia para todos los seres humanos. La Ética y el Derecho tienen que intervenir necesariamente para iluminar el camino a los científicos³⁰.

Por ello una vez más debemos plantear el interrogante ¿Todo lo que puede hacerse técnicamente se debe hacer desde el punto de vista ético y jurídico? Se trata, sin duda, del eterno interrogante sobre la relación entre técnica y ética, entre ciencia y conciencia o si se quiere entre Ciencia, Ética y Derecho.

Los progresos en el campo de la Medicina y en las ciencias de la vida, así como las posibilidades de actuación de la Biotecnología, colocan al hombre ante situaciones nuevas, impensables hace tan sólo algunos años y nos obligan a dar respuestas diferentes a una nueva concepción de los valores humanos tradicionales. En efecto los científicos a veces se encuentran desconcertados y buscan en filósofos y juristas una respuesta a los interrogantes que la Ciencia plantea a la Ética y al Derecho. Pero al mismo tiempo debemos señalar también que la Ética y el Derecho tienen muchos interrogantes que plantear a las técnicas y al uso de los resultados de las investigaciones científicas. Por esta razón, en todos los ámbitos de la sociedad, se ha generado un debate que afecta no sólo al campo de la Biología y la Medicina, sino también al de la Ética y el Derecho, dando lugar a los estudios de Bioética y Bioderecho³¹.

Es cierto que el progreso técnico, en Biología y Medicina favorece el progreso y bienestar de la humanidad: se descubren enfermedades y tratamientos farmacológicos o técnicas específicas para su curación. Pero no es menos cierto que se producen ries-

³⁰ Ésta fue, sin duda, la intención de la obra *Algunas cuestiones de Bioética y su regulación jurídica*, magníficamente coordinada por R. JUNQUERA DE ESTÉFANI, con excelentes trabajos y reflexiones sobre los problemas éticos y jurídicos de las investigaciones biomédicas, y digo excelentes aportaciones a juzgar por la rapidez con que se agotó la primera edición. La misma intención nos mueve a quienes seguimos realizando nuevas aportaciones y reflexiones en esta segunda edición, revisando, completando y mejorando los trabajos de la primera.

³¹ Citaremos algunos escritos entre las innumerables obras que han visto la luz en los últimos años del siglo XX y primeros del siglo XXI: *Biología, desarrollo científico y ética*, Fundación Valenciana de Estudios Avanzados, 1986; MARTÍN MATEO, Ramón, *Bioética y Derecho*, Ariel, Barcelona, 1987; GUY DURAND, *La bioética*, Edit. Desclee, Bilbao 1992; VIDAL, Marciano, *Moral de la persona y Bioética Teológica*, Editorial P. S., Madrid, 8ª ed. 1991 (existen ediciones posteriores); HERRANZ, Gonzalo, *Comentarios al Código ético y Deontología médica*, EUNSA, Pamplona 1992; ROMEO CASABONA, Carlos María, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid 1994; BLÁZQUEZ, Niceto, *Bioética Fundamental*, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid 1996; AA.VV. *Materiales de Bioética y Derecho* (Edic. a cargo de María CASADO), Cedecs Editorial, Barcelona 1996; ALBURQUERQUE, Eugenio, *Bioética (una apuesta por la vida)*, Editorial CCS, 3ª ed., Madrid 1997; FEITO GRANDE, Lydia, Edit., *Estudios de bioética*, Dykinson, Madrid 1997; ANDORNO, Roberto, *Bioética y dignidad de la persona*, Edit. Tecnos, Madrid 1998; DEL BARCO, José Luis, *Bioética de la Persona*, Universidad de la Sabana, Colombia, 1998; MASIÁ CLAVEL, Juan, *Bioética y Antropología*, Comillas, 1998; HERNÁNDEZ ARRIAGA, José Luis, *Ética en la investigación biomédica*, Edit. El Manual Moderno, México, 1999; AA.VV. (coordinación de Marcelo PALACIOS), *Bioética 2000*, Ediciones NOBEL, Oviedo, 2000. GRACIA, D. «Como arqueros al blanco. Estudios de Bioética, Triacastela, Madrid 2004.

gos de carácter ético. Por ello la investigación médica, que siempre ha sido reconocida como lícita y necesaria, ha sufrido vetos por diferentes motivos, en ocasiones religiosos, y, a veces, de carácter puramente ético. Estas limitaciones se han generado fundamentalmente en el campo de la investigación clínica. A lo largo de la historia tenemos noticias de multitud de experimentos terapéuticos realizados en grupos de pacientes vulnerables: africanos, pobres, niños, ancianos, dementes..., prisioneros³². Estas investigaciones son un claro atentado a la dignidad humana pues es radicalmente inmoral investigar con seres humanos utilizándolos como medios, o, al menos, exclusivamente como medios y no como fines, según la concepción de KANT. Más aún puede ser inmoral experimentar sobre el hombre cuando pueda resultar peligroso para él aunque el resultado sea útil para otros.

Han sido numerosos los atentados que, en nombre de la ciencia, se han realizado contra la dignidad humana. De manera especial en la primera mitad del siglo XX la historia de la experimentación sobre los seres humanos ha tomado en ocasiones caminos contrarios a la dignidad humana, unas veces por un desordenado afán de contribuir al progreso de la ciencia y otras por el deseo de alcanzar un protagonismo irresponsable.

³² Recordemos los experimentos en la Alemania del Tercer Reich, que constituyeron un claro ejemplo de estos abusos. Los médicos nazis que participaron activamente en los asesinatos o tomaron parte en los experimentos con los deportados clamaron por la legitimación moral de sus actos en nombre del progreso científico. Ellos pretendieron contribuir al progreso científico mediante prácticas clínicas y de investigación al servicio de una causa indigna: depurar la raza. Sin embargo lo único que consiguieron fue la degradación del ser humano y de la propia investigación científico-médica. Y uno de los crímenes más odiosos cometidos consistió precisamente en la utilización de los deportados como cobayas para experiencias pseudomédicas. En la mayoría de los campos de concentración existían bloques de «cobayas» –así se les llamaba– especialmente preparados para estas indignas y degradantes experiencias.

Pero estos ejemplos no han sido los únicos hechos lamentables del siglo XX. Recordemos los experimentos del estudio TUSKEGEE en Alabama en 1932. En 1972 salió a la luz y se supo que, durante cuarenta años, se había estado investigando en Estados Unidos el desarrollo de la sífilis sobre un grupo de más de 400 negros pobres que padecían esta enfermedad contagiosa y, habiéndoseles diagnosticado la enfermedad, fueron mantenidos sin tratamiento para estudiar la evolución de la misma en el hombre. Dejarlos sufrir y morir en nombre de la ciencia constituye, cuando menos, un trato vejatorio e indigno para aquellos pacientes y una inmoralidad flagrante para quien realiza tales prácticas. ¿Qué ciencia puede justificar el sufrimiento y la muerte de seres humanos ante la mirada impasible de los investigadores?

En algún caso para probar determinadas vacunas se ha inoculado el virus en niños con retraso mental, obteniendo el permiso de los padres, a los que se les engañaba diciendo que los niños contraerían la enfermedad en cualquier caso y este experimento les ayudaría a su curación.

Recientemente la insólita y extravagante secta de los Raelianos, que asegura que la Tierra fue creada en un laboratorio por extraterrestres, saltándose todos los controles éticos y jurídicos, ha anunciado que, a través de la empresa Clonaid, está clonando seres humanos «como vía para alcanzar la eternidad». El Dr. italiano Severino ANTINORI, apodado por algunos medios franceses como el «ginecólogo-kamikaze» ha anunciado igualmente que se encuentra trabajando y está a punto de conseguir la clonación de seres humanos, fuera de cualquier control ético o deontológico, a pesar del aluvión de críticas recibidas por toda la comunidad científica internacional.

En páginas anteriores hemos citado ejemplos de cómo en países democráticos se vulneran los derechos de las personas en nombre de la ciencia y ponen de relieve los peligros de la investigación sin restricciones. De ahí la *necesidad de establecer y legislar determinados límites o condiciones* –prohibiciones si fuera necesario– dentro de los cuales debe realizarse toda investigación, para no incurrir permanentemente en los riesgos que estamos denunciando. Los investigadores serios así lo demandan y miran a juristas y filósofos buscando una respuesta a sus interrogantes éticos y jurídicos para no cargar sobre sus conciencias la responsabilidad de la toma de decisiones.

En la actualidad existen investigadores en el ámbito de la Biología o la Medicina de los que cabría decir que sus actividades son intrínsecamente inmorales, es decir carentes de toda ética, lo que nos obliga a replantearnos el propio concepto de la ética científica. Esto significa que en la época de la técnica y de la Bioética se está operando un cambio cualitativo que tendrá repercusiones evidentes sobre nuestra futura historia.

Para no repetir los errores y aberraciones históricas *debamos plantearnos si todo lo que es posible hacer técnicamente está permitido éticamente*. El problema por tanto es establecer qué es lo que está permitido y lo que, si llega el caso, deba prohibirse o regular las condiciones de su ejercicio. Esta decisión nos obliga a tomar partido a sabiendas de que nuestra decisión tendrá repercusiones trascendentales en las generaciones futuras. Sin duda, la existencia de la legislación actual sobre ensayos clínicos en la Comunidad Europea³³, que regula y hace especial hincapié en los aspectos éticos, si es interpretada e implementada, permitirá estimular y agilizar una investigación clínica correcta.

No faltan sin embargo opiniones contrarias que afirman que el intento de controlar la ciencia como tal es pernicioso e inútil y que las acciones deben encaminarse al control de los hombres de ciencia y de las aplicaciones de la misma.

En cualquier caso nos encontramos, como puede verse, ante un tema para el debate, pues la actividad investigadora, como cualquier otra actividad humana, tiene un gran potencial para promover y conseguir inmensos beneficios para el ser humano, pero también puede acarrear enormes males: por un lado la indiscutible capacidad para mejorar la vida del hombre, por otro su capacidad manipuladora, al servicio de los poderes que financian las líneas de investigación y que controlan por lo tanto la ciencia y sus aplicaciones. Es un atentado grave contra la dignidad del ser humano como individuo y como colectivo, un atentado contra la humanidad, el que la evolución del ser humano esté al servicio de la economía, de las ambiciones de los diferentes poderes, del enriquecimiento de empresas poderosas con capacidad para pagar las investigaciones. Aún más grave resulta el que haya investigadores que se presten a ello.

En consecuencia, en nombre de la dignidad y de los Derechos Humanos, desde la Ética y el Derecho, deben exigirse determinadas condiciones y establecerse los lí-

³³ De manera especial el «*Convenio para la protección de los Derechos Humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina*», conocido como el Convenio de Asturias de Bioética por haber sido aprobado en Oviedo el 4 de abril de 1997. A él nos referiremos posteriormente.

mites precisos para impedir intenciones torcidas y fines bastardos. Las nuevas tecnologías, en ningún caso, pueden volverse contra el hombre sino que deben aportar beneficios y servir a mejorar la calidad de la vida humana. No es posible olvidar que las consecuencias de la actividad científica y tecnológica, hoy más que nunca, afectan a la sociedad en su conjunto, a la humanidad entera y al futuro de la propia humanidad.

De ahí que toda la humanidad deba estar representada para tomar decisiones, sin que sea lícito dejar en las exclusivas manos de los científicos, de los grupos de intereses o las naciones más industrializadas las discusiones y las decisiones sobre estos problemas.

Ahora bien, sin perder de vista lo anteriormente expuesto, también hay que hacer un llamamiento a la prudencia. Debemos evitar tanto el entusiasmo irracional como el pánico. Si bien es cierto que deben regularse las prácticas científicas, para no caer en irresponsabilidades y en daños irreparables para la humanidad, no es menos cierto que los beneficios que de ellas vamos a obtener supondrán una auténtica revolución de nuestra propia existencia, obligándonos a repensar múltiples aspectos de la misma, sin que ello nos permita caer en una especie de deificación de la ciencia como si de un poder absoluto se tratara, actitud muy extendida, por cierto, en nuestros días, pues –como ha afirmado el Dr. GÓMEZ SANCHO– «todos estos avances han generado en la sociedad una especie de delirio de inmortalidad, otorgando al médico una sabiduría, omnipotencia y omnisapiencia que, lógicamente, no posee»³⁴.

Después de todo lo dicho ha llegado el momento de preguntarnos ¿Hasta dónde debe permitirse la manipulación sobre el ser humano? ¿Qué papel desempeña la dignidad humana en el debate sobre las nuevas tecnologías de las ciencias biomédicas? ¿Pueden establecerse límites a las investigaciones médicas? Si queremos arriesgarnos a aventurar algún tipo de límite veremos que la respuesta a este último interrogante es casi unánime: *La investigación científica tiene como único límite la dignidad humana y el respeto a los Derechos Humanos*³⁵. En efecto *el límite fundamental es el respeto a la dignidad humana y tal vez la finalidad perseguida con la propia investigación que ha de servir, en todo caso, para el beneficio y mejora de la calidad de vida de los seres humanos. La investigación nunca será justificable si única o prioritariamente sirve para la destrucción del ser humano*³⁶.

³⁴ GÓMEZ SANCHO, Marcos (Presidente del Colegio de Médicos de las Palmas), *Los cuidados paliativos en V Congreso de Derecho Sanitario*, Fundación Mapfre Medicina, Madrid 1999, pág. 129.

³⁵ Sobre esta cuestión véase MARTÍNEZ MORÁN, N. «Los Derechos Humanos como límite a la libertad en las investigaciones biomédicas», en *Bioética y bioderecho. Reflexiones jurídicas ante los retos bioéticos* de R. JUNQUERA DE ESTÉFANI coord., Editorial Comares, Granada 2008, págs. 61-94; MARTÍNEZ MORÁN, N., «La protección jurídica del derecho a la intimidad en el ámbito de las investigaciones biomédicas», en la misma obra, págs. 95-127.

³⁶ Recordemos aquí el gran debate internacional planteado en la actualidad sobre las armas de destrucción masiva (químicas y bacteriológicas) que constituyen un grave peligro para toda la humanidad. Sobre las conciencias de muchos investigadores aún resuenan las palabras del creador de la bomba atómica, J. Robert OPPENHEIMER: Antes del lanzamiento de la bomba atómica había dicho que cuando uno ve algo que técnicamente es hermoso sigue adelante hasta conseguirlo. Después de lanzar la bomba

Cuando anteriormente nos hemos referido al *derecho a la integridad personal* como un derecho genérico de libertad surgido ya en el ámbito de los derechos de primera generación, vimos que las declaraciones generales de derechos lo garantizan, unas de manera explícita, otras de forma implícita al prohibir los tratos inhumanos y degradantes. Pero el derecho a la integridad de la persona cobra una nueva dimensión en las últimas décadas del siglo XX y principios del siglo XXI, cuando las nuevas investigaciones y tecnologías biomédicas afectan y ponen en riesgo determinados ámbitos de la integridad física y psíquica de los seres humanos. Tanto es así que algunos autores lo consideran como un nuevo derecho, inserto en los derechos llamados de tercera generación, entre los que se encuentran los derechos derivados de las nuevas investigaciones médicas y sus aplicaciones biotecnológicas.

Pues bien, ante la imposibilidad de realizar un análisis exhaustivo del derecho a la integridad personal desde una perspectiva genérica en todas las declaraciones de derechos, en las páginas que siguen, intentaremos reflexionar sobre la cobertura jurídica que la Unión Europea ofrece al derecho a la integridad personal. Y lo haremos ciñéndonos exclusivamente a la integridad personal en el ámbito de la Medicina y la Biología.

4. EL DERECHO A LA INTEGRIDAD PERSONAL CON RESPECTO A LA MEDICINA Y LA BIOLOGÍA EN EL ÁMBITO EUROPEO

4.1. La protección del derecho a la integridad personal en el ámbito de la Medicina y la Biología en el Convenio de Asturias

En páginas anteriores hemos expuesto, aunque de forma muy sintética las grandes posibilidades abiertas por las modernas investigaciones en el campo de la Medicina y la Biología, para la curación de enfermedades y para mejorar la calidad de vida de los seres humanos. Y decíamos que la mayoría de las investigaciones médicas y sus aplicaciones prácticas en el ámbito de la Biotecnología, de forma directa o indirecta, están afectando a la integridad física, psíquica y moral, o lo que es la mismo, la propia dignidad humana. Ante esta situación los Estados, tanto a nivel nacional como internacional, se han planteado la regulación jurídica de aquellas investigaciones o prácticas cuya realización plantea problemas éticos y jurídicos, prohibiendo determinadas conductas, investigaciones y experimentos que son reprobables o de dudosa eticidad.

En este sentido ya el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966, en su artículo 7 establece la siguiente prohibición: «*En particular nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos*». Pero desde el año 1966

atómica declaró ante el *Institute of Technology de Massachusetts*: «De una manera brutal, que no puede ser desconocida, los físicos hemos conocido el pecado y este es un conocimiento que no se puede desconocer».

los avances de la Biomedicina han sido espectaculares de tal manera que muchos supuestos y situaciones actuales eran imprevisibles en aquel momento.

En la actualidad se plantean problemas nuevos que comprometen o pueden comprometer el modo de ser e incluso la propia existencia futura del ser humano: la manipulación genética, la clonación, la elección o cambio de sexo, la selección de la raza, la eutanasia, la ingeniería genética, en todas sus manifestaciones, son problemas abiertos de la Medicina actual, algunos de los cuales hay que prohibir y en otros controlar las condiciones éticas y jurídicas en que deban llevarse a cabo.

Pues bien esta fue la intención del Consejo de Europa al aprobar en 1996 el Convenio de Asturias para la protección de los Derechos Humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina³⁷. Este Convenio supone un intento por parte de los Estados europeos de establecer unas garantías mínimas contra cualquier tipo de intromisión o agresión a la integridad física, psíquica y moral de las personas, o, lo que es lo mismo, a la dignidad humana, provenientes del ámbito de las investigaciones médicas y sus aplicaciones biotecnológicas.

Pero hay que advertir dos cosas. La primera es que se trata de una protección de mínimos por parte de los Estados europeos a través del Convenio, lo que no impide sino que deja las puertas abiertas a una mayor protección por parte de cada Estado dentro del ámbito de su territorio. Así se desprende del artículo 27 del propio Convenio³⁸ según el cual cada Estado parte puede establecer una protección más amplia con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina.

La segunda es que, dado el *vertiginoso* avance de las investigaciones biomédicas del presente y las perspectivas de futuro, las Partes firmantes eran conscientes de que el Convenio no podía agotar toda la problemática surgida de las nuevas investigaciones no podría decir la última palabra sobre la protección de los derechos y de la dignidad humana en este ámbito, pues dado que muchas investigaciones *in fieri* cada día generan cuestiones nuevas, se producen nuevos frentes que mantienen el debate abierto³⁹ sobre lo que pueda hacerse o deba ser prohibido en el ámbito de la Biomedicina, tal como se contempla en el artículo 28 del Convenio de Asturias⁴⁰.

³⁷ El llamado *Convenio de Asturias sobre los Derechos Humanos y la Biomedicina* se aprobó en Oviedo el 4 de Abril de 1997 entrando en vigor en España el 1 de enero de 2000. Se trata del primer instrumento internacional con alcance jurídico que pretende regular de manera amplia y uniforme para todos los miembros del Consejo de Europa, ofreciendo una protección mínima, pero ampliable por los diversos Estados, de todos los problemas que en el ámbito de la medicina pudieran tener incidencia sobre el derecho a la integridad personal y la dignidad humana.

³⁸ Artículo 27 del Convenio de Asturias: «Las disposiciones de este Convenio se entienden sin perjuicio de la facultad que asiste a cada Parte de garantizar una mayor protección con respecto a las aplicaciones de la biología y de la medicina».

³⁹ Así lo expresa Raúl CANOSA USERA al afirmar que el «*Convenio de Oviedo es la reacción del Consejo de Europa frente a los avances de la Biomedicina y deja, además la puerta abierta al debate público respecto de sus implicaciones éticas, jurídicas, sociales, económicas y médicas*», en su obra *El derecho a la integridad personal*, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2006, p. 53.

⁴⁰ Artículo 28 del Convenio de Asturias: «*Las Partes velarán porque las cuestiones fundamentales planteadas por el desarrollo de la biología y de la medicina sean debatidas públicamente y de manera*

Pues bien, aunque es imposible realizar un estudio pormenorizado relativo la protección de derechos en el ámbito de la Medicina y la Biología plasmadas en el Convenio de Asturias, no podemos pasar por alto algunas de las cuestiones más importantes respecto al derecho a la integridad personal. En este sentido comenzaremos diciendo que los Estados parte ya en primer artículo del Convenio quisieron plasmar un objetivo⁴¹ claro, a saber: *la protección del ser humano en su dignidad y su identidad así como garantizar a toda persona el respeto a su integridad y a los demás derechos fundamentales, siempre, claro está, respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina*. Y para conseguir tal finalidad, partiendo del reconocimiento genérico del derecho a la libertad de investigación médica y biológica recogida en el artículo 15⁴², «*algunas prácticas se prohíben taxativamente y otras se encauzan para que su realización sea respetuosa con los derechos del afectado asegurando que éste preste su consentimiento*»⁴³.

En efecto, en el Convenio de Asturias se establecen determinadas prohibiciones y condiciones a tales investigaciones en aras de la protección del ser humano, tal como se establece en el artículo 2: «*El interés y el bienestar del ser humano deberán prevalecer sobre el interés exclusivo de la sociedad o de la ciencia*».

En consecuencia debemos resaltar dos aspectos importantes en el Convenio: en primer lugar, la afirmación genérica de la libertad de investigación en el ámbito de la Biología y la Medicina, tal como establece el artículo 15 y, en segundo lugar, el consiguiente sometimiento a las prohibiciones y restricciones establecidas en el propio Convenio y otras disposiciones jurídicas, que se deducen del propio artículo 15 y se disponen en el artículo 4, según el cual «*Toda intervención en materia de salud, incluida la investigación, deberá llevarse a cabo con observancia de las pautas y obligaciones profesionales aplicables a cada caso*».

Las restricciones se plasman en el Convenio de dos formas: a) mediante *prohibiciones expresas de determinadas investigaciones o conductas*; b) mediante *limitaciones y control de las condiciones en que algunas investigaciones y prácticas deben realizarse*. Pero tanto las prohibiciones como las limitaciones tienen un solo objeti-

adecuada, atendiendo en particular a las correspondientes aplicaciones médicas, sociales, económicas, éticas y jurídicas pertinentes, y por que sus posibles aplicaciones sean objeto de adecuada consulta».

⁴¹ Artículo 1. Objeto y finalidad: «Las Partes en el presente Convenio protegerán al ser humano en su dignidad y su identidad y garantizarán a toda persona, sin discriminación alguna, el respeto a su integridad y a sus demás derechos y libertades fundamentales con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina. Cada Parte adoptará en su legislación interna las medidas necesarias para dar aplicación a lo dispuesto en el presente Convenio».

⁴² El artículo 15 del Convenio de Asturias establece como regla general la libertad de investigación la libertad de investigación. «*La investigación científica –dice– en el ámbito de la biología y la medicina se efectuará libremente*». Sin embargo del mismo artículo se infiere que, tanto el texto del propio Convenio como otras disposiciones jurídicas pueden establecer prohibiciones y restricciones o imponer condiciones a dicha investigación; «*a reserva de lo dispuesto en el presente Convenio –añade el artículo 15– y en otras disposiciones jurídicas que garanticen la protección del ser humano*».

⁴³ Véase CANOSA USERA, R., *El derecho a la integridad personal*, cit., p. 54.

vo: la protección del ser humano, de su dignidad y su integridad personal con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina.

1º) Prohibiciones de la investigación o prácticas biomédicas

Las prohibiciones se refieren a investigaciones o prácticas médicas cuya realización está absolutamente prohibida y que, por tanto, no pueden realizarse bajo ninguna condición y en ningún caso. Siguiendo el orden del articulado de Convenio podemos observar que, en el artículo 11 *«se prohíbe toda forma de discriminación de una persona a causa de su patrimonio genético»*. El alcance de esta prohibición tiene más trascendencia de la que a primera vista puede suponerse, pues, si no se prohibiera expresamente tal discriminación genética, quedaría la puerta abierta para que las empresas y las aseguradoras contrataran o no, aseguraran o no, en función de la rentabilidad de las características genéticas de cada individuo.

El artículo 12 del Convenio⁴⁴ guarda una estrecha relación con el anterior prohibiendo las pruebas genéticas en general, salvo cuando se realizan *«con fines médicos o de investigación médica»*. Evidentemente de la interpretación conjunta de ambos artículos se infiere que los resultados de las pruebas genéticas predictivas realizadas a tenor del artículo 12 nunca podrán ser utilizadas por las empresas para realizar una selección en la contratación laboral, ni por las aseguradoras para discriminar o rechazar la contratación de un seguro personal.

Las investigaciones sobre el genoma humano, tal como hemos expuesto anteriormente, han traído la esperanza de curación de muchas enfermedades, hasta ahora incurables. Pero las intervenciones incontroladas sobre el genoma humano pueden resultar peligrosas para la integridad física y psíquica de los seres humanos y un grave atentado contra la dignidad humana. Por esta razón en el artículo 13 del Convenio se estableció que *«únicamente podrá efectuarse una intervención que tenga por objeto modificar el genoma humano por razones preventivas o terapéuticas»*⁴⁵. Quedan, por tanto, prohibidas cualquier otro tipo de intervenciones y, de manera especial, aquellas que tengan por finalidad la introducción de una modificación en el genoma de la descendencia. De esta prohibición se deduce que está prohibida la clonación reproductiva, así como la selección racial o la selección a la carta de la descendencia, por entender que todas estas prácticas suponen una agresión al menos a la integridad psíquica y moral y atentan contra la dignidad humana. Del propio artículo 13 se deduce también que estaría incluso prohibi-

⁴⁴ Artículo 12. Pruebas genéticas predictivas. *«Sólo podrán hacerse pruebas predictivas de enfermedades genéticas o que permitan identificar al sujeto como portador de un gen responsable de una enfermedad, o detectar una predisposición o una susceptibilidad genética a una enfermedad, con fines médicos o de investigación médica y con un asesoramiento genético apropiado»*.

⁴⁵ Artículo 13: *«No se admitirá la utilización de técnicas de asistencia médica a la procreación para elegir el sexo de la persona que va a nacer, salvo en los casos en que sea preciso para evitar una enfermedad hereditaria grave vinculada al sexo»*.

da la selección del sexo, la cual se refuerza con la prohibición expresa de la misma en el artículo 14⁴⁶.

Se prohíbe también la creación de embriones humanos con fines de experimentación. Así se establece en el artículo 18.2. Sin embargo, en el punto uno de este mismo artículo se deja la puerta abierta para que pueda admitirse la experimentación con embriones «*in vitro*», con la condición de que, en estos casos, quede adecuadamente garantizada la protección del embrión. Nada se dice acerca de la creación de embriones «*in vitro*», por lo que se deduce que pueden crearse con fines reproductivos pero no con la exclusiva finalidad de experimentación.

La última de las prohibiciones expresas la encontramos en el artículo 21 según el cual «*el cuerpo humano y sus partes, como tales, no deberán ser objeto de lucro*». Ello implica que ninguna de las partes, ni la totalidad del cuerpo humano pueden ser objeto de comercio. Más aún la prohibición se extiende a cualquier tipo de lucro, beneficio o aprovechamiento que se pretenda obtener a cambio del cuerpo humano o de cualquiera de sus partes.

2º) *Limitaciones y condiciones para la investigación y prácticas biomédicas*⁴⁷

Y, junto a las prohibiciones que acabamos de analizar, el Convenio establece algunas limitaciones a la libertad de investigación. Tales limitaciones significan que la investigación está permitida pero debe someterse al cumplimiento de determinadas exigencias o condiciones, referidas la mayoría de ellas a la prestación del consentimiento libre e informado por parte de los sujetos pasivos sobre los que recaen dichas prácticas. Las condiciones o exigencias referidas al consentimiento en el ámbito de las investigaciones y experimentos científicos vienen establecidas en el Capítulo II (artículos 5 a 9) del Convenio y en los artículos 16 y 17 que corresponden al Capítulo IV. Las condiciones o exigencias del consentimiento informado relativas a la extracción de órganos y de tejidos de donantes vivos para trasplantes se contienen en el Capítulo VI (artículos 19 y 20).

En todas aquellas investigaciones y prácticas médicas que están permitidas pero que han de ser realizadas sobre un sujeto pasivo concreto se requiere, como norma general, el consentimiento libre e informado de dicho sujeto (artículo 5)⁴⁸. Para llevar a cabo la extracción de órganos y de tejidos de donantes para trasplantes, además del consentimiento libre e informado, se requieren, tal como se establece en el artí-

⁴⁶ Artículo 14: «*No se admitirá la utilización de técnicas de asistencia médica a la procreación para elegir el sexo de la persona que va a nacer, salvo en los casos en que sea preciso para evitar una enfermedad hereditaria grave vinculada al sexo*».

⁴⁷ Véase la reciente obra *Biotechnología, desarrollo y justicia* de C. M. ROMEO CASABONA, Ed. Editorial Comares, Granada 2008 en la que además de los problemas tradicionales sobre la biotecnología diferentes autores la analizan desde la incidencia de la globalización, y se estudian problemas como el genoma humano como patrimonio de la humanidad, la especie humana como sujeto de protección ante los avances biotecnológicos, etc.

⁴⁸ Artículo 5 del Convenio de Asturias: «*Una intervención en el ámbito de la sanidad sólo podrá efectuarse después de que la persona afectada haya dado su libre e informado consentimiento*».

culo 19⁴⁹, otras dos condiciones. La primera, que se realice realmente en interés terapéutico del receptor y, la segunda, que no exista un órgano o tejido apropiados de una persona fallecida u otra técnica alternativa con eficacia comparable.

El Convenio manifiesta una especial preocupación por garantizar la integridad física y psíquica así como la dignidad de un grupo de personas especialmente vulnerables. Se trata de aquellos que no tienen capacidad para expresar su consentimiento. Pues bien, en relación con el consentimiento de los incapacitados se establece una condición y una prohibición⁵⁰. a) La condición se refiere a las intervenciones en personas que no tengan capacidad para expresar su consentimiento. En general sólo podrán efectuarse –a tenor del artículo 6– «cuando redunde en su beneficio directo»⁵¹. b) La prohibición viene expresada en el artículo 20 y hace referencia a la protección de las personas incapacitadas para expresar su consentimiento a la extracción de órganos. Según el Convenio⁵² «no podrá procederse a ninguna extracción de órganos

Dicha persona deberá recibir previamente una información adecuada acerca de la finalidad y la naturaleza de la intervención, así como sobre sus riesgos y consecuencias.

En cualquier momento la persona afectada podrá retirar libremente su consentimiento».

⁴⁹ Artículo 19: «1. La extracción de órganos o de tejidos para trasplantes sólo podrá efectuarse de un donante vivo en interés terapéutico del receptor y cuando no se disponga del órgano o del tejido apropiados de una persona fallecida ni de un método terapéutico alternativo de eficacia comparable. 2. El consentimiento a que se refiere el artículo 5 deberá ser expresa y específicamente otorgado, bien por escrito o ante una autoridad».

⁵⁰ Véase MARCOS DEL CANO, A. M., «La autonomía del paciente en los supuestos de incapacidad» en *Bioética y Bioderecho. Reflexiones jurídicas ante los retos bioéticos*, R. JUNQUERA DE ESTÉFANI Editor, Comares, Granada 2008, págs. 183-206. En la misma obra, y con respecto a la normativa española puede verse «El paciente y su capacidad de decidir en el ordenamiento español» de Rafael JUNQUERA DE ESTÉFANI, PAS. 129-154.

⁵¹ Artículo 6. Protección de las personas que no tengan capacidad para expresar su consentimiento: «1. A reserva de lo dispuesto en los artículos 17 y 20, sólo podrá efectuarse una intervención a una persona que no tenga capacidad para expresar su consentimiento cuando redunde en su beneficio directo. 2. Cuando, según la ley, un menor no tenga capacidad para expresar su consentimiento para una intervención, ésta sólo podrá efectuarse con autorización de su representante, de una autoridad o de una persona o institución designada por la ley. La opinión del menor será tomada en consideración como un factor que será tanto más determinante en función de su edad y su grado de madurez. 3. Cuando, según la ley, una persona mayor de edad no tenga capacidad, a causa de una disfunción mental, una enfermedad o un motivo similar, para expresar su consentimiento para una intervención, ésta no podrá efectuarse sin la autorización de su representante, una autoridad o una persona o institución designada por la ley. La persona afectada deberá intervenir, en la medida de lo posible, en el procedimiento de autorización. 4. El representante, la autoridad, persona o institución indicados en los apartados 2 y 3, recibirán, en iguales condiciones, la información a que se refiere el artículo 5.5. La autorización indicada en los apartados 2 y 3 podrá ser retirada, en cualquier momento, en interés de la persona afectada».

⁵² Artículo 20. Protección de las personas incapacitadas para expresar su consentimiento a la extracción de órganos: «1. *No podrá procederse a ninguna extracción de órganos o de tejidos de una persona que no tenga capacidad para expresar su consentimiento conforme al artículo 5.2. De modo excepcional y en las condiciones de protección previstas por la ley, la extracción de tejidos regenerables de una persona que no tenga capacidad para expresar su consentimiento podrá autorizarse si se cumplen las condiciones siguientes:*

i. si no se dispone de un donante compatible capaz de prestar su consentimiento,

o de tejidos de una persona que no tenga capacidad para expresar su consentimiento conforme al artículo 5».

Aunque es cierto que pueden darse situaciones en las que, por razones de urgencia, no pueda obtenerse el consentimiento adecuado, en caso de que, a juicio del médico sea necesario realizar cualquier tipo de intervención, ésta sólo podrá llevarse a cabo «a favor de la salud de la persona afectada»⁵³, como se dispone en el artículo 8.

Y para terminar este breve recorrido por el Convenio de Asturias, en relación con el consentimiento, quisiera reherirme a la referencia que se hace en el artículo 9 al testamento vital. Este es un instrumento en el que se permite que los individuos, ante la previsión de que en un futuro se vean incapacitados para hacerlo, expresan por adelantado en un documento su voluntad sobre cómo desea que se actúe en determinadas intervenciones que afectan a su propio cuerpo. Se trata de orientar el sentido de su voluntad y su consentimiento libremente expresados. A esta declaración anticipada es a lo que se denomina testamento vital⁵⁴.

4.2. La protección del derecho a la integridad personal respecto a las aplicaciones de la Biología y la medicina en el Tratado de Lisboa: la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea fue redactada en el año 2000 y aprobada el siete de diciembre de ese mismo año en el Consejo Europeo de NIZA, aunque entonces sin carácter vinculante. En julio de 2003 se presentó en Roma un proyecto de Constitución para Europa que incorporaba los Derechos Fundamentales de la Carta a dicha Constitución otorgándoles, ahora sí, validez jurídica. Pero la Constitución Europea no llegó a buen término al ser rechazado su proyecto en 2005 por franceses y holandeses.

El Tratado de Lisboa, surgido del difunto proyecto de Constitución Europea sustituirá al Tratado de Niza del año 2000 retomando la idea de convertir la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea en un documento jurídico de reconocimiento y garantía de los Derechos Fundamentales en ella contemplados.

Estaba previsto que la aprobación por todos los países de la UE concluyera este mismo año para que entrara en vigor en enero de 2009. Pero Irlanda alteró el proce-

-
- ii. si el receptor es hermano o hermana del donante,*
 - iii. si la donación es para preservar la vida del receptor,*
 - iv. si se ha dado específicamente y por escrito la autorización prevista en los apartados 2 y 3 del artículo 6, según la ley y de acuerdo con la autoridad competente,*
 - v. si el donante potencial no expresa su rechazo a la misma».*

⁵³ Artículo 8. Situaciones de urgencia: «Si por imperativos de urgencia fuese imposible obtener el correspondiente consentimiento, se podrá no obstante realizar de inmediato toda intervención médica indispensable para el bien de la salud de la persona afectada».

⁵⁴ Artículo 9. «Deberán tomarse en cuenta los deseos emitidos con anterioridad por el paciente que, al tiempo de la intervención, no se hallare en estado de expresar su voluntad en orden a una intervención médica».

so al rechazar el Tratado en «*Referéndum*» el 12 de junio pasado. La República Checa es otro país donde el proceso podría plantear problemas pues el Senado recurrió al Tribunal Constitucional (para asegurarse de que el Tratado es constitucional) y su euroescéptico Presidente VACLAV KLAUS está en contra de continuar el proceso de ratificación tras el «*no*» irlandés.

Pero el pasado 20 de junio los líderes de la Unión Europea decidieron en la Cumbre de Bruselas «*continuar el proceso de ratificación pese al revés que éste sufrió en Irlanda*».

El Reino Unido finalmente ha terminado su proceso de ratificación, confirmado el pasado 25 de junio de 2008 por la justicia, que rechazó la necesidad de un *referéndum*. Y el Congreso de los Diputados de España, el pasado 26 de junio de este mismo año, aprobó la Ley de ratificación del Tratado de Lisboa, que luego ratificaría el Senado para que España se convierta en el vigésimo país de la Unión Europea en adoptar el texto.

Entre las novedades del Tratado de Lisboa, por lo que se refiere al tema que nos ocupa, debemos resaltar el valor jurídico que se otorga a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Bien es cierto que su eficacia jurídica entrará en vigor cuando se cumplan todos los requisitos de ratificación y plazos requeridos para que el Tratado de Lisboa sea vigente en los Estados de la Unión.

Me parece importante destacar que, en el Tratado de Lisboa, los tres primeros artículos de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea se refieren a la *dignidad humana, al derecho a la vida y a la integridad personal*. Hay que resaltar, por tanto, que la Carta confiere un lugar preeminente al derecho de todos los seres humanos a la integridad personal, pues no debemos olvidar que, aunque de manera expresa dedica tan sólo un artículo, el artículo 3, a la integridad personal, también el artículo uno y el dos se refieren a la misma pues ninguna otra integridad es mas plena en el ámbito físico-biológico que la expresada por el derecho a la vida (artículo 2), ni podemos hablar mas genuinamente del derecho a la integridad moral que cuando nos referimos al derecho a la dignidad humanas (artículo 1 de la Carta). Podríamos afirmar también que, a partir del artículo 4º son varios los que se refieren a derechos que están directamente relacionados con la dignidad humana y, por tanto con la integridad moral de la persona.

Pero lo más novedoso y llamativo es que estos artículos recogen un conjunto de derechos y prohibiciones que guardan relación directa con la Medicina y la Biología, lo que constituye un importante cambio, que sigue el ejemplo ofrecido por algunas constituciones recientes como la Constitución de Grecia, la de Portugal y la de Suiza, es el haber reconocido el máximo rango jurídico a algunos derechos de la biomedicina, confiriéndoles un «*status*» diferenciado del derecho genérico a la integridad personal. En efecto el apartado 1 del artículo 2 de la Carta proclama que «*toda persona tiene derecho a su integridad física y psíquica*». Evidentemente de esta proclamación podrían extraerse ya consecuencias aplicables a algunas investigaciones o prácticas biomédicas, pues es indudable que todas ellas deben respetar la integridad de la persona tanto en la dimensión física como psíquica. El alcance de esta proclamación puede llegar a señalar límites a las investigaciones biomédicas

con seres humanos así como a la donación de partes del cuerpo humano para trasplantes inclusive si tienen fines terapéuticos.

Sin embargo no está claro que de este derecho pueda deducirse una prohibición absoluta a tales prácticas que podrían ser aceptables siempre que no afecten gravemente a la integridad física y se realicen mediando una previa decisión voluntaria y libremente asumida. Es cierto que la Unión Europea y sus Estados miembros mantienen una posición garantista de los Derechos Fundamentales. Pero se trata de una posición garantista que protege los derechos frente a terceros sin que al mismo tiempo imponga deberes a los propios titulares de los derechos. En este sentido cabe afirmar que la Carta de la Unión Europea no impone a los titulares de los derechos un correlativo deber de mantener la propia integridad.

Sin embargo esta interpretación tampoco nos permite extraer la consecuencia de que existe un derecho general (sin límites) que permita a los titulares del derecho disponer de la propia integridad física y psíquica, dado que algunas formas concretas de disposición de la misma han sido explícitamente prohibidas, como por ejemplo la compraventa de partes del cuerpo cuando media ánimo de lucro.

En el ámbito de la Medicina y de la Biología, que ahora nos ocupa, y, en relación con el derecho a la integridad física, sí parece tener cabida un derecho de disposición al reconocer el consentimiento libre e informado de la persona, lo que supone que en el ámbito de la Medicina y la Biología tienen cabida ciertos actos que puedan suponer incluso una disminución de la integridad física y psíquica, afectando por tanto al derecho a la integridad personal.

Como hemos dicho, en el artículo 3 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea se establece que «toda persona tienen derecho a la integridad física y psíquica. Pero una vez reconocida de forma genérica la integridad personal se establece en el apartado segundo de dicho artículo una concreción: *«En el marco de la Medicina y la Biología –dice este apartado– se respetarán en particular»:* a) *el consentimiento libre e informado de la persona de que se trate de acuerdo con las modalidades establecidas por la ley;* b) *la prohibición de las prácticas eugenésicas, en particular las que tienen como finalidad la selección de las personas;* c) *la prohibición de que el cuerpo humano o partes del mismo en cuanto tales se convierta en objeto de lucro;* d) *la prohibición de la clonación reproductora de seres humanos.*

Puede observarse que la Carta Europea de los Derechos Humanos protege la integridad física y psíquica en el ámbito de la Medicina y la Biología fijando algunos presupuestos específicos que señalan las condiciones y, a la vez, las fronteras para el ejercicio de tal derecho. En primer lugar una condición que sienta las bases objetivas de cualquier actuación positiva en la que pueda estar comprometido el derecho a la integridad personal. Dicha condición viene expresada en el apartado a) del número dos del artículo tercero y *consiste en el sometimiento de toda actuación al consentimiento libre e informado de la persona de que se trate.* Y, en segundo lugar, tres prohibiciones: La primera *la prohibición de las prácticas eugenésicas encaminadas a la selección de las personas,* la segunda *la prohibición de comerciar con el propio*

*cuerpo o partes del mismo y la tercera la prohibición de la clonación reproductora de seres humanos*⁵⁵.

Si comparamos los dos textos analizados podremos darnos cuenta de que la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea sigue básicamente los postulados del Convenio de Asturias, aunque más escuetamente formulados y siendo mucho menos prolija que éste. La razón es lógica, puesto que la Carta trata de recoger un elenco amplio de derechos mientras que el Convenio es una norma específica que pretende regular todos los problemas planteados por las investigaciones y prácticas médicas. Lo realmente importante es que, con la inclusión del derecho a la integridad en el ámbito de la Medicina y la Biología en la Carta de Derechos Humanos de la Unión Europea, ésta ha querido resaltar la importancia que, en el presente y en el futuro inmediato, tiene la regulación de todas las prácticas biomédicas para garantizar el derecho a la integridad personal y el respeto a la dignidad humana y los derechos y libertades fundamentales, dejando que las regulaciones concretas y más amplias se realicen en el marco de los Convenios específicos y de las legislaciones estatales.

Y terminamos esta exposición sin adentrarnos en los problemas sobre la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, ni en las cuestiones procesales, cuestiones brillantemente expuestas en esta misma obra por la profesora MARTA GÓMEZ DE LIAÑO, si bien quiero resaltar que el Convenio crea un Órgano o Comité Director para la Bioética (CDBI)⁵⁶.

Es evidente que, en los últimos años se ha avanzado mucho en el campo de las investigaciones biomédicas. Y no es menos cierto que también en la regulación jurídica de los problemas que plantea dicha investigación. Así se manifiesta en la preocupación de la Unión Europea por acotar y clarificar jurídicamente el marco de las investigaciones fronterizas que tratan de salvaguardar el derecho a la integridad personal en el ámbito de la medicina y la Biología. Sin embargo, al realizar este estudio pesa sobre mi ánimo una preocupación de la que quiero dejar constancia. Se trata de que la Unión Europea no ha sido capaz aún de conseguir la unanimidad sobre el reconocimiento y garantía de los derechos de la Carta de forma que un protocolo del Tratado de Lisboa dispone que la Carta no es aplicable ni tiene fuerza vinculante para el Reino Unido ni Polonia en cuanto a los derechos que no se reconocen en am-

⁵⁵ Un amplio y excelente estudio sobre la clonación, es el recientemente realizado por Iñigo DE MIGUEL BERIAÍN *La clonación diez años después*, Editorial Comares, Granada, 2008. Para el tema que nos ocupa debemos resaltar el capítulo III en el que aporta y analiza toda la normativa existente sobre la clonación, tanto a nivel internacional, como a nivel europeo y en las normativas estatales de los países más representativos de Europa, América y Asia, incluyendo, claro está la normativa española. Pero hay que resaltar sobre todo una novedad creativa y sugerente que aporta el autor. Me refiero al último apartado del capítulo en el que propone, analiza y argumenta lo que el futuro nos demanda al respecto.

Del mismo autor es también recomendable la lectura de «La clonación ¿Sueño o quimera? Un análisis ético-jurídico de la transferencia de núcleos celulares», en *Bioética y Bioderecho. Reflexiones jurídicas ante los retos bioéticos*, R. JUNQUERA DE ESTÉFANI Editor, Comares, Granada 2008, pp. 207-240

⁵⁶ Sobre esta cuestión véanse el artículo 29 y el 32 del Convenio de Asturias.

bos países⁵⁷ por lo que cabría afirmar que la protección de los derechos fundamentales en la Carta de la Unión Europea nace algo mermada. Queda por tanto sin saber cómo se aplicará la Carta al Reino Unido y a Polonia habida cuenta del Protocolo. Esta será una tarea del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

PALABRAS CLAVE: Investigaciones médicas. Biomedicina. Biotecnología. Bioética. Bioderecho. Derechos fundamentales. Dignidad humana. Integridad personal. Integridad física. Integridad psíquica. Clonación. Genoma humano. Terapias génicas. Clonación. Consentimiento informado.

RESUMEN: La libertad de investigación es un derecho fundamental, sin más límites que el respeto a los Derechos Humanos, especialmente al derecho a la integridad personal (física y psíquica) y a la dignidad humana. Por ello, la protección del derecho a la integridad de la persona, directa o indirectamente, ha sido una preocupación constante de todas las Declaraciones y Convenios Internacionales sobre Derechos Humanos, de manera especial las referidas a las actuales investigaciones y prácticas de la Medicina y la Biología. En este campo, por lo que respecta a Europa, además de la protección del derecho a la integridad personal, ofrecida en las constituciones estatales, cabe resaltar la establecida en dos documentos importantes: el llamado *Convenio de Asturias* y la *Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, recientemente incorporada al Tratado de Lisboa. En ambos documentos se protege de manera explícita el derecho a la integridad personal en el ámbito de las investigaciones y prácticas biomédicas, prohibiendo expresamente algunas prácticas y condicionando otras al consentimiento informado y libre, con especial atención al consentimiento de las personas incapaces para hacerlo.

KEY WORDS: Medical researches. Biomedicine. Biotechnology. Bioethics. Biolaw. Fundamental rights. Human dignity. Personal integrity. Physical integrity. Psychic integrity. Cloning. Genome Genic therapies. Informed consent.

ABSTRACT: The freedom of research is a fundamental right, without any more limits than the respect to the Human Rights, especially the right to personal integrity -physical and psychic- and human dignity. So that, the protection of the right to the personal integrity, directly or indirectly, has become a constant worry in all the Declarations and Conventions on Human Rights, especially such worries related to current researches and practices in the medicine and biology scope. In this scope, with respect to Europe, as well as the protection of the right to the personal integrity, given by state constitutions, it is necessary to highlight the protection included in the following important documents: the so-called *Convenio de Asturias* and the *Charter of Fundamental Rights of the European Union*, recently included in the Treaty of Lisbon. Both documents protect clearly the right to the personal integrity in biomedical researches and practices, where some practices are clearly forbidden and other ones are conditional on an informed and free consent, paying special attention to incapable persons.

⁵⁷ Artículo 1 del Protocolo «1. La Carta no amplía la competencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ni de ningún órgano jurisdiccional de Polonia o del Reino Unido para apreciar que las disposiciones legales o reglamentarias o las disposiciones, prácticas o acciones administrativas de Polonia o del Reino Unido sean incompatibles con los derechos, libertades y principios fundamentales que reafirma. 2. En particular, y a fin de no dejar lugar a dudas, nada de lo dispuesto en el título IV de la Carta crea derechos que se puedan defender ante los órganos jurisdiccionales de Polonia o del Reino Unido, salvo en la medida en que Polonia o el Reino Unido hayan contemplado dichos derechos en su legislación nacional».