



Universidad
Carlos III de Madrid
www.uc3m.es

TESIS DOCTORAL

Aproximación al Análisis Jurídico de la Clonación Humana

Autor:

ERIKA SORAYA CORTÉS PRECIADO

Directora:

CARMEN LAMARCA PEREZ

**DEPARTAMENTO DE DERECHO PENAL, DERECHO PROCESAL E HISTORIA
DEL DERECHO**

Getafe, Diciembre 01 de 2015

TESIS DOCTORAL

Aproximación al Análisis Jurídico de la Clonación Humana

Autor: **ERIKA SORAYA CORTÉS PRECIADO**

Directora: **Dra CARMEN LAMARCA PÉREZ**

Firma del Tribunal Calificador:

Firma

Presidente: **ABRAHAM CASTRO**

Vocal: **ALICIA RODRIGUEZ NUÑEZ**

Secretario: **MARIO CAPITA**

Calificación:

Getafe, Diciembre 1 de 2015.

A Dios por los padres que me dio, por la formación que me dieron de mucha disciplina con absoluto amor.

A mi querido hermano, quien en los momentos difíciles de mi vida, siempre me ha recordado lo fuerte que soy!

A ti en especial mi hermosa Sara Manuela, a pesar de que aún no entiendas lo que esto significa para mí, llegará el día en que podrás comprenderlo..., eres el más importante motivo para crecer cada día, eres mi razón de vivir te amo hermosa.

Erika Soraya Cortés Preciado

AGRADECIMIENTOS

Este proyecto es el resultado del esfuerzo conjunto de todo los que realizamos esta investigación, por eso agradezco en primer lugar a mi Directora de investigación, Dra. Carmen Lamarca Pérez, quien a pesar de sus múltiples compromisos personales y profesionales, siempre estuvo dispuesta a ayudarme en este largo y difícil proceso, dándome ánimo y recordándome que esto algún día iba a ser posible a pesar de tantas dificultades.

A mi colega y amiga Jhoennya Moreno Reales, por el apoyo que me brindó, por su compromiso y entrega con este trabajo, al cual le aportó gran parte de sus conocimientos, y a mi amigo Guillermo Encinales, por su amistad y cariño.

Y finalmente a la Universidad Carlos III, quien en el año 2007 además de abrir sus puertas como una estudiante de Máster, abrió para mí una ventana mas para adquirir conocimientos, contribuyendo de una manera tan importante en mi formación personal y profesional, lo que sin duda alguna ha representado importantes logros en mi vida.

ÍNDICE

ABREVIATURAS	5
INTRODUCCION: LA NECESIDAD DEL ESTUDIO, LOS OBJETIVOS Y LA METODOLOGÍA UTILIZADA.	7
CAPÍTULO I: LA CLONACIÓN HUMANA CUESTIONES DE BIOTECNOLOGÍA, GENÉTICA, RELIGIÓN Y DERECHO	24
1. Conceptos generales asociados a la clonación	24
1.1. Percepción social del término clonación e Importancia de la reproducción	26
1.2. Primordialidad de las células y óvulos en el Proceso de obtención de productos clónicos	29
1.3. Temores ante los posibles usos de la clonación	32
2. Antecedentes históricos de la clonación	34
2.1. Antecedentes	34
2.2. Información y apreciaciones sobre la oveja Dolly como fenómeno hito de la clonación	41
3. La postura de las religiones ante la clonación y la cuestión de la objeción de conciencia	48
3.1. Religión y clonación	48
3.2. La objeción de conciencia	60
4. Normativa Internacional relativa a la clonación humana	81
5. Jurisprudencia constitucional colombiana en materia de genética y biotecnología	100

CAPITULO II: DERECHOS ASOCIADOS A LA CLONACION	106
1. Los fines del Derecho ante la clonación	106
2. Análisis de los Derechos constitucionales Comprometidos en la clonación	110
2.1. El derecho a la vida	115
2.2. El derecho a la dignidad	119
2.3. El derecho a la integridad personal	120
2.4. El derecho a la identidad	121
2.5. El derecho a la Intimidad	125
2.6. El derecho a la salud	131
2.7. Los derechos relativos a la familia y la infancia	137
CAPITULO III: DERECHO PENAL Y CLONACIÓN	143
1. INTRODUCCIÓN	143
2. El Derecho penal como protector de bienes jurídicos	146
2.1. Evolución y concepto de bien jurídico	152
2.2. Funciones y teorías sobre el bien jurídico	158
3. La clonación en la legislación penal colombiana	174
3.1. Introducción	174
3.2. Análisis de tipos penales	184
4. Breve referencia a los tipos penales sobre manipulaciones genéticas en el Código penal español	226
CONCLUSIONES	254
GLOSARIO	259
BIBLIOGRAFIA	264
WEBGRAFIA	287

ABREVIATURAS

ADN:	Ácido Desoxirribonucleico
AMM:	Asociación Médica Mundial
C-:	Identificación Sentencias de la Corte Constitucional Colombiana
CE:	Constitución Española.
CITA:	Centro de Investigación y tecnología Agroalimentaria de Aragón
CM:	Células Madres
CMA:	Células Madres Adultas
CN:	Constitución Nacional
CNIO :	Centro Nacional de Investigaciones Oncológicas
CP:	Código Penal
CPP:	Código de Procedimiento Penal
D.H.	Derecho Humano
DD.HH:	Derechos Humanos
CPI:	Corte Penal Internacional
H.M:	Honorable Magistrado
IBÍD:	En el mismo lugar.
NBAC:	National Bioethics Advisory
OGM:	Organismos Genéticamente Modificados
ONU:	Organización de las Naciones Unidas.
TRA:	Técnicas de reproducción asistida.

UNESCO: Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura.

INTRODUCCIÓN

LA NECESIDAD DEL ESTUDIO, LOS OBJETIVOS Y LA METODOLOGÍA UTILIZADA

La motivación para elaborar ésta tesis doctoral, nace de la inigualable oportunidad de realizar una investigación conducente a identificar argumentos que afiancen la importancia del Derecho Penal en función del control social. Presente la manipulación genética con fines de Clonación Humana, resulta ser desmesuradamente e inquietante mirar ambas disciplinas con el propósito de cohesionarlas y encontrar de ser posible en dicho análisis, realidades jurídicas y sociales útiles para delimitar o permitir el desarrollo de cada una; es decir, tanto el campo y límite del derecho penal, como la viabilidad y linde de la investigación científica.

La manipulación genética con fines de clonación humana es el resultado de una investigación que busca nada menos que hurgar en el ser humano y desentrañar su propio origen, existencia y esencia; ésta realidad obligó a desarrollar la investigación abordando opiniones y posiciones de distintos sectores que históricamente han sido establecidos como fuentes del derecho y en otros casos, motivo de consulta en todos los eventos de magnitud universal; conscientes de la necesidad de analizar y establecer criterios casi inamovibles y protectores de interés común a la humanidad que llamen a la sensatez necesaria ante la realidad derivada en que el ser humano en su constante desarrollo ha enfocado su potencialidad hacia

la consecución de un todo que le permita la satisfacción y plenitud de sus proyecciones¹, abocando en comportamientos que en ocasiones representan riesgo para los demás individuos, grupos sociales, comunidad en general ubicados en una misma demarcación territorial e incluso a individuos y comunidades pertenecientes a otras Naciones; aspectos que en ocasiones podrían resultar más importantes que los resultados positivos que se han obtenido bajo ésta misma motivación.

En este sentido ha puesto sus capacidades a prueba superando en cada intento sus propios límites, expectativas y logros; primero, descubriendo el entorno para utilizarlo o adecuarlo a su propio bienestar y servicio; ahora, la curiosidad innata, la misma que ha sido motor del desarrollo de tantos conocimientos lo ha invitado a investigarse a sí mismo, la razón de su existencia, de las diferencias físicas y comportamentales, al igual que las posibilidades de buscar conquistar el perfeccionamiento idealista del ser humano; situación que revisada a partir de los efectos ya conocidos del sin número de invenciones, implementaciones y desarrollo de técnicas logradas², en principio todas buenas por tratarse del resultado de la

¹ Ancestralmente el hombre ha indagado sobre sus orígenes; es, podría decirse connatural con el ser humano la necesidad de conocer sobre la vida, tanto desde la magnitud del universo como desde la del diminuto ser vivo y muy especialmente la necesidad de conocer sobre sí mismo. saber sobre los propios orígenes no sólo significa haber adquirido el conocimiento de la formación del ser humano en cuanto a especie, sino que implica la inquietud de cada individuo por saber sobre sí mismo, sobre su propio origen, su propia historia se constituye así todo ese acervo cultural y sociológico que se transmite de generación en generación. VERRUNO. Luis; HAAS Emilio J.C., RAIMONDI Eduardo H y Barbieri Ana M., Banco Genético y el Derecho a la Identidad. Buenos Aires- Argentina: Abeledo – Perrot. 1988. p. 9-10.

² La técnica tiene un valor positivo y ello por diversas razones. En primer lugar porque ella encarna una potencia auténtica de la razón aplicada a la realidad, introduciendo en el desorden aparente de las cosas un principio de inteligibilidad. Por otra parte, no se puede negar la utilidad de las técnicas, es evidente que el dominio de las fuerzas de la naturaleza a través de técnicas cada vez más elaboradas constituyen para el ser humano una liberación auténtica y como tal debe ser valorada positivamente. BALLESTEROS, Jesús. Biotecnología y Posthumanismo. Primera Edición 2007. Editorial Arazandi S.A. Pamplona. Pág. 92.

puesta en marcha del deseo de conocer y saber³ de sí mismo y de todo cuanto existe; han resultado contrarias o excedidas positiva o negativamente como causa de la destinación libre que el ser humano ha determinado; antecedentes que compelen pensar y visionar los posibles usos de las herramientas y descubrimientos que la ciencia en este sentido permita para obtener, de la misma manera, establecer los medios que protejan a la sociedad en general, los valores y conceptos éticos necesarios para que sobrevivan de las consecuencias que estos avances representen; supuestos integralmente válidos en todo lo correspondiente a eventos relacionados con la manipulación genética.

A partir de la realidad plasmada en párrafos anteriores, en la que se reconoce el resultado de las invenciones logradas como consecuencia de lo ilimitable del ser humano, la causa de desarrollo, necesidad e impulso del derecho por no atribuir a esta realidad la perpetuidad del derecho, ya sea desde un contexto general, al igual que visto desde cada una de las ramas que se han precisado por especialidad como instrumento universal para reglamentar, definir y delimitar los derechos individuales, colectivos, sociales e internacionales y propender por el equilibrio social; tarea perceptible en la contribución indubitable que hace al sostenimiento de la sociedad a partir de la limitación de cada individuo en relación a deberes, obligaciones, facultades y responsabilidades sociales; al igual que a la profundidad que el derecho al especializarse a través de cada disciplina ya establecida y en las que deban instituirse emergentemente por evolución humana, en consecuencia aquellas como

en éste tema requiere ser estudiada, definida y limitada en pro de arraigar la identidad de cada vertiente jurídica como es el caso del bioderecho, Biojurídica, biojurisprudencia y biolegal⁴, y de la misma manera de aquellas que ante el surgimiento de las investigaciones genéticas, causantes de nuevos matices en campos jurídicos históricamente desarrollados y firmes en el ordenamiento jurídico como corresponde en esta caso frente al derecho penal.

Es de mencionar entre los aspectos útiles del derecho que también tiene lugar en la revisión jurídico – legal exigida por la manipulación genética, que a través de éste, hombres y mujeres han logrado establecer, delimitar y ejercer derechos sobre sí mismos, sus bienes, además de tomar decisiones, organizar su entorno, estructurarse social, política y económicamente; posibilidades que permiten calificar el derecho como una herramienta o instrumento de cambio social o regulación socio-individual; además de resaltar que el derecho siempre es utilizado beneficiosamente para el pueblo, fundamentos que sustentan la necesidad e importancia, su validez y utilidad en todos los asuntos de distinta naturaleza encontrados convergentemente en la manipulación genética, en especial en

⁴ Estas nuevas ciencias han surgido destacando la importancia del derecho, la necesidad de regular los efectos desequilibrantes (no significando que sean negativos) que la ciencia causa en las personas a raíz del impacto motivado mayoritariamente en la vida o en la humanidad. La ciencia en consecuencia desata intereses de todo orden, individuales, familiares, económicos, sociales, políticos, gremiales; los cuales colateralmente provocan alteraciones inclusive en el ordenamiento jurídico; todos esperan encontrar en la ley orientación acerca del cómo actuar, posibilidad que no se logra cuando como en casos en que la evolución de la ciencia, la genética aventajan el derecho. Sin embargo, la aparición de nuevas disciplinas motivan e impulsan el desarrollo del mundo jurídico; circunstancia que reafirma en el Derecho el papel de regulador social otorgándole cabida y efectividad en cualquier materia.

referencia a la obtención de productos clónicos.⁵ El derecho al emerger de las correlaciones humanas durante los procesos históricos instituye aspectos condicionadores que se convierten en un elemento regulador de la sociedad; expresión coherente con lo propuesto por *Hans Kelsen* al decir que “*el derecho no es norma y solo norma*” sino que está impregnado de todo un elemento social, político, cultural, económico y también de valores morales; igualmente, sobre la característica reguladora del Derecho es de destacar que se presenta como fenómeno social y elemento de la realidad que no es sólo una normatividad posterior sino que constituye también una parte contextual donde se aplica, que a la vez de nacer de la sociedad, la condiciona y la moldea, razón por la cual el Derecho es impulsor de transformaciones, promotor de cambio social y estímulo guía del futuro⁶, garantista si así se quiere, de valores sociales.

Seguido de la contextualización del derecho y el rol delimitante que en general desempeña, se hace imperativo referir la especialidad del derecho que se sitúa como el instrumento más impactante y efectivo del ejercicio punitivo del Estado; a través del cual, posicionándole muy por encima de las percepciones de cada individuo, sobre las cuales no es trascendental hacer valoraciones sobre su asertividad, se logran establecer estándares categorizados de interés general, beneficiosos para todos, favorables para el orden social específico y universal como mayores razones por las cuales se restringen actividades, comportamientos e

⁵De la Torre Rangel Jesús Antonio en su libro “El Derecho como Arma de Liberación en América Latina, Sociología Jurídica y usos alternativos de los derechos” pág. 20.

⁶ Tomado de publicación del jurista Diéguez Méndez, Yurisander “El Derecho y su Correlación con los Cambios de la Sociedad” pág. 2.

incluso intenciones personales; justificaciones que portan en su núcleo la intención inicial de proteger bienes jurídicos. Con base en lo anterior y analizadas las preocupaciones desencadenadas como consecuencia de las incertidumbres emergentes de la manipulación genética, esencialmente cuando se considera la posibilidad de obtener seres humanos repetidos, son revisadas las opciones efectivas con las que cuenta el Estado para reglamentar su práctica y se encuentra el derecho penal como instrumento *prima facie* verdaderamente efectivo y positivo frente a tal propósito. De sus elementos, la coerción⁷ resulta ser el instrumento proveedor de la mayor probabilidad en pro de asegurar el cumplimiento de lo determinado jurídico-penalmente correcto. La dificultad se encuentra, en lograr de las prohibiciones que en materia de manipulación genética se establezcan un equilibrio. De un lado, su esencia, es decir; el bien jurídico porque propenda tal restricción sea cierto, de manera que cualquier otro tipo de derecho que se pretenda injustamente restringido con su definición, no exija fundamentación alguna, porque bastaría con las empleadas para la definición del tipo penal, que, suficientemente motivadas no darían espacio a dudas en cuanto a la superioridad tutelar respecto de los otros.

En palabras claras, al momento de definir la restricción o autorización de la práctica de actividades investigativas en materia de genética, al igual que en la materialización o denegación de actividades biogenéticas; la superioridad jurídica de los conceptos éticos, morales, religiosos como del material genético, al igual que

⁷ En Colombia, el elemento coerción tiene límite en los mismos conceptos que justifican su existencia, los derechos fundamentales.

aquellos asociados al uso en prácticas terapéuticas de la salud; no sean anulados o restringidos desfavorablemente para la humanidad.

La contextualización anterior, importancia del desarrollo científico, libertad del ser humano para incrementar el saber, y el rol del derecho como instrumento de preservación social, son todos asuntos convergentes en el tema objeto de investigación; esta es; La Clonación Humana, ésta situación que obliga a abordar con el cuidado merecido y debido reconocimiento de la importancia de la ciencia médica, toda vez que en él concurren imperativamente diversas disciplinas que impactan el ser humano⁸.

⁸ La biología es sin vacilaciones la ciencia primigenia de la genética. la Biología, de acuerdo con definición comúnmente reconocida, es una ciencia derivada de las ciencias naturales, que tiene por objeto el estudio de los seres vivos, en cuanto a su origen, evolución y propiedades. Se ocupa de las características intrínsecas y de los comportamientos de los seres orgánicos, por especies y como individuos, al igual que de las interacciones entre ellos y en su entorno, con el propósito de establecer las leyes generales que los rigen y los principios explicativos de su naturaleza. A diferencia de las denominadas ciencias formales, que se sustentan en categorías ideales y entidades abstractas, no obstante contar con un sistema racional y estructurado de leyes, la Biología centra su atención en la realidad de la vida en todas sus manifestaciones, por lo que su espectro de estudio es muy amplio y complejo (v. gr. biología molecular, fisiología, anatomía, histología, citología, botánica, micología, zoología, inmunología, virología, embriología, ecología, etología, paleontología, taxonomía, antropología, etc.); por consiguiente, tratándose de seres vivos, demanda esta ciencia especial cuidado en lo concerniente a la interpretación, clasificación, manipulación, verificación y transformación de los procesos biológicos activamente sujetos a la dinámica científica. Los avances tecnológicos y la aplicación de éstos en las muchas facetas del conocimiento y de la investigación biológica, han significado para la humanidad la creación y desarrollo de elementos, materias, componentes y productos, usualmente útiles y provechosos, pero también potencialmente perjudiciales, cuando se incursiona en exacerbada manipulación de órganos y componentes. Las investigaciones biológicas, con sus connotaciones empíricas y por la experimentación y especulación con los resultados obtenidos, con avanzado incremento en la actualidad, han tenido sin duda incidencia activa o pasiva, directa o indirecta, en el propio ser humano, con serios riesgos de aplicaciones incorrectas, máxime si hay ausencia o deficiencia en previsión, control y supervisión.- Sentencia C- 568 de 2010. M.P. Nelson Pinilla Pinilla.

La Ciencia Médica es más una actividad social que un asunto estrictamente individual; la medicina es el instrumento más inmediato para salvaguardar la vida incluso desde la prevención; la medicina sale del contexto meramente individual y se convierte en una ciencia de protección social; con ella y los procedimientos investigativos se logra la fabricación de productos para la base de sus conocimientos y tratamientos; de igual forma trata las enfermedades tanto de origen social como biológico, el verdadero alcance y sentido de la medicina más allá de la relación médico –paciente, aborda el concepto de sociedad explicando que ésta última y su entorno físico son factores importantes para la salud de los pacientes, tanto la profesión médica en general como cada médico tienen funciones importantes que cumplir en la salud pública, la educación de la salud, la protección del medio ambiente, las leyes que afectan la salud o el bienestar de la comunidad y el testimonio en los procedimientos judiciales⁹.

Es tan evidente la relación Medicina – Derecho, que el documento en cita retoma conceptualizaciones de La Asociación Médica Mundial – AMM, Organización Internacional representativa de los profesionales de la medicina, fundada el 18 de septiembre de 1947 en París, al estipular que cuando la legislación, una medida del gobierno o cualquier otra administración o institución *niega derechos al paciente*, los médicos deben buscar los medios apropiados para asegurarlos o restablecerlos. Se plasman en el documento los deberes de los profesionales de

⁹Extraído del documento Manual de Ética Médica, Capítulo III - el Médico y la Sociedad pág. 66.

dicha área en el sentido de señalar que el médico además de estar convocado a cumplir una función social y estar preparada para abordar los conflictos éticos que se produzcan, en especial cuando sus propios valores e intereses parecen entrar en conflicto con los de una persona o terceros, caso en el cual la objeción de conciencia en completo sentido o en la dimensión que se ocupa del personal sanitario al que hace parte, se convierte en consideraciones que son trascendentales teniendo en cuenta que ante la existencia de las posibilidades de obtener productos clónicos humanos, la ética personal o ética médica¹⁰ se vuelve trascendental al actuar como un limitante de la voluntad de quien lo requiere.

Otra de las vertientes de intervención del derecho en los asuntos médicos; es el control que hace la primera para delimitar la legalidad de la otra; análisis hecho tanto en los estatutos éticos como en la legislación penal, pues desde ésta última se tipifican y determinan las sanciones que amerita un determinado comportamiento propio del ejercicio o práctica de la profesión médica e investigativa.

La Clonación Humana demanda la necesidad de una revisión de suficiencia normativa o plena reglamentación, en principio el legislador el juez y el investigador no deben permitir que la ciencia avance subordinando la ética y la moral¹¹, en pro de limitar la práctica y uso de los diferentes conceptos involucrados en la producción de clones los cuales en esta etapa de la investigación no permiten ser categorizados

¹⁰ La ética médica es el conjunto de parámetros impuestos a investigadores con el propósito de proteger la integridad y utilidad de los seres ante la posible desviación de los conocimientos y la aplicación de los mismos.

¹¹ VERRUNO. Luis; HAAS Emilio J.C RAIMONDI Eduardo H y Barbieri Ana Op. Cit 78.

con precisión, especialmente en lo referente a los alcances positivos o negativos resultantes de la misma.

De recordar, que cuando la sociedad carece de claridad, de información, y sobre todo de medios para controlar los objetivos dispares o contrarios al interés general; el derecho resulta nuevamente siendo el instrumento esencial para garantizar el orden; pues en este caso, no solo se trata de un control sino de la protección de muchos aspectos, como es el caso del riesgo que dice representar la ciencia en la preservación de la familia¹², la valoración del rol de la mujer y del hombre en la preservación de la especie humana; la seguridad del niño desde el nacimiento en el sentido de la importancia del papel irremplazable de padre, madre, hermanos al igual que la familia extensa; la seguridad de la especie humana propia y de la anulación de condiciones que permitan anular con base en el poder que da la ciencia, aquellas conquistas importantes que ha logrado el ser humano, como es el caso de la protección a la vida, la dignidad humana y la igualdad. Reconocida la indispensabilidad del derecho y las preocupaciones que suscita la clonación, es obligatorio dirigir la mirada hacia el derecho penal como rama propiamente coercitiva útil para la necesaria adecuación de éste a los episodios emergentes a la dinámica social, se hace necesario garantizar la independencia de ésta rama del derecho, así lo muestra la Sentencia de la Honorable Corte Constitucional Colombiana C- 565 de 1993, aclaración de voto del Magistrado Hernando Herrera Vergara, suscrita también por los Magistrados Eduardo Cifuentes y Alejandro

¹² La Constitución Política en su artículo 44 reconoce la familia como núcleo esencial de la sociedad.

Martínez al expresar que la sujeción del derecho penal a los derechos fundamentales no implica reconocer por ejemplo para el caso de Colombia, que la Constitución haya definido *ab initio* y de una vez por todas el contenido de la legislación penal, en que ya se encuentre definido *in nuce* a todos los tipos penales y a todas las penas adecuadas para cada momento histórico. Así mismo destaca el sentido del derecho penal, el cual dentro de los márgenes que da la carta superior determinan el sentido y alcance de la ley penal, de manera que sea apropiado a las circunstancias sociales, políticas y económicas, que estén en consonancia con la ideología de las mayorías del Congreso de la República, entidad que cumple las funciones atribuidas a Rama Legislativa del Poder Público que para el caso de Colombia además representa al pueblo y por ende el deseo e interés de la sociedad¹³.

No solo en el ambiente anterior debe valorarse la envergadura del derecho penal; recordemos que éste encierra aún la nominación de los tipos penales y el cumplimiento procedimental, además encausa las disposiciones previas a la determinación de los tipos penales, en relación al establecimiento de las facultades estatales de intervención, y la fehaciente necesidad de establecimiento de tipos penales; que respondan siempre a la exigencia social, evitando con ello, trasgresión a las garantías humanas individuales y comunitarias y de otro lado el intervencionismo de Estado.

¹³Carlos Bernal Pulido, en “El Derecho de los Derechos” pág. 117

En mi ejercicio docente y en el desarrollo de esa interesante investigación, he encontrado argumentos valiosos para reforzar el sentido y uso de las enseñanzas que pretendo aportara mis educandos y a mi país, en el derecho en general es necesario valorar cada día y en cada oportunidad la importancia de éste en la sociedad, considerando en el derecho uno de los principales medios de solución a situaciones inéditas suscitadas paralelamente al desarrollo social, el derecho, debe ser analizado, investigado y establecido en el ámbito de criterios universales como el de justicia, bienestar y realidad, sobre los cuales pueden sustentarse y sostenerse posiciones válidas, ciertas, constructivas y sobre todo representativas de la necesidad colectiva, siempre apartándose de argumentos de índole personal para poder lograr delimitarlo en lo socialmente conveniente; para ello es recomendable acudir a los estudios y resultados logrados por otros países, es decir, emplear la fórmula de construcción de nuevos conocimientos sobre el derecho comparado, que en este caso particular se elabora con la provechosa evolución que ha logrado España, pionera en estudios e investigaciones sobre manipulación genética.

Es primordial orientar acerca de la finalidad de éste, la necesidad de preservarlo dentro de la legalidad, y de realizar definiciones que sean el resultado de análisis ciertos, de manera que la existencia de la norma penal en el ordenamiento jurídico no se transforme en un repudiado social por su contenido dispar de las necesidades sociales mismas que con el tiempo y en consecuencia la ineptitud termine siendo comprobada con el tránsito a la ineficacia normativa.

El Derecho Penal, debe ser benevolente con la evolución propia de otras ciencias, indulgente con los eventos producidos por el desarrollo social, y tolerante de las inquietudes propias del ser humano porque en beneficio de éste último se sustenta su existencia; asimismo, la investigación científica debe responder a interés y beneficio colectivo; ser responsable y sensata respecto a la preservación de la humanidad en un contexto seguro.

En últimas el estudio de la clonación y el efecto regulatorio a través del derecho penal, cuando no se encuentra fundamentado en conceptualizaciones ciertas y bajo la posibilidad de ejercer control eficaz, presupone de las restricciones efectos contrarios como lo es la clandestinidad; situación generadora de mayores riesgos en cuanto a la imposibilidad de conocimiento y seguimiento de los procesos relacionados; como ejemplo fue incluido en la investigación estudio realizado a los proyectos de ley que han sido discutidos en las células legislativas de Colombia se observa la variabilidad en los motivos y fundamentos de la reglamentación en materia de manipulación genética que en caso de Colombia ha sido estimulada por el interés de preservar la diversidad étnica y por ende cultural constitucionalmente reconocida y la solución a problemas de esterilidad por ser este considerado un detonante contra la estabilidad familiar y en efecto causal de alteraciones sociales; particularidad que puede no existir en otras naciones y en consecuencial situación orienta el debate de reglamentación penal y administrativa de la manipulación genética a otros escenarios.

Entonces, para el desarrollo de la investigación se parte de los siguientes interrogantes:

¿Basado en el derecho fundamental a la vida, los conceptos éticos sociales, valores protegidos en la legislación constitucional, penal y la medicina, así como en la concepción transgeneracional del ser humano; cual es el alcance de la clonación humana?

¿Qué bienes jurídicos tutelables pueden afectarse con la práctica de la clonación humana en Colombia?

¿Los tipos penales establecidos en la legislación penal colombiana responden a los bienes jurídicos que se pretenden tutelar?

¿La determinación de los tipos penales de la manipulación genética se reglamenta de manera que la utilidad de la Clonación en la preservación a la salud en conexidad con la vida, la vida en condiciones dignas, el equilibrio Bio - social sean viables y legales?

Con base en los anteriores interrogantes surge la siguiente pregunta-problema de investigación:

¿Se atenta contra el bien jurídico superior de la vida a través de la práctica de la clonación humana y en consecuencia, es el derecho penal suficiente para reglamentación de la manipulación genética?

La permisibilidad de la clonación humana ha de determinarse con base en principios veraces y efectivos así debe establecerse con fundamento en la identificación y protección de bienes jurídicos tutelables, requiriéndose adicionalmente el establecimiento de condiciones éticas y morales, responsabilidades, deberes y derechos que protejan en todo caso el individualismo del ser humano desde la salvaguarda del genoma; la vida, integridad física,

identidad, intimidad; incluyendo aspectos consecuentes con la protección de colectivos, sociales e infinitos y sus restricciones en el imperativo penal deben corresponder a la probada necesidad de proteger bienes jurídicos no ficticios, plenamente justificados en pro de evitar la búsqueda, desarrollo e inclusión de conocimientos, invenciones y practicas positivas para el hombre.

Así se pretende, contextualizar la clonación humana, alcance ético, individual del ser humano abordando subtemas relacionados, coadyuvantes del análisis jurídico - constitucional y penal; con el propósito de determinar la asertividad de los tipos penales existentes justo al análisis de los respectivos bienes jurídicos enunciados, de manera que sea posible plantear una propuesta propositiva desde el punto de vista de evitar restricciones en prácticas y procedimientos inmejorables para la recuperación y preservación de la salud para una calidad de vida, en un contexto jurídico – social estable.

Abordar conceptos generales del derecho, de las normas internacionales, medicina, genética y biotecnología asociado a la práctica y legalidad de la Clonación Humana.

Analizar conceptos éticos, morales, constitucionales y de desobediencia del derecho, transversales a la permisibilidad o restricción de las prácticas asociadas a la manipulación genética.

Realizar revisión a la normatividad penal colombiana y española en aras de determinar la existencia de preceptos jurídicos reglamentarios de la Clonación Humana incluyendo otros tipos de prácticas representativas de la manipulación genética.

Metodológicamente ésta investigación es realizada de manera descriptiva - argumentativa; se abordan conceptos tanto científicos como jurídicos, éticos, históricos y legales de manera lógica, continuada y sistémica; realizando interpretación de los conceptos doctrinales y jurisprudenciales emitidos en el contexto del derecho comparado la legislación colombiana respecto a los grandes aportes de la nación española en razón al posicionamiento legal e investigativo que ésta última posee en asuntos de biotecnología y derecho. La investigación requiere la inclusión de juicios esenciales para la comprensión de conceptos científicos mínimos de la disciplina genética facilitadoras del entendimiento y aplicación en el contexto jurídico.

A partir del examen de la información obtenida dentro del proceso investigativo, se plantea el análisis general de los conceptos y principios tanto científicos como jurídicos relativos a la clonación humana; previo abordaje y desarrollo de todos los temas transversales influyentes en el análisis y decisión de admisibilidad, restricción o prohibición de la manipulación genética encausada a la obtención de productos clónicos o cualquiera de las subespecialidades en la biogenética.

La metodología centra su análisis en la investigación de pautas inmutables de la historia; incluso, más que inmutables representan elementos constantes para la decisión de la misma; estos se refieren a la religión, la moral, y la ética, conceptos inmodificables y supremamente protegidos a través de la historia como la familia, corresponsabilidad filial, identidad, cultura e importancia de la genética en cada una de las anteriores nociones.

Continuando con el estudio de las normas fundamentales, puntualizando en los derechos que han sido revestidos de protección reforzada procedentes de la normatividad internacional se descomponen todos los preceptos asociados a la categorización de derechos fundamentales, como la vida y la salud, los preceptos integradores de la legislación penal entre ambas naciones para determinar realidad, actualidad, cobertura e identificar eventuales tipificaciones penales aplicables ante casos emergentes de la dinámica social.

Sin dejar de dedicar un espacio meritorio en la averiguación del suceso más relevante que hasta este momento se haya registrado en la historia y evolución de la Biogenética, “la oveja Dolly”; con el examen al procedimiento aplicado y lo más importante en cuanto a la influencia del derecho, los aspectos que motivaron o direccionaron el enfoque reglamentario en ésta materia de muchos países al igual que la identificación de los riesgos más probables de la practicas manipuladoras.

Son incluidas al presente, consideraciones concernientes al impacto en otras naciones como consecuencia de la permisibilidad de las prácticas de manipulación genética en los países donde éstas prácticas estén reglamentadas permisivamente, finalizando con la revisión de los esfuerzos legislativos en Colombia y el reconocimiento de aportes sobresalientes que ofrece la normatividad española, pionera en asuntos de manipulación genética y reglamentaciones marco desde los organismos internacionales.

CAPÍTULO I

LA CLONACIÓN HUMANA CUESTIONES DE BIOTECNOLOGÍA, GENÉTICA, RELIGIÓN Y DERECHO

1. Conceptos generales asociados a la Clonación

El interés por la clonación¹⁴ se fortaleció con el descubrimiento de los genes, entidades bioquímicas no conocidas principalmente por la inexistencia de una tecnología capaz de aislarlos y de analizarlos en forma directa; se sabía que existía, pero en la última década se produce un salto tecnológico importante que conlleva un salto cognoscitivoepistemológico; se logra el aislamiento del gen permitiendo su estudio directo, logrando el análisis de su estructura química en detalle,

¹⁴ La clonación es la aparición de una célula o un organismo idéntico a otro. La investigación médica utiliza la clonación de células para desarrollar nuevos medicamentos, para fabricar injertos de piel, para detectar enfermedades genéticas, entre otras cosas. Esta clonación se llama terapéutica pues su finalidad es curar a la gente. La clonación reproductiva, por su lado tiene como objetivo duplicar a un ser vivo. Las plantas se clonan desde hace siglos y los animales desde hace algunos años. Para poder clonar a un animal se utilizan y destruyen cientos de embriones. Estas técnicas todavía no han sido aplicadas a los humanos, y muchos se oponen a que se haga, por razones éticas. ANDRIEU, philippe. ¿están locos los científicos? Clonación y manipulación de los seres vivos. 1ª edición. Libros del escarabajo. México. 2007. Pág.12/13.

estableciendo su cuantificación en kilobases¹⁵, el estudio de su expresión fenotípica, el análisis de su correlación con la función antigénica¹⁶; resultado investigativo presentado por parte del Botánico Mendel¹⁷ y posteriormente con la revelación de la molécula del ADN¹⁸ a través del proyecto genoma humano¹⁹, secuencia molecular que permite deducir causas de enfermedades, consecuentemente determinar las terapias presentándose como el camino para llegar a la salud; se ha convertido en una industria con mucha proyección social que bien utilizada podrá aliviar el sufrimiento individual y social; de su importancia se estructura el concepto de “El poder social de la ingeniería genética” convirtiéndose en un elemento de relaciones entre personas e instituciones que por ejemplo puede llegar a permitir a las compañías conocer con certeza previamente el pronóstico de las personas en materia de salud; establecer con base en la información genética la aptitud de los trabajadores respecto de un puesto de trabajo (uso discriminatorio y selectivo). De

¹⁵ Corresponde a mil pares de bases de ADN o ARN.

¹⁶ VERRUNO. Luis; HAAS Emilio J.C., RAIMONDI Eduardo H y Barbieri Ana M. Ó. cit. P. 33.

¹⁷ Su nombre Gregor Mendel nacido el 20 de julio de 1822 fue un monje agustino católico y naturalista, nacido en Heinzendorf, Austria describió las llamadas Leyes de Mendel que rigen la herencia genética, por medio de los trabajos que llevó a cabo con diferentes variedades de la planta del guisante.

¹⁸ Éste hallazgo se dio en el año 1.953 como resultado de un proceso científico plasmando la relación con la herencia y sus leyes básicas; principales componentes de los cromosomas, poseedor de toda la información genética de los seres vivos. El ADN es en sí mismo el material genético, es, en efecto un singular ejemplo de cómo se va gestando la verdadera vida científica. en él se hace patente la continuidad de la búsqueda, los hallazgos, pruebas errores, fracasos nuevos empeños hasta llegar al momento decisivo en que se completa el saber acerca de la forma y función fundamentales (sic) de la molécula vida. GONZALEZ VALENCIA. Juliana. Genoma Humano y Dignidad Humana. 1ª Ed. 2005. España, pág. 16. Encita JAMES WATSON. The Secret of Life. Nueva York. Alfred A. Knopf.

¹⁹ Fue un proyecto con participación de 6 países: Estados Unidos, Gran Bretaña, Francia, Japón, China y Alemania. Comenzado preliminarmente en 1985 con la planeación de su secuenciación, entendida como la posibilidad de develar el orden y significado genético del ADN humano, el proyecto se inició formalmente en el año de 1990 con el nombre de Proyecto Internacional de Genoma Humano con siglas en inglés HGP. GONZALEZ VALENCIA. Juliana. ibíd. p. 29.

igual manera es importante en cuanto a la relación entre las personas y el Estado visto desde el punto de su utilidad en investigaciones judiciales²⁰.

1.1. *Percepción social del termino clonación e importancia de la reproducción.*

El común de la sociedad liga el término clonación al proceso de multiplicidad del ser humano; sin embargo ésta expresión tiene una implicación diferente e integra muchas disciplinas especialmente bioética²¹, biología, biotecnología²² y genética; el primero es inseparable de los grandes cambios históricos de siglo XX, tanto de carácter científico y tecnológico, como los de orden filosófico, político social y cultural en general; los dos segundos; se han presentado como reveladores del formidable aumento del saber y del poder que el hombre ha adquirido sobre la naturaleza; saber y poder de tal envergadura que, en muchos sentidos va transformando las formas de vida, pues alteran un sinnúmero de nuestros conceptos

²⁰ GONZALEZ VALENZUELA, Juliana. Genoma Humano y Dignidad Humana. ANTHROPOS. 1ª edición. 2005. España. Pág. 43/44.

²¹ Esta ciencia tiene sus orígenes en la ética de la medicina, que se remontan al menos a los dos milenios y medio hasta la época de Hipócrates. Puede entenderse como la principal respuesta social a los enormes cambios que obligan a las personas a pensar en la resolución de problemas con un alto componente moral, sobre todo porque el incremento del saber y el poder generan transformaciones en la vida, la muerte, en el hombre en la naturaleza, los conceptos del bien y el mal, el presente, el futuro. *Ibíd.* P. 44.

²² Las tecnologías cada vez más sofisticadas de control y manipulación de los seres vivos (biotecnología, bioinformática, ingeniería genética, nanotecnología, etc.) por una parte y, por la otra, de la elaboración y transmisión de información digital (realidad virtual, inteligencia artificial, inteligencia colectiva, etc.) exigen la reelaboración de ciertas dicotomías fundantes del pensamiento moderno, en particular , entre materia orgánica e inorgánica, entre vivos y no vivo, entre entidad biológica y mecánica. Exige asimismo la redefinición en igual medida y con igual urgencia disciplinas tradicionalmente distintas: en primer lugar, la ciencia y la filosofía, y también la filosofía de la ciencia, la ética y la filosofía del derecho. BALLESTEROS, Jesús. Biotecnología y Posthumanismo. Primera Edición 2007. Editorial Arazandi S.A. Pamplona. Pág. 75.

y creencias más básicas acerca de la vida y la muerte, del hombre y la naturaleza, del bien y del mal, del presente y el futuro de la condición humana; y la genética quizá la más atractiva por su actuación directamente sobre el hombre y por las posibilidades de dimensionarlo y sobre dimensionarlo desde su práctica.

También es esencial el término reproducción, proceso que garantiza la conservación de las especies, bien sea animal, vegetal o humana, clasificada en asexual y sexual; la primera corresponde al proceso mediante el cual la reproducción se hace sin intervención de las células sexuales; es decir es el resultado de una escisión o mitosis (proceso sucedido en el núcleo de las células precedente de la división celular) en la cual las células escindidas o descendientes conservan la información genética de la célula de la cual se seccionaron, es decir de su célula progenitora. Para mayor claridad la diferencia de la reproducción natural propia de la especie en la concepción ágama, en la cual los cromosomas para integrar clones no son aportados por ambos progenitores sino que basta la aportación de uno de ellos y un óvulo desnuclearizado.

El nuevo ser sería en teoría idéntico genéticamente al portador de los cromosomas; su genotipo no sería nuevo y único sino ya ensayado por la naturaleza, se le privaría así el criterio de la unicidad o individualidad que ha sido característica de los seres humanos desde su advenimiento al mundo²³. Así por su parte, la reproducción sexual es el resultado de la conjugación de dos organismos similares de los cuales resulta un organismo nuevo conservador de las

²³ HURTADO OLIVER. Xavier. El derecho a la Vida ¿y a la muerte? 1a edición 1999. Editorial Porrúa. México D.F. pág. 74.

informaciones genéticas adquiridas de los originarios. La reproducción sexual es la generación de un nuevo ser mediante el ayuntamiento de dos elementos complementarios, un hombre y una mujer, no fue establecida por decisión humana, cultura o tradición, sino por la naturaleza; cada niño tiene dos progenitores biológicos que se complementan y le transfieren dos linajes, su constitución genética es producto del azar, no de la voluntad humana y participa de la naturaleza genética de sus padres constituyendo un genotipo generalmente único²⁴.

De igual manera hay una diferenciación terminológica dentro del procedimiento de creación de organismos clónicos, al determinar la existencia de dos medios para ello; el primero corresponde a la Ingeniería Genética donde el termino clonar significa aislar y multiplicar en un tubo de ensayo determinado gen o en general un trozo de ADN²⁵, y en un segundo contexto la clonación es obtener uno o varios individuos a partir de una célula somática o de un núcleo de otro

²⁴ HURTADO OLIVER. Xavier. Óp. Cit. Pág. 84.

²⁵ El encuentro de la estructura molecular del ADN o sea, la corroboración de que el ADN es en sí mismo el material genético es, en efecto un singular ejemplo de cómo se va gestando la verdad científica. en él se hace patente la continuidad de la búsqueda, los hallazgos, pruebas errores, fracasos nuevos empeños, hasta llegar al momento decisivo en que se completa el saber acerca de la forma y la función de la vida, la revelación de la doble hélice (se denomina doblé hélice por la estructura helicoidal del ácido desoxirribonucleico) se obtiene significativamente por dos vías, las cuales se unen en la etapa culminante y se corroboran entre sí. por los caminos del cálculo matemático, francis Crick y James Watson calculan y construyen, como si se tratara de un juego de Mecano o de Lego, el famoso modelo tridimensional del ADN, éste permite ver y tocar la forma estructural de la singular molécula que se configura como una escalera de caracol, entrelazada en espiral, en efecto con la forma de doble hélice. GONZALEZ VALENZUELA, Juliana. Genoma humano y dignidad Humana. 1ª Edición. ANTHOPOS. España. 2005. pág. 16.en cita de James Watson, te DoubkeHelix, y su obra más reciente (2003) DNA, Th Sectret of Life. Y de Francis Crick, WhatMAdPursuit.

individuo generando que los individuos clonados sean idénticos o casi idénticos al original²⁶.

El comité de expertos sobre bioética y clonación, Instituto de bioética, Fundación de Ciencias de la Salud. Madrid 1.999; la define así: “*individuo o grupo de individuos de idéntica constitución genética nuclear que proceden de un único individuo mediante multiplicación asexual, siendo fenotípicamente muy semejantes al individuo del que derivan*”; en suma y coherente con las decisiones *up supra*, también exhorta a diferenciar la utilización de la palabra clonación en la ciencia de la Biología haciendo similar claridad entre la clonación por Ingeniería Genética y la clonación cuando se trata de obtener uno o varios individuos a partir de un núcleo de otro individuo que da como resultado que los individuos clonados sean idénticos o casi idénticos al original, siendo ésta última embrionaria²⁷.

1.2. *Primordialidad de las células y óvulos en el proceso de obtención de productos clónicos*

²⁶Definición tomada del artículo de autoría del doctor Enrique Lañes Pareja, Clonación: Aspectos Científicos, Departamento de Microbiología e Instituto de Biotecnología, Universidad de Granada , estructurado en cita de la publicación Para un resumen histórico y conceptual, J.R. La cadena (1998): “La clonación humana”, en Actas del 2º Congreso de bioética de América Latina y del Caribe, Santafé de Bogotá, pp. 138-165, y el cap. 1 de Comité de expertos sobre bioética y clonación (1999): Informe sobre la clonación: en las fronteras de la vida, Instituto de Bioética de la Fundación Ciencias de la Salud, Ediciones Doce Calles, Madrid. Véase igualmente NationalBioethicsAdvisory Comisión (2000): “Ciencia y aplicación de la clonación” (parte del informe original de 1997 de la NBAC), en Clones y clones. Hechos y fantasías sobre la clonación humana (M.C. Nussbaun y C.R. Sunstein, eds.), Cátedra, Madrid, pp. 39-48.

²⁷Paloma Huguet Santos de la Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Ciencias Biológicas, Departamento de Genética a través del documento “Clonación Humana, Aspectos Bioéticos y Legales 2004” otorga amplia información ilustrativa sobre el uso del vocablo bajo análisis.

En esta conceptualización general de la Clonación Humana es trascendental hacer referencia a los conceptos genéticos primarios asociados. Células madres²⁸: definidas como aquellas que tienen la capacidad de ser convertidas en distintos tipos de tejidos o células especializadas; es decir a partir de ellas se pueden desarrollar los diversos tejidos del ser humano, entre los cuales encontramos como fundamentales el tejido epitelial, tejido conjuntivo o conectivo, tejido muscular y el tejido nervioso.

Entre las clases de células madre existe una especie denominada totipotencial²⁹ capaz de originar un organismo completo. Las células madre totipotencial para generar un determinado organismo nuevo crean otras distintas clases de células conocidas como células pluripotenciales; con capacidad de convertirse en cualquier célula con funciones diversas evolutivas que generan nuevas miles conocidas como multipotenciales, estas últimas son finalmente las que conforman un tejido orgánico específico³⁰.

²⁸ En el futuro las técnicas que utilizan Stencells tendrá aplicaciones para tratar problemas como las enfermedades neurodegenerativas, el reemplazo de tejidos miocárdico dañado por un infarto, la medula espinal dañada por un accidente, el tejido neuronal dañado por el cerebro tras un accidente cerebrovascular. Uno de los campos de mayor investigación es el tratamiento de la enfermedad de parkinson, con el uso de neuronas dopaminérgicas, derivadas de células madre, con el que se han logrado mejorías motoras en modelos de laboratorio. VELASO PARRADO, Nancy. Manipulación Genética: Análisis científico, ético y legal. En: http://www.policia.gov.co/imagenes_ponal/dijin/revista_criminalidad/vol47/08.pdf.

²⁹ Steward en los años sesenta comprueba la totipotencia celular, al regenerar plantas completas a partir de células de la raíz. Ofrece a la ciencia genética la posibilidad que nunca antes el hombre en su evolución histórica había contemplado: la viabilidad de que por medio de la inteligencia se manipulen e incluso regeneren artificialmente los procesos que dan origen a la vida de animales incluyendo al hombre. HERRERA M. Gladys. La Manipulación Genética a la luz del Derecho Penal. 1ª. Edición. Bogotá. 2001. Lito Perla Impresores. p. 3.

³⁰ Los doctores Natalia López Moratalla y Enrique Sueiro Villafranca incluyeron ésta definición en el informe científico sobre la relación materno – filial en el embarazo, Células Madre y vínculo de apego en el cerebro de la mujer, Universidad de Navarra, Madrid 2008.

Las células multipotenciales tienen una última evolución al desencadenar en otras células denominadas progenitoras que son finalmente las que no desencadenan ningún otro tipo celular, integrando en si un tejido específico. Es decir, la escogencia selectiva de estas células en cada momento de evolución es de donde se puede obtener el producto correspondiente para materializar la clonación integral de un ser humano, la multiplicidad global de un órgano o la reproducción de un tejido determinado.

Otros de los conceptos esenciales para el procedimiento de la clonación humana es la necesidad de contar con un óvulo (s), el (los) cual (es) una vez realizada la transferencia del núcleo de la célula somática (totipotencial) comienzan el desarrollo embrionario a potencializar *in vitro* hasta la etapa adecuada para la implantación. (Implantación probeta – uterina).

Cabe resaltar que para lograr un individuo clónico idéntico al cual se obtuvo la célula somática, es necesario retirar la información genética propia del óvulo objeto de la transferencia.

En todo caso, los elementos principales para realizar procedimientos relacionados con la clonación humana, obligatoriamente deben ser obtenidos de seres humanos, por ello es evidente que dicha disposición relativa a la obtención o entrega de éstos, no puede limitarse a la mera voluntad del aportante, porque sus efectos escaparían del contexto individual pasando a representar un riesgo o incertidumbre para la comunidad; argumentos que sustentan la importancia de

adoptar determinaciones legales que cumplan con funciones generales del derecho en el sentido de establecer las medidas protectoras del interés general.

Es claro que la Clonación humana es tan solo uno de los tipos o prácticas que integran el concepto universal de manipulación genética o también llamadas Técnicas de Reproducción Asistida – (TRA) al considerar que la acción y efecto de manipular tiene varias concepciones: En primer lugar corresponde al acto de operar con las manos ciertas sustancias para obtener un resultado y como segundo representa el hecho de gobernar los asuntos propios y ajenos. La primera acepción a pesar de ser inexacta, se acerca algo a lo que hoy se entiende por manipulación genética, por su parte la segunda está invadida de un sentido peyorativo que se aleja bastante del concepto científico; sin embargo existe en una acepción más amplia que permite definirla como cualquier cambio realizado en el material genético³¹.

De los pronunciamientos generados por la clonación se ha distinguido la existencia de dos vertientes en el mundo científico; la primera corresponde a la Clonación con fines reproductivos o clonación dura y la segunda al uso de embriones clonados para obtener células pluripotenciales capaces de diferenciarse en más de 200 tejidos útiles para lograr el trasplante de células, ésta última es conocida como clonación blanda.

³¹Teresa PalomequeMessía, José Antonio Carrillo Ávila y Pedro Lorite Martínez en publicación “Manipulación genética: metodología, aplicaciones y bioética”.(2001).

1.3. Temores ante los posibles usos de la clonación

Entre los temores que genera la clonación dura está el uso para crear seres humanos motivados por el capricho, la generación de productos clónicos destinados a trabajos de baja intelectualidad o emplearlos como donantes de órganos y tejidos. También se plantea que a través de éstos se puede buscar obtener fotocopias genéticas de seres queridos desaparecidos o replicar personas que históricamente han sido reconocidas como útiles a la sociedad a raíz de su capacidad intelectual o moral³² o en el peor de los casos para revivir y materializar propósitos como el que representa la eugenesia.³³

También son importantes las finalidades de la clonación en relación a la obtención de clones de refracción³⁴, es decir la creación de clones humanos que sirvan para obtener partes del cuerpo en determinado caso, desconociendo en este

³² Para ilustración las palabras del Psiquiatra León Eisenber: para producir otro Mozart necesitaríamos no sólo su genoma, sino el útero de su madre, las lecciones de música de su padre, su hermana Nannerl, a sus amigos y los de él, el estado de la música en Austria en el siglo XVIII, el generoso apoyo de Haydn, la interacción con sus alumnos, el joven Beethoven, la devoción (y la modestia) de su esposa Constanze, el patronato del emperador Joseph II, la competencia de Salieri como compositor de la corte, y así en círculos cada vez más amplios. Concedemos que sin su genoma único, el resto no hubiera sido suficiente, después de todo, sólo hubo un Mozart. Pero no podemos hacer la inferencia opuesta: que su genoma, cultivado en otro mundo y en otro tiempo, resultaría un genio musical creativo igual.

³³ La eugenesia o “teoría de la buena raza” se inventó a finales del siglo XIX cuando la ciencia suponía que podía crear al hombre perfecto. A principios del siglo XX esta idea se tradujo en medidas discriminatorias y racistas en Estados Unidos y en Europa. Durante la segunda guerra mundial los nazis perpetraron el exterminio de las razas que consideraban “inferiores”. En los últimos años la genética ha permitido detectar las malformaciones o enfermedades genéticas de los embriones; esto ha hecho que muchas personas teman el regreso de la eugenesia ya que la “selección de embriones” permite a padres rechazar a un embrión que tendrá problemas, pero también que será niña o que tendrá los ojos café! ANDRIEU, Philippe. ¿están locos los científicos? Clonación y manipulación de los seres vivos. Op. Cit. 28/29.

³⁴ Los clones de refracción representa la idea de multiplicar a través de la manipulación genética seres humanos “no funcionales” en el sentido de no actuar o participar del contexto social, que serían empleados para obtener de ellos como si se tratara de “repuestos”, órganos, tejidos, células etc. A utilizar en personas a efectos de lograr la recuperación de la salud.

planteamiento que al adquirir la condición de ser humano sea cual sea la destinación para la que fuese creado, adquiriría la protección legal y social existente. De otro lado, serían igualmente útiles los avances arrojados por las investigaciones sobre clonación en el sentido de emplearlos para solucionar enfermedades el cáncer y asuntos relacionados con la vejez; ésta última según las investigaciones se origina porque el extremo de cada cromosoma es una sección de ADN³⁵ llamada telomeres, que va haciéndose más corto cada vez que la célula de la que forman parte se divide, hasta que llega a un momento crítico en que el telomeres prácticamente desaparece, es entonces cuando la célula cesa de dividirse, envejece y muere dejando de contribuir a la función del órgano o tejido del que forma parte.

2. Antecedentes históricos de la clonación

2.1. Antecedentes

³⁵ La idea de que la secuencia de ADN determina nuestra predisposición a padecer algún tipo de enfermedad es hasta el momento considerada como una gran verdad por la genética; sin embargo, las nuevas investigaciones apuntan a que esto podría no ser del todo cierto, ya que la propia cadena de ADN todavía guarda secretos insospechados. Científicos como Manuel Steller director del laboratorio de Epigenética del Cáncer adscrito al programa de patología Molecular del Centro Nacional de Investigaciones Oncológicas (CNIO) DE España, creen que en realidad los genes no son tan poderoso. Su afirmación surgió luego de innumerables estudios realizados en ochenta gemelos idénticos, de los cuales sólo uno de los elementos de la pareja había desarrollado trastornos como le cáncer, diabetes o esquizofrenia; mientras el otro se mantenía saludable por completo a pesar de contener la misma carga genética en su cuerpo. ¿Qué sucede entonces? La explicación tradicional se refiere a que el ambiente donde se desarrolla la persona influye de manera determinante en el origen de esos trastornos, el cual interacciona con los genes y genera un fenotipo o aspecto externo de la propia cadena de ADN que termina por causar una alteración en la salud de la persona. NO TODO ESTÁ EN LOS GENES, ZUBEROA, Marcos. EN: revista muy interesante. AÑO 22. No. 262. ISSN 0122-3577. PÁG. 44/45.

Partiendo del concepto general del vocablo clonación ya definido en el desarrollo de ésta investigación, se encuentra que la clonación en el caso de los animales³⁶ mamíferos, tipificación similar a la usada respecto de la especie humana, se inicia con Illmense, Hopp, Mc. Grth y Solter, época en la que también se desarrolla la técnica que permite el trasplante de embriones a una madre sustituta, tecnología que ha sido utilizada con éxito en ganadería. En 1986 nace el primer ejemplar bovino en la Universidad de Madison donde el profesor Neal Firsiroti, utiliza un embrión bovino de seis (6) días y una descarga para fundirlo a un óvulo fecundado³⁷; además de lo anterior se tienen como antecedentes históricos de eventos asociados a la clonación los siguientes:

1. Se considera que en los 8000 y 1000 antes de Cristo se utilizaban animales que en apariencia eran caballos, perros, bueyes y camellos, derivados de la familia de los lobos³⁸.

³⁶ Los animales pueden ser tratados genéticamente para mejorar la ganancia de peso, crear animales que crezcan más rápido, mejorar la resistencia a las enfermedades e incrementar la fertilidad, la ingeniería genética sobre el ganado espera que tenga un gran efecto sobre la agricultura, pero plantea dudas éticas acerca del bienestar de los animales y de la seguridad. Los problemas de bienes se pueden alcanzar por manipulación del tamaño corporal, forma o capacidad reproductiva mediante la crianza, la nutrición, la terapia hormonal o la inserción de genes, en vía a incrementar el riesgo en el deterioro, las enfermedades metabólicas, problemas esqueléticos, o ginecológicos y trastornos mentales. Todos los trabajos deben ser sometidos a un análisis en el que se comparen los beneficios con el sufrimiento del animal. Por esto es necesario tener un buen asesoramiento sobre las consecuencias de la expresión de transgénesis y establecer unos criterios que permitan asegurar el bienestar de los animales. GALEANO REY, Juan Pablo. Manipulación Genética y Derecho en: blogspot.com. citado por: AGUILAR CABRERA, Denis Adán. La Manipulación Genética y sus Repercusiones en el Derecho Penal. Pág. 8.

³⁷ CASTRO de ARENAS, Rosa H. Manipulación genética y sus implicaciones ético jurídicas. Ediciones doctrina y ley. Santa Fe de Bogotá. 1999 pág. 12 citado por: HERRERA M. Gladys. Óp. Cit. p. 8.

³⁸ GUÍA ACADÉMICAS OCHUMMUN UNISABANA 2015 internet: (http://www.unisabana.edu.co/fileadmin/Imagenes/Inscripciones_y_Adminisiones/MUN_UNISABANA/MUN_Unisabana_2015/SOCHUM.pdf).

2. La polinización artificial de la palmera datilera en el arte Asirio, considerado como el acto humano que influyó en los diversos tipos de palmeras que se encuentran en la región.

3. Entre los años 1.952 y 1.970 se registró la clonación de ranas por parte de los investigadores Robert W. Briggs y Thomas J. King y John B. Gurdon.

4. En el año 1984 el investigador SteenWilladsen clonó corderos.

5. M. Sims y N.L. First, terneros en el año de 1994.

6. Megan y Morag, Ovejas en el año de 1995.

7. IanWilmut et al., en el año de 1996 la conocida oveja Dolly; publicitada en el año de 1997.

8. La compañía Infigen, Inc. En el año de 1997 registra la clonación de una Vaca además de realizar esos procesos respecto de

cerdos; en este mismo año la Oveja Polly por el científico británico Sir Ian Wilmut.

9. Se reporta la clonación de cabras en el año de 1998 por parte de la Universidad de Tufts de los Estados Unidos; año en el que también se clonaron 50 ratones a partir de un único.

10. En la ciudad de abruzos Italia, un muflón en el año de 2000.

11. Gato doméstico por La empresa Genetic Savings & Clone 2001-2002.

12. La empresa Argentina Biosidus clonó en 2002 la Vaca Jersey, convirtiéndose en el noveno país en lograr un producto clónico.

13. En el año 2003 fueron varios los eventos clónicos registrados, por ejemplo bueyes anteng por parte de Investigadores de Trans Ova Genetics and Advanced Cell Technologies; Investigadores de la Universidad de Idaho clonaron la primer mula a partir de feto de mula, el primer caballo clonado a partir de células adultas por parte de los Investigadores del Italy's Consortium for Zootechnical Improvement.

14. Investigadores del Texas A&M University y ViaGen Inc, clonaron un ciervo a partir de células adultas en el año 2003.

15. El 30 de julio de 2003 el Centro de Investigación y Tecnología Agroalimentaria de Aragón (CITA) clonó a “Celia” el último Bucardo vivo, que falleció al instante por una afección pulmonar ³⁹.

16. En el año 2005 se clonó el primer perro de nombre Snuppy por investigadores de la Universidad Nacional de Seúl en Corea del Sur.

17. La Compañía de clonación ViaGen, Austin, Texas en el año 2006 clonó el primer caballo a partir de células del mejor caballo campeón de carreras de barriles, Scamper, de la jineta Charmayne James.

18. En 2010 en España fue clonado el primer toro de lidia o toro bravo especialmente de uso para espectáculos taurinos por científicos de la Fundación Valenciana de Investigación Veterinaria (VIVE)⁴⁰.

19. En 2015 Argentina logró clonar ejemplares de chita por primera vez en el mundo, en el marco de un programa de investigación de la Facultad de Agronomía de la UBA (FAUBA) orientado a proteger animales que están en peligro de extinción.

³⁹ JAVIER SALAS. Celia no logra resucitar. EN: El País. (15 de diciembre de 2014).

⁴⁰ https://es.wikipedia.org/wiki/Anexo:Animales_clonados

Como se observa las prácticas relacionadas con la manipulación genética sobre animales se han acentuado a partir del nacimiento de la genética como disciplina.

Desde el año 1.900 ha crecido y desarrollado la ciencia, el primer gran avance fue sobre la teoría cromosómica de la herencia, concepto propuesto por Sutton y Boveri en 1902, lo desarrollaron Morgan (1.910, 1.912) en el cual se plantea que los genes se encuentran en los cromosomas; establecimiento sobre el cual se desarrolla la genética de la transmisión. El segundo evento trascendental para la evolución de la genética fue el descubrimiento del ADN hecho por Avery, MacLeod y McCarty; molécula contentiva de la información genética⁴¹.

En la publicación *Manipulación Genética: Metodología, Aplicaciones y Bioética. 2001* se resaltan los siguientes eventos, a partir de los cuales se ha hecho más comprensible la estructura y funcionamiento del organismo humano; lo cual desde un análisis absolutamente positivo es favorable para el avance en investigaciones, procedimientos y productos favorables para la protección de la salud, la integridad física y la vida del ser humano. De éstos se destacan:

- En 1.956 la identificación de los 23 pares de cromosomas en las células humanas.

⁴¹ GARCIA BARRENO. Pedro. Estrategias Terapéuticas para el Nuevo Milenio del Genoma a la Terapia Génica pág. 57. Internet: (<http://www.rac.es/ficheros/doc/00368.pdf>).

- En 1.970 se logró la identificación de las primeras enzimas de restricción (es aquella que puede reconocer una secuencia característica de nucleótidos dentro de una molécula de ADN y cortar el ADN en ese punto en concreto, llamado sitio o diana de restricción) que habilitaron el proceso hacia la creación de la primera molécula de ADN en el laboratorio o molécula recombinante; es decir creada in vitro.

- En 1.978 se logró la clonación del gen de la insulina humana.

- En 1.990 se logró el primer tratamiento con éxito mediante terapia génica (Tratamiento consistente en la introducción de genes específicos en las células del paciente para combatir ciertas enfermedades) en niños con padecimiento de trastornos inmunológicos conocidos como niños burbujas, es decir los niños que tienen afectado el sistema inmunitario adaptivo, lo cual conlleva a que sus defensas no se activen, siendo esta una condición que los hace más vulnerables ante las condiciones y cambios propios de entorno.

En el ámbito ambiental la clonación en animales también genera posiciones contrarias; de un lado intranquilidades especialmente en lo relativo al impacto de la clonación de mamíferos, al considerar que la práctica atenta contra la biodiversidad y las variabilidades genéticas de las especies e influye negativamente sobre el equilibrio ecológico basándose en que la práctica a largo plazo atenta contra la

biodiversidad y el equilibrio ecológico⁴² . Como positivo la clonación de animales permite la perpetuidad de especies interesantes desde el ámbito ganadero, así como animales transgénicos productores de sustancias altamente interesantes en productos farmacológicos y sanitarios o portadores de órganos para trasplantes⁴³.

Las reacciones relacionadas con la evolución de la biogenética y la biotecnología palpables en el caso de “la oveja Dolly”, se traducen en multiplicidad de efectos imprecisables; análisis de conveniencias, fundamento de expediciones normativas, algunas equilibradas en cuanto propender por el cuidado y la garantía de todos los intereses que declarados en juego por cuenta de la practicas clónicas, algunas benevolentes con la investigación científica que tantos valores ha aportado al universo; otros temerosos recurren a la restricción prematura y posiblemente infundada a través de las normas, y otros tantos para evitar el reproche incursionan en prácticas furtivas, subrepticias u ocultas para conocer qué tanto más puede ser el hombre, cuan aún más puede deslumbrarse, y que tan útiles pueden llegar a ser sus descubrimientos en los distintos intereses que mueven la sociedad⁴⁴.

⁴²Barrios García. Bárbara. Doctora en Ciencias Biológicas del Centro Nacional de Genética Médica Instituto Superior de Ciencias Médicas de La Habana “La Clonación: un Reto a la Responsabilidad de los Hombres”, revista latinoamericana de Bioética pág. 6.

⁴³Pastor García, Luis Miguel “Consideraciones Bioéticas Sobre la Clonación Humana y Animal”, Universidad de la Sabana. Internet: (<http://personaybioetica.unisabana.edu.co/index.php/personaybioetica/article/view/634/1810>).

⁴⁴ APARISI MIRALLES, Ángela. Bioética, Bioderecho y Biojurídica, las reflexiones desde la filosofía del Derecho, registra la evolución científica a partir de los años 90 donde dice advertirse cambios bajo convicción de que el desarrollo de la humanidad depende del desarrollo tanto científico como tecnológico; la ciencia y la tecnología en: www.boe.es

2.2. Información y apreciaciones sobre la oveja Dolly como fenómeno hito de la clonación

Existieron antes de Dolly otros animales producto de la clonación; sin embargo la clonación de la Oveja Dolly ha sido universalmente el suceso de mayor recordación, seguramente por haberse logrado a partir de una célula adulta⁴⁵, investigación y procedimiento adelantado por el Instituto Roslin de Edimburgo, Escocia, liderado por el Dr. Ian Wilmut quien intentó en 277 oportunidades lograr la transferencia nuclear para clonar una oveja de variedad Finn Dorset “cara blanca”⁴⁶.

El grupo escocés eligió una oveja porque había comprobado en trabajos anteriores que eran animales especialmente idóneos para criar fetos clonados a partir de células embrionarias⁴⁷; se registra que de los intentos sólo 29 embriones se activaron los cuales fueron implantados en 13 ovejas de otra variedad conocidas como “cara negra”, procedimiento del cual se obtuvo como resultado solamente un clon conocido universalmente como Dolly cuya importancia radica en que se trata

⁴⁵ Representa un alto valor para la conservación y recuperación de la salud la posibilidad generada por La Oveja Dolly al abrir otro importante frente en la investigación biomédica. La posibilidad de obtener células embrionarias multipotentes con la misma identidad genética de un individuo adulto, a menos en teoría, es una gran promesa para algunos pacientes. Siendo el rechazo inmunológico el mayor obstáculo en el trasplante de órgano y tejidos, se esperaría que las células obtenidas por clonación, no evocaran la reacción del organismo ante tejidos extraños. BUSTOS JAIMES I, CASTAÑEDA PATLÁN C, HERNANDEZ, J, RENDÓN HUERTAS E., REYES VIVAS H. y ROMERO ALVAREZ.I. Clonación humana: implicaciones biológicas y éticas. EN: <http://bq.unam.mx/mensajebioquimico>.

⁴⁶ LAURA CASTAÑEDA MARÍA DE JESÚS Partida a través de ensayo titulado “Clonación”, publicado lunes, 23 de marzo de 2015. Internet: (<http://dcarrizalestorres149.blogspot.com/>).

⁴⁷ LEWONTIN. Richard. Óp. Cit. Pág. 250.

del primer mamífero clonado, nacido el 5 de Julio de 1996, información que fue publicada en 1997 aproximadamente 7 meses después de su nacimiento tuvo corderos de manera natural. Ésta oveja debió ser sacrificada el 14 de febrero del 2003 por inyección letal debido a padecimientos de artritis y cáncer pulmonar⁴⁸.

Entre las notables preocupaciones en el caso de la Oveja Dolly ésta su pronto fallecimiento al tener en cuenta que el promedio de vida de las ovejas de la raza de ésta (Finn Dorset) es de 12 años; Dolly vivió solo 6 años; sin embargo a partir de éste suceso se ha especulado sobre la influencia de la edad de las células adultas obtenidas para lograr productos clónicos; es decir, la visible posibilidad de que los productos clónicos tengan un ciclo de vida abiertamente más reducido haciendo que la clonación a partir de células adultas genere copias defectuosas⁴⁹.

Si bien las consecuencias del deceso de “Dolly” dejó preocupaciones, es positiva la demostración de los técnicos que la clonaron quienes le comprobaron a los científicos que no era cierto, como ellos lo venían sosteniendo, que las células adultas de los animales complejos no poseían la totalidad de la información originariamente contenida en ellas, pues, se pensaba que cuando una célula se especializaba en determinada función, únicamente conservaba la información atinente a la función que ejercía. Éste fue el concepto teórico que se vio desvanecido con el experimento que permitió crear un animal con idéntica carga genética a otro, pues, lo que en realidad hizo fue tomar una célula de la glándula

⁴⁸ LAURA CASTAÑEDA. MARIA DE JESÚS. Clonación. EN: Revista Digital Universitaria (10 de marzo de 2004) Volumen 5 Número 2• ISSN: 1067-6079.

⁴⁹ RODRIGUEZ CALCAÑO. Rafael. Una Oveja Llamada Dolly. Caracas: D'VINNI, 2005. Pág. 25.

mamaria de una oveja y se le extrajo de su núcleo para colocarlo en un óvulo enucleado de otra oveja⁵⁰.

Los mayores cuestionamientos fueron enfocados a evidenciar que respecto de la clonación humana, en efecto hay más interrogantes que respuestas; a su vez en los debates suscitados por éste evento, se resaltó la diferencia entre la clonación completa de un ser y la misma para fines terapéuticos; por ejemplo, se puede preguntar entonces ¿Qué es Dolly de la oveja dueña de la célula a la que se le extrajo el núcleo que fue colocado en el óvulo de la otra oveja? ¿Qué es Dolly de la oveja dueña del óvulo? De cuál de las dos ovejas es hija o hermana Dolly?. Este mismo ejercicio se puede hacer como si se tratara de un ser humano para dimensionar la magnitud de la confusión que se puede generar en el campo del derecho, sin que nos detengamos a pensar en los problemas éticos⁵¹

A partir de allí por ejemplo en España el suceso de la Oveja Dolly causó como reacción la apertura de la búsqueda de mecanismos tendientes a decidir sobre la modificación de la legislación que permita investigaciones con células madre embrionarias humanas, sus usos y beneficios en procedimientos de trasplantes especialmente enfocados a determinar la compatibilidad y en consecuencia a eliminar el riesgo de rechazo inmunológico como principal factor de preocupación.

Adicionalmente el Comité Asesor de Ética en Investigaciones Científicas y Tecnológicas creado por el Gobierno Español en el año 2.002 concluyó a partir del

⁵⁰ JIMENEZ MORENO, Juan G. Aproximación a la manipulación genética en el nuevo Código penal. Colombia: Leyer. 2001, p. 25.

⁵¹ Ibíd. Pág. 26.

fallecimiento de Dolly que el proceso de clonación ameritaba estudios intensos sobre la reprogramación del material genético de una célula y resaltó la importancia de enfocar todos esos esfuerzos hacia el entendimiento de la programación y reprogramación del desarrollo de las células, más no a la obtención de clones animales; concluyendo que como consecuencia de lo acaecido con la Oveja Dolly se brindaban más argumentos en contra de la clonación humana.

De otro lado se ha calificado como espectacular y simbólico el evento de creación de la oveja Dolly, recordando la publicación al respecto realizada por la revista *“TheEconomistel trasplante del núcleo de una célula diferenciada que contendrá toda la información genética a un ovocito no fecundado, en la clonación de la oveja Dolly”*; donde se señaló que a través de la oveja clónica Dolly los científicos han franqueado otro umbral en la creación de vida, haciendo evidente el nerviosismo de la sociedad aludiendo las alarmas que en el ámbito científico, social y político se desataron esencialmente ante la posibilidad de mal uso potencial de la clonación particularmente en humanos.

La creación de la Oveja Dolly generó pronunciamientos jurídicos referidos a los derechos de patentes, motivando determinaciones que establecen claramente la diferencia entre los derechos que corresponden por la invención de métodos para lograr la clonación y la propiedad respecto del producto clónico; para el Tribunal Supremo de Estados Unidos no se puede patentar la naturaleza y Dolly pese a haber sido creada en un laboratorio es de un progenitor natural⁵²; Así, un vocero de

⁵² JEFF J.MITCHELL. Dolly, la oveja rechazada. EN: El País. (30 de septiembre de 2014).

la Conferencia de Obispos Católicos de Inglaterra y Gales urgía a que se prohibiera la reproducción asexual dando por un hecho que los hombres serían clonados “Todo ser humano tiene derecho a tener dos padres biológicos” demandó; el Presidente de Francia Jacques Chirac presionó al Grupo de los Siete⁵³ para hacer una condena del procedimiento y declararlo ilegal, el budista Donald López previó muy serios y graves problemas a la teoría del karma y se preguntó ¿Heredaría el hombre clonado el karma de la persona de la cual proviene? ¿Qué hizo en su vida anterior ésta oveja (Dolly) que motivó que en esta vida fuera reproducida de nuevo. Richard McCormick, Eticista Jesuita de la Universidad de Notre Dame declaró enfáticamente que una persona que se replica a sí mismo sería aplastantemente egoísta; el bioeticista protestante Alan Verhey declaró que tal modo de reproducción haría a los padres pensar en sus hijos como mero producto.

El gobierno de los Estados Unidos a través del Presidente Clinton prohibió que los fondos federales fueran utilizados en los experimentos de clonación humana y encargó a la NationalBioethicsAdvisoryCommission (NBAC), asesora del gobierno norteamericano en biotecnología⁵⁴ investigar las repercusiones éticas y legales de

⁵³ se refiere al grupo denominado G-7 integrado por Alemania, Canadá, Estados Unidos, Francia, Italia, Japón y Reino Unido.

⁵⁴ La biotecnología es el conjunto de ciencias que manipulan la materia vida, en particular las células, que son los ladrillos que forman a todos los seres vivos. esta ciencia utiliza técnicas y equipos muy sofisticados y costosos. Actualmente los científicos pueden aislar e incluso modificar los componentes de las células, por ejemplo los genes que contienen nuestras características hereditarias. por ello algunos investigadores consideran que los seres vivos (plantas, animales, personas) son simples conjunto de genes, que pueden manipularse a voluntad. Estos científicos opinan que hoy los hombres pueden controlar la propia evolución humana. Empezó a ser utilizada cuando se cultivó la primera planta, hace más de diez mil años. Después de ser cazadores y recolectores, los humanos se convirtieron en agricultores. A lo largo de los siglos seleccionaron y cruzaron animales domésticos para conservar a los más aptos. También seleccionaron plantas para obtener las más productivas, hicieron injertos de dos tipos de plantas diferentes, sembraron esquejos

tal procedimiento, tres meses después el 09 de junio de 1997 dicha comisión hizo público un reporte, en el que manifiesta enfáticamente: “En estos tiempos es moralmente inaceptable, sea en el sector público o privado la creación de un niño utilizando la transferencia nuclear de células somáticas”, clonación. Consideró que el procedimiento implicaba graves riesgos al feto y al niño potencialmente creado, advirtiendo que muchas otras repercusiones éticas que han sido detectadas requieren ser ampliamente difundidas antes de que la tecnología pueda ser usada. La misma comisión hizo las siguientes cinco recomendaciones al presidente de los Estados Unidos:

1. La moratoria decretada ya debía continuar con toda firmeza y las clínicas, los investigadores y sociedades profesionales debían ser invitados para que cumplieran voluntariamente conforme a las intenciones del gobierno.
2. La legislación federal debe ser encaminada a prohibir cualquier intento de crear un niño por medio del SNT.
3. Los Estados Unidos deben cooperar con otras naciones del orbe para establecer las debidas restricciones en este campo.

(procedimiento mediante el cual al plantar una rama se obtiene una planta como la original). La novedad es que el hombre puede, de golpe, franquear la barrera de las especies. Hoy puede implantar un gen de bacteria, de planta o de animal (incluido el ser humano) en un ser vivo de otra especie. ANDRIEU, philippe. ¿están locos los científicos? Clonación y manipulación de los seres vivos. 1ª edición. Libros del escarabajo. México. 2007. 10/14.

4. Cualquier regulación o legislación tendiente a prohibir la clonación humana debe ser cuidadosa de no interferir con otras importantes tareas de investigación científica que tiene por base la clonación⁵⁵.

Pero, quizás lo más relevante de las elucubraciones y acciones generadas por la creación de “Dolly” es la exhortación al mundo científico para el ejercicio y puesta en marcha de sus conocimientos e inquietudes, de manera responsable, observando que no sólo está en sus manos la tarea de conocer los secretos de la vida, sino también la responsabilidad del uso que se le dé a los nuevos conocimientos, “la investigación tiene una responsabilidad y debe pensar en las consecuencias de cada avance y más cuando se trata de seres humanos⁵⁶.”

3. La postura de las religiones ante la clonación y la cuestión de la objeción de conciencia

3.1. Religión y clonación

La religión puede decirse es la única institución que aún con el transcurrir de los años y las variaciones propias que este evento represento permite cambios en las concepciones encauzada hacia elreconocimiento indiscutible e innegociable

⁵⁵ HURTADO OLIVER. Xavier. El Derecho a la Vida ¿y a la muerte? 2ª Edición.. México D.F. Editorial Porrúa, 2000. PÁG. 81.

⁵⁶ LLANOS, Alfonso. La Econocimia y las ancias de poder van aa llevar a que el hombre se clone. Tomado de la revista de El Espectador. No. 34. Domingo qq de amrzo de 201, p. 13 citado por: HERRERA M. Gladys. Óp. Cit. p. 15.

de la vida⁵⁷, la dignidad humana y la familia como valores inamovibles de la sociedad.

Los pilares de la iglesia están orientados al reconocer al ser humano e intervenirlo a orientar su comportamiento personal, familiar⁵⁸, social y en general de todas las esferas en las que participe y se desarrolle; para lograr que la expresión del deber ser sea conforme a los evangelios y se cumpla integralmente desde el concepto de la ética, así mismo los hombres han reconocido el rol de la iglesia como institución primaria que impulso, socializó e impuso normas, así sean denominadas de connotación religiosa . Ante este panorama, para el cumplimiento de su misión la iglesia católica no ve y no ha visto en ningún momento de la historia sobre el hombre limitaciones dadas por la cultura, la política, restricciones por cuestiones de frontera; el hombre es la prioridad de Cristo y por esto su principal objetivo es

⁵⁷ Sin duda alguna el diálogo entre las religiones en pro de la vida ha tomado la forma de una tendencia emergente para hacer de nuestro mundo un espacio habitable y hasta cierto punto más pacífico, razón por la cual, judíos, cristianos, musulmanes, hindúes, budistas, sin olvidar las religiones indígenas, el sikhismo y el espiritismo, la religión tradicional china, la yoruba, la juche, la baha'i, hasta el jainismo, el shintoísmo, la iglesia de la ciencia y la tecnología e incluso el rastafarianismo, el neopaganismo, la religión tenrikyo y el zoroastrismo, hemos de reconocer que las religiones más que un cúmulo de doctrinas deber ser una manera de vivir con los demás y para los demás, o sea que se trata de convertir el diálogo en un estilo de vida que a su vez proponga el respeto de las diferencias como el mejor sendero de encuentro, de inclusión, de la comunicación y la cercanía. SILVA ROJAS, Alonso. Humanismo y Bioética en la Universidad, Cultura y Derecho a la Vida. 2ª Edición. 2008. EIVOS. Colombia. pág. 31.

⁵⁸ La familia como célula original de desarrollo humano es al propio tiempo eslabón cultural en el desenvolvimiento de los individuos que la integran y eslabón político en la conformación de los Estados. Este doble juego genera una cadena de transmisión, que por un lado crea cuerpo social y por otro permite el traspaso cultural de su contenido a través de siglos, se asienta en definitiva en las características de individualidad que poseen sus miembros, que por un lado son diferentes entre sí y por otro similares socialmente hablando. GOYENA COPELLO, Héctor R, Durán Acuña, Luis D., LACADENA, Juan R., GONZALEZ DE CANCINO, Emilssen, SESTA, Michele, IGUAN ARANA, Mario G., ALARCÓN ROJAS, Fernando; MIRANDA LUNA, Eduardo, ANTÓN Ricardo E; RENGIFO GARCIA, Ernesto, MORENO Gustavo D, RIVERA SIERRA, Jairo, BALLESTEROS BELTRÁN, Jaime; RODRIGUEZ RAMOS Antonio M, CAMARGO DE LA HOZ, Carlos D.; SILVA RUIZ, Pedro F; COLL DE PESTAÑA, Ivett, YUNIS TURBAY, Emilio. Familia, Tecnología y Derecho. 1ª Edición. 2002. Colombia. Panamericana. pág. 15.

indiscutiblemente asegurar que ninguna condición personal originaria o contextual sea una restricción a la plenitud de las bondades o “derechos” que le correspondan por la gracia de Dios, con especial recelo del cuidado de la dignidad del hombre (género masculino o femenino) en razón a su promovida y siempre proclamada semejanza con Jesús, motivo que justifica el merecimiento de todo y centro de las acciones y motivaciones del universo.

Por esto se hace transversal a cualquier Estado e incluso no solo se limita a ser un concepto meramente transversal sino que por su alto componente ético ha sido históricamente el punto de partida de Organizaciones Estatales, sin embargo, se puede llegar a considerar que mientras el Estado se encarga de los asuntos sociales y no puede interferir en el orden espiritual, individual o buscar adentrar en la conciencia; la iglesia por su parte si va enfocada en llegar a tales esferas, generando adicionalmente posturas tendientes al establecimiento de limitaciones inamovibles para evitar que los gobiernos también gobiernen las conciencias de los asociados⁵⁹.

⁵⁹La constitución Política de Colombia dispone como derecho fundamental la libertad de culto, establecida en el artículo 19. Se garantiza la libertad de cultos. Toda persona tiene derecho a profesar libremente su religión y a difundirla en forma individual o colectiva. Todas las confesiones religiosas e iglesias son igualmente libres ante la ley; normativa superior reglamenta por la Ley 133 de 1994, ley que en sus consideraciones permite evidenciar la función del Estado bajo motivaciones religiosas al manifestar que El Poder Público protegerá a las personas en sus creencias, así como a las Iglesias y confesiones religiosas y facilitará la participación de éstas y aquellas en la consecución del bien común. De igual manera dispone que mantendrá relaciones armónicas y de común entendimiento con las Iglesias y confesiones religiosas existentes en la sociedad colombiana; en suma El Estado reconoce la diversidad de las creencias religiosas, las cuales no constituirán motivo de desigualdad o discriminación ante la Ley que anulen o restrinjan el reconocimiento o ejercicio de los derechos fundamentales. Todas las confesiones Religiosas e Iglesias son igualmente libres ante la Ley.

La religión hace parte de los grandes rasgos diferenciadores⁶⁰ de una sociedad; por la intervención de la iglesia, para su propia subsistencia y protección, se han clasificado las sociedades por ejemplo entre religiosas tolerantes y sociedades seculares⁶¹, en la primera el culto de las personas es un objeto autónomo de protección constitucional, en la medida en que se advierte valiosa en sí misma considerada la práctica de la religión; en cambio en la segunda la admisibilidad de la religión se funda en que ese escenario es una expresión de la libertad del individuo de guiarse por un modelo de conducta particular, que puede o no ser religioso, cuyo único límite predicable es que no contradiga el orden público y los derechos de los demás. La iglesia pasa de ser más que respetuosa o no de la religión a tipificar los Estados y definir normativas jurídicas. En primer lugar existen los Estados confesionales, los cuales adscriben el aparato estatal a un credo particular y específico y, de manera correlativa, prohíben o restringen la práctica de otras expresiones religiosas distintas.

Tales medidas no solo toman la forma de des estímulos para la práctica de credos diferentes, sino la asimilación de la población al credo oficial, por lo que es usual que las prescripciones religiosas tengan carácter jurídico formal; otro tipo de Estados tienen una religión oficial, pero que a su vez son tolerantes a otras prácticas religiosas, razón por la cual no imponen sanciones a quienes no comparten el credo estatal, en este escenario, resultan admisibles regulaciones legales que promuevan

⁶⁰ La cultura, costumbre, forma de gobierno, arte, lenguaje e idioma, etnia, prácticas comerciales, nivel económico y educativo son criterios que identifican sociedades.

⁶¹ Según Sentencia C-817 de 2011, H.M. Luis Ernesto Vargas Silva.

la religión del Estado o que le reconozcan tratamientos preferentes respecto de otras religiones, ésta se halla categorizada en dos vertientes: la conformada por los Estados con religión oficial, pero que toleran otros credos; y el grupo de Estados que tienen una religión oficial, pero aceptan la plena libertad religiosa para sus ciudadanos; otra clase de Estados son de orientación confesional, Estados que aunque no asumen oficialmente una religión oficial a través de normas jurídicas formales, en todo caso admiten la validez en su ordenamiento de normas que otorgan tratamiento preferencial a un credo particular, merced de su carácter mayoritario y/o su vínculo con una práctica social igualmente mayoritaria; también hay Estados que basan su modelo de organización política en un criterio secular fundado en la estricta separación entre iglesias y Estado, al igual que en el reconocimiento de la libertad religiosa y en la correlativa prohibición para el Estado de prohijar un credo particular.

Estos regímenes constitucionales reconocen el hecho religioso y protegen la libertad de cultos⁶² pero, por su laicismo, no favorecen ninguna confesión religiosa por cuanto consideran que ello rompería la igualdad de derecho que debe existir entre ellas. Ello implica, como contrapartida, que la autonomía de las confesiones religiosas queda plenamente garantizada, puesto que así como el Estado se libera

⁶² HUERTA y ZANELLI. Óp. Cit. p. 198 se le denomina libertad de cultos, que permite a toda persona celebrar ceremonias, ritos o actos de culto con sus propias convicciones; libertad que puede ser limitada por las leyes que razonablemente busquen la tutela de la seguridad, el orden, la salud, la moral pública o los derechos y libertades fundamentales de los demás, cuyo mantenimiento se estiman indispensables para la existencia, la conservación y el desarrollo de la sociedad.

de la indebida influencia de la religión, las organizaciones religiosas se liberan de la indebida injerencia estatal, a éstos se les denomina laicos o seculares; así mismo existen Estados que son ateos y a su vez intolerantes de toda práctica religiosa postura contraria a los derechos humanos y por ende al modelo democrático⁶³.

Estos conceptos hacen visible la convergencia de la iglesia y el Estado entorno al hombre; por esto el análisis de los efectos de la clonación motiva posiciones y pronunciamientos desde las dos instituciones, desde el Estado porque cuando la moral y las buenas costumbres no son suficientes para mantener el orden social se necesita para garantizar el ordenamiento jurídico del poder coercitivo del cual se encuentra revestido; esencialmente porque para ambas instituciones la vida del ser humano como “don “ o “derecho” es sencillamente lo principal.

Desde ésta óptica la clonación por estar destinada fundamentalmente a la creación de vida atenta contra los criterios históricos que durante todos los tiempos han atribuido y otorgado ese poder exclusivamente a Dios y por ello la iglesia católica como institución encargada de proteger y difundir lo consignado en las escrituras, es la principal contradictora de la práctica de la clonación al considerar esencialmente que todas sus evangelizaciones y enseñanzas se desprenden del respeto a Dios como hacedor de vida y proveedor de todo lo que el vivir representa, así la clonación se conceptúa como hecho abusivo y moralmente censurable, aun estando enfocada a fines terapéuticos no logra escapar de dichos calificativos bajo

⁶³ Tomado de Sentencia C-817 de 2011 con ponencia del H.M. Luis Ernesto Vargas Silva.

el argumento que no se puede crear un individuo para después suprimirlo en beneficio de otro; aun siendo válido incentivar las investigaciones científicas, respecto de las cuales deben establecerse como límites el respeto por la dignidad humana y sobre todo el papel de Dios como creador de vida, y evitar simplificar al hombre en fuente de piezas de recambio⁶⁴.

La biología y la genética movidas por la inquietud individual, la permisibilidad social o estatal e incluso incentivada por necesidades económicas han buscado colmar el vacío insalvable existente entre lo vivo y lo no vivo sin respuestas satisfactorias y sin lograr colmar las expectativas como sí lo logra la naturaleza de manera simple o simplemente por la voluntad de Dios; situación que ante la imposibilidad de absolverse por la ciencia e investigaciones científicas hace permanecer fuerte la posición de la iglesia de otorgar carácter espiritual al origen de la vida, pues las ciencias basadas en prácticas sobre la materia no logran ofrecer posiciones sensatas y absolutamente convincentes; sus explicaciones solo se limitan a explicar en qué consiste ser carne viva mas no a ofrecer información sobre la generación de vida, es decir, una cosa es lograr saber de qué están hechas las cosas y otra saber cómo se crean⁶⁵.

Razón por la cual no pueden desatenderse las inquietudes que desde lo teológico genera la clonación humana, donde se realiza un análisis de su finalidad

⁶⁴ Argumentos católicos contra experimentos de clonación en : aciprensa@aciprensa.com

⁶⁵ LEWONTIN. Richard. El sueño del Genoma Humano y Otras Ilusiones. España PAIDOS, 2000. Pág. 109.

y se admite que ésta en efecto, puede ser usada para proveer tejidos de trasplantes, pero también se hace una valoración contraria de acuerdo a la preservación de la ética como pilar de la ideología religiosa y máximo concepto utilizado para la reprobación de la práctica de la clonación; al considerar que su uso puede permitir por ejemplo a parejas homosexuales tener hijos relacionados genéticamente con los padres; buscar la perpetuidad de sí mismo, satisfacer el deseo de tener hijos genéticamente idénticos, clonación de personas catalogadas de alto valor para la sociedad o sustitución de familiares fallecidos o moribundos. En sus opiniones al igual hace visible la preocupación por que la práctica al estar impregnada de riesgos no determinables pueda generar epidemias devastadoras, deformaciones e incidir altamente en las causas de muerte⁶⁶.

Otros aspectos que hacen inamovible la postura de la iglesia católica son la defensa de la personalidad del alma, elementos diferenciadores inter-personas; igual que la defensa de Dios como único creador y hacedor de vida, la preocupación por la potencialización del racismo⁶⁷ al permitir seleccionar libremente los rasgos generando a futuro un riesgo para la diversidad racial y en contrario favoreciendo la

⁶⁶ Gary William. "Clonación: Avance Científico o Atentado ético". Pág. 2. I-Books.

⁶⁷El racismo consiste en establecer distinciones y jerarquías entre grupos humanos y en practicar una discriminación contra algunos de ellos, alegando que sus cualidades o características se encuentran determinadas por la herencia biológica. El racismo se niega a considerar al hombre fuera de un sistema de categorías fundado en la aceptación de factores genéticos (reales o supuestos). Estos factores, en efecto, según la doctrina racista, diferencian, unen o separan a los hombres de modo radical y definitivo. Esta actitud es incompatible con las afirmaciones de la fe cristiana sobre 1." la unidad y 2." la dignidad de la naturaleza humana, así como con el espiritualismo cristiano. El racismo es una pseudo religión y tiene consecuencias desastrosas por la esencia misma del cristianismo; para la iglesia, cuando, al final, después de transcurrido el proceso completo de la historia, todos los pueblos y todas las razas hayan llegado a unificarse en Cristo, podrá decirse en verdad: ha sido creado el hombre.

homogenización de los seres humanos⁶⁸; la transgresión al derecho de las personas a nacer en y del matrimonio⁶⁹.

Brevemente y en estos términos reaccionaron las iglesias del mundo ante la noticia de la clonación⁷⁰:

La iglesia Católica Romana opina: “ Los intentos o hipótesis de obtener un ser humano sin ninguna conexión con la sexualidad, por medio de la fisión gemelar, clonación o partenogénesis, deben ser considerados contrarios a la moral y la ley, en tanto que están en oposición a la dignidad de la procreación humana y de la unión conyugal.

La iglesia Ortodoxa Cristiana, a través del reverendo doctor Stanley S. Harakas, expresa “La clonación humana violaría prácticamente la dimensión sacramental del matrimonio, la vida familiar y la cultura espiritual, así como la integridad y la dignidad de la persona humana. Muchos están listos para aceptar medios tecnológicos para asistir a marido y mujer para concebir descendencia; nosotros hemos trazado una línea a la intervención de terceros en esa sagrada relación, porque trasgrede la unidad física y espiritual de los esposos ¿Cómo aprobaríamos la sustitución de uno de los esposos por un laboratorio?⁷¹.

La iglesia de Escocia ha dicho que clonar a un ser humano sería “Éticamente inaceptable” en principio declara, que replicar a un ser humano tecnológicamente es

⁶⁸ CIENFUEGOS Natalia, Ferez Antonia, Traub Bernardita. “CLONACIÓN, Ya nadie es púnico”. Universidad Adolfo Ibáñez. (2008).

⁶⁹ P. GUILLERMO LEÓN ZULETA S. Dignidad Humana y clonación, Posición de la Iglesia Católica. EN: Revista Latinoamericana de Bioética pág. 1.

⁷¹ HURTADO OLIVER. Xavier. Óp. Cit. Pág. 83. En cita de Donum Vitae, Vaticano, 1987.

una violación de la dignidad básica y de la individualidad y la unicidad de cada ser hecho a la imagen y semejanza de Dios y dadas por él a un individuo y a ninguno otro. No es el caso de los gemelos, aclara, éticamente hay un mundo de diferencia entre escoger para reproducir a un individuo existente y la imprescindible ocurrencia de gemelos que están en el vientre de la madre y se desconoce la naturaleza, la tecnología de la clonación es un medio para un fin, la reproducción humana no lo es en ningún caso. Esto representa un inaceptable abuso humano y una potencial explotación que deben ser prohibidas.

De todo, son profundas las palabras del Papa Juan Pablo II ante los participantes del Simposio sobre la Experimentación en Biología Promovido por la Pontificia Academia de las Ciencias el día 23 de octubre del año 1982 y ante la asociación médica mundial el 29 de octubre de 1982 al expresar que el progreso tecnológico permite al hombre tomar las riendas de su propio destino, pero puede llevarlo a sobre pasarse en el dominio de su propia naturaleza, poniendo en peligro la supervivencia y la integridad de la persona humana; dice además que la ciencia no es el valor más alto al que deben subordinarse todos los otros valores, hay que poner en un nivel más alto el derecho personal del individuo a la vida física y espiritual, a su integridad psíquica y funcional.

El reconocimiento de la dignidad de la persona está por encima del valor de la investigación científica. Adicionalmente dice, deben tomarse precauciones con la experimentación farmacológica para garantizar la inocuidad de la experimentación, la cual debe estar precedida de investigación preclínica a la realizada en la persona humana; refiere el deber de existir un consentimiento informado por parte del sujeto

que se va a someter a experimentación; y finalmente expresa que la experimentación se justifica siempre que responda al interés del individuo y no de la colectividad, cerrando sus consideraciones con condena explícita de las manipulaciones argumentando la negativa de utilizar al ser humano desde su concepción hasta la muerte como instrumento de ningún fin⁷².

Uno de los argumentos religiosos más comúnmente esgrimidos en contra de éstas técnicas es su interferencia en la sacralidad de la vida humana; la cual es única y especial y debe ser creada, determinada y controlada solamente por Dios. Muchas religiones hacen valer su creencia en la individualidad del alma humana y se preguntan si justamente en el cuerpo humano se clona el alma también.

El matrimonio como institución sumamente valorada por la iglesia católica igualmente motiva la radicalidad de ésta contra la clonación; la iglesia católica considera que las funciones orgánicas y sexuales en el matrimonio son inseparables. Por tal razón la licitud de la ética de la de la reproducción humana está condicionada a que se logre mediante la cúpula perfecta. Lo contrario lo considera una violación de la ley natural⁷³.

También hace referencia a la esterilidad como calamidad que afecta emocionalmente a la pareja humana, a su vez reconoce la existencia de un derecho absoluto a la descendencia resaltando que la infertilidad y la esterilidad no afecta la santidad, la validez del matrimonio y habilita a las parejas a recurrir a técnicas científicas siempre que no vayan en contra de la naturaleza y se proteja la dignidad

⁷² HURTADO OLIVER. Xavier. Óp. Cit. Pág. 109.

⁷³ HURTADO OLIVER. Xavier. Óp. Cit. Pág. 103

de la procreación humana. La iglesia católica rechaza la procreación asistida al considerar que sería un sustituyente del acto conyugal; anota, la procreación es un acto personal de los cónyuges.⁷⁴

Exponiendoun punto de vista particular, debe destacarse de las religiones el efecto represivo causado en el hombre, en lo que corresponde a controlar la libertad egoísta y arbitraria natural del ser humano. En el derecho la represión y en la religión el temor, fungen como moderador social. La religión representa un instrumento efectivo en lo que a la cohibición atañe; la manipulación genética en todas sus expresiones y finalidades requiere de éste, no en el propósito prohibitivo, sino de garantizar que sus avances sean moderados de manera que se mitiguen o anulen verosimilitudes. En fenómenos inestimables como los comprometidos en la manipulación genética, todas las posiciones que llamen a la mesura, control, sensatez, prudencia y moderación, son útiles, máxime cuando ha sido evidenciado el desbordamiento en la utilidad de las invenciones logradas que contrario a ser empleadas para las finalidades altruistas que motivaron la investigación, resultaron como es el caso de la utilización de la energía nuclear en medios bélicos, fusiones nucleares, abono de nitrógeno empleado en la segunda guerra mundial como arma letal, que han resultado contundentes a la hora de causar catástrofes y destrucciones masivas, o algunos inventos que si bien son útiles en la finalidad

⁷⁴ La iglesia católica solo aprueba , con ciertas reservas, la inseminación artificial homóloga, es decir, la que se lleva a cabo utilizando el semen del marido pero definitivamente rechaza la heteróloga (IAD), bien sea que se utilice esperma de un clonado o bien el ovulo de una tercera persona. Descalifica la fecundación in vitro y la considera una técnica moralmente ilícita, porque priva a la procreación humana de la dignidad que le es propia y connatural por considerar que el niño no será producto propiamente del acto conyugal sino de la intervención del médico. HURTADO OLIVER. Xavier. *Ibíd.* p. 104.

para los cuales fueron diseñados, resultaron con efectos imprevistos como hasta ahora lo son también todos los relacionados con la manipulación genética.

3.2. La objeción de conciencia

Pese a ser múltiples los motivos que han pretendido ser instituidos como causales de desobediencia al ordenamiento jurídico, la objeción de conciencia fundamentada en la moral probablemente es la más robusta de las justificaciones aceptadas por la ley⁷⁵; de ahí recibe categoría la posición de la iglesia abordada precedentemente al recalcar la importancia de la ética, la moral, el respeto y temor de Dios como motivación para las regulaciones comportamentales del hombre, hecho que a la vez facilita el abordaje del concepto de objeción de conciencia por

⁷⁵ JOAQUIN RODRÍGUEZ – TOUBES MUÑIZ, Sobre el concepto de objeción de conciencia refiere este fenómeno empieza por plantear la diferencia entre el término como tal y la desobediencia civil, resaltando la importancia de la objeción dentro de la filosofía jurídica. Esta última dice estar centrada en la llamada obligación política. En suma considera, son muchos los debates en torno al tema, empero plantea la existencia terminológica fundamentalmente en la relación entre la moral y el derecho. A partir de ahí se estudia si el derecho en general debe ser obedecido y de no ser así que parte del derecho sí debe ser obedecida, es decir, determinar que contenidos jurídicos son moralmente aceptables y cuando existe el deber moral de obedecer sin importar cuál sea el contenido concreto. Afirma que los contenidos jurídicos solo se deben obedecer cuando son moralmente aceptables, lo que de fondo presupone en los sistemas jurídicos, justificación legal y moralmente legítimas que representan entonces un sistema que respeta los derechos fundamentales. Puntualiza como riesgo de la desobediencia jurídica el cumplimiento de la función del derecho en cuanto este camina hacia el respeto y establecimiento de normas jurídicas concretas, sobre las Morales. Este tipo de desobediencia es titulada “desobediencia ética al Derecho” es decir el incumplimiento por razones morales, a toda una norma o parte de ellas, distinto del concepto de desobediencia que nace de entremezclas con distintas motivaciones como políticas, interés propio o fuerza mayor, casos últimos en que no se está frente la objeción de conciencia por temas Morales sino frente a la desobediencia civil. Esta distinción ofrece dos justificaciones diversas a la desobediencia del derecho, trazando abismal diferencia en lo que se considera la desobediencia por cuestiones morales y aquellas desobediencias que simplemente deben ser toleradas por el derecho. En revista *DireitoViol.* III No. 2 pág. 159- 186 en: dspace@usc.es.

tratarse de noción emergente fundamentalmente de la religión⁷⁶, que no solamente se enfoca en el reconocimiento de los aspectos externos e individualizadores del ser humano, sino que interfiere en la subjetividad del ser, en aras del reconocimiento del derecho a la libertad ideológica, libertad de culto o libertad de pensamiento bastamente abordado por la jurisprudencia y la doctrina.

Estos conceptos eventualmente en choque con el deber de realizar actividades propias del oficio o ejercicio profesional a los cuales se suman las convicciones de carácter filosóficas, son los que han encausado hacia el estudio de las situaciones circundantes del hombre que pueden llegar a contrariar o desconocer las intrínsecas superiores, permitiendo configurar conceptos como el de “La objeción de conciencia” con mayor posibilidad en los profesionales sanitarios en sus prácticas clínicas diarias, viviendo numerosos conflictos entre la conciencia y la ley⁷⁷, frecuentemente en situaciones de manipulación genética y fecundación artificial, transfusiones sanguíneas o la obligatoriedad de aplicar un determinado tratamiento, dispensación de anticonceptivos, eutanasia⁷⁸, ante los cuales pueden

⁷⁶ ITURRALDE Manuel.; La Objeción de Conciencia como un derecho. Estrategia Jurídica para su reconocimiento frente al servicio militar. 1ª Edición. Editorial Kimpres Ltda. 2004. Bogotá D.C. P. 181.

⁷⁷ MARTINEZ LEÓN, Mercedes y RABADÁN JIMENEZ, José. La objeción de conciencia de los profesionales sanitarios en la ética deontológica. 199,. En: www.aebietica.org.

⁷⁸ CAÑAL GARCIA, FRANCISCO J. Perspectiva jurídica de la Objeción de conciencia del personal sanitario. Cuadernos de Bioética. 1994/3ª. Págs. 221-229. En relación a la última de las situaciones en las que es posible ser objetor la legislación colombiana no ha cuenta con disposiciones legales vigentes; sólo a través de la Sentencia T-970/14 fueron planteados los primeros criterios que insinúan una posible permisibilidad de la práctica: “Las definiciones sobre eutanasia son múltiples y actualmente no se cuenta con alguna totalmente aceptada. No obstante, lo que sí está claro es que en este procedimiento deben concurrir los siguientes elementos: (i) el sujeto pasivo que padece una enfermedad terminal; (ii) el sujeto activo que realiza la acción u omisión tendiente a acabar con los dolores del paciente quien, en todos los casos, debe ser un médico; (iii) debe producirse por petición expresa, reiterada e informada de los pacientes. Así, la doctrina ha sido clara en señalar que cuando no existen de los anteriores elementos, se estará en presencia de un fenómeno distinto que no compete en sí mismo a la ciencia médica. Sin embargo, cuando se verifican en su totalidad, la

negarse con amparo en éste derecho y ésta negativa debe gozar de la misma protección que la del aborto y otros temas similares o derechos subjetivos de un tercero o cualquier otra persona no determinada, considerando que aun siendo justificada la prerrogativa de primacía del interés general sobre el particular el personal sanitario también goza de derechos fundamentales los cuales no pueden ser mermados so pretexto de otros intereses que en todo caso comparten idéntico valor jurídico-social.

Si bien la objeción de conciencia ya ha sido estudiada en los casos relacionados, la inquietud del tratamiento, aplicación y observancia de ésta frente a las practicas científicas fue objeto de estudio por parte de MORENO DIAZ⁷⁹, motivado por vigencia de éste concepto frente al desarrollo de la ciencia, quien considera que en los asuntos logrados como consecuencia del desarrollo del campo científico, bien sea la clonación, experimentación humana, biotecnología o la manipulación genética, no solo el personal sanitario puede recurrir a la objeción; en suma, menciona a los comités de bioética como posible objetor, en el entendido que actuaría como una entidad o cualquier otro órgano de consulta, como requisito

eutanasia puede provocarse de diferentes maneras; por su parte en cuanto al suministro o dispensación de anticonceptivos la legislación colombiana se ha esmerado por desarrollarla frente a la población menor de edad en situación de discapacidad, pero solamente en lo que respecta a la anticoncepción quirúrgica con fundamento en el cumplimiento del deber constitucional de protección del menor de edad en condición de discapacidad, la certeza en que la edad no se constituye en criterio semi-sospechoso de discriminación, la existencia de otros mecanismos no irreversibles ni definitivos para controlar la reproducción hasta tanto cumplan la mayoría de edad, excepto cuando exista un riesgo inminente de muerte de la madre a raíz del embarazo certificada por los médicos y autorizada por el menor, previa autorización judicial o cuando se trate de una discapacidad profunda severa, certificada médicamente, que le impida al paciente consentir en el futuro, de modo que en estos casos deberá solicitarse autorización judicial.T-131/14.

⁷⁹MORENO DIAZ, Juan Manuel. El Derecho de Objeción de Conciencia. Caracterización general. Su Aplicación Específica a las Prestaciones de Servicios Sanitarias. Sevilla 2003. Trabajo de grado (Tesis Doctoral).

previo para lograr autorización de procedimientos relacionados; facultad que estaría fundamentada en la carencia de reglamentación específica por parte del Estado, que obliga a revestir de autoridad y emplear tales instancias para lograr pronunciamientos que no se encuentran específicamente regulados en las normas y con la inmediatez que requiera cualquier nuevo rostro que surja como resultado de la investigación científica.

El autor divide el estudio de acuerdo a las variables de la manipulación genética, orientado a encontrar en cada una los diferentes motivos que sustentaría objeción de conciencia; por ejemplo, en cuanto a la clonación propone como argumento la violación al derecho de irrepetibilidad del ser humano asociado a la dignidad humana y como un ataque frontal a la ética. Ante la permisibilidad de la manipulación genética con fines terapéuticos y no con fines reproductivos, empieza a cuestionar la posibilidad de objetar conciencia a aquellos trabajadores que no sean propiamente de la comunidad sanitaria y que presten servicios a empresas que adelanten esta actividad permitida convirtiéndose la intervención en tal procedimiento en un deber laboral, aclarando que en España este tipo de prácticas están autorizadas tanto para entidades públicas como privadas. Aborda de igual manera la manipulación genética distinguiéndola de la clonación en razón a que la segunda es solo una de las expresiones asociadas a la primera; pues además de la clonación pertenece a este concepto los diagnósticos preconceptivos, preinplatorios y prenatales, los diagnósticos postnatales, los orientados a establecer hipótesis de defectos genéticos en el embrión o en el feto, sustitución o modificación de órganos, tejidos, o sistemas del ser humano.

Esto implicó que otras personas involucradas en la cadena de procesos propios de la investigación científica referida, como el caso de los investigadores sobre el cual particularmente se propone alegación de objeción de conciencia en doble vía, la primera para negarse a incurrir en actividades necesarias para el desarrollo, y la segunda en el evento en que para éste la práctica de ésta sea válida de acuerdo a su propia conciencia; todos, planteamientos que aunque especulativos, pueden a futuro representar una situación emergente que demandará pronunciamiento y por ende será causa de nuevas reglamentaciones.

Retomando en concepto primario de objeción de conciencia, vale registrar como antecedente, previamente a la existencia del concepto de objeción de conciencia como entidad jurídica propia, sólo se encontraba la noción “conciencia individual”, originada en el seno del cristianismo y presente en la mayor parte de la historia de occidente. A ello se debe como se indicó iniciando, se asocie éste derecho con la libertad religiosa y de culto.

El desarrollo y reconocimiento de la conciencia como propiedad de la persona e incluso del ciudadano son propios del derecho contemporáneo, en éste ya no se vincula de forma exclusiva a la objeción de conciencia con las religiones establecidas, sino que protege además las convicciones éticas y morales personales contribuyendo a la proyección de la dignidad del hombre en todos los ámbitos de la vida jurídica⁸⁰. Es la presencia del derecho fundamental de la dignidad humana el que empuja la positivización; evidenciable en el reconocimiento de

⁸⁰ MORALES REYNOSO, María de Lourdes., La Objeción de Conciencia como derecho fundamental. 1ª ed. Porrúa. 2013. México. p. 22.

éste,partiendo en el Derecho Internacional por el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, a través de la adopción de la Observación General No. 22 en 1993, en la cual afirmó que el derecho a la objeción de conciencia se deriva del artículo 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señalando el deber de reconocimiento sin discriminación por la razón o creencia en la cual se basa la objeción.

El párrafo 11 de dicha Observación afirma que el “Comité cree que ese derecho puede derivarse del artículo 18, en la medida en que la obligación de utilizar la fuerza mortífera puede entrar en grave conflicto con la libertad de conciencia y el derecho a manifestar y expresar creencias religiosas u otras creencias”⁸¹.

De igual forma, tal reconocimiento se encuentra consagrado en el artículo 18 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, del 10 de diciembre de 1948 que a la letra dispone:

“toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. Este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia individual o colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia”.

En el mismo sentido el sistema Europeo también ha reconocido el derecho a la objeción de conciencia como un privilegio derivado del derecho a la libertad de

⁸¹ Comité de Derechos Humanos, Naciones Unidas, Observación General No. 22 del 30 de julio de 1993. Párr. 11.

conciencia establecido tanto en el Pacto de los Derechos Civiles y Políticos como en el artículo 9º de la Convención Europea de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales⁸².

El derecho a la objeción de conciencia está consagrado en el artículo 10º de la carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, y tanto la Asamblea Parlamentaria como el Consejo de Europa han enfatizado la importancia del reconocimiento de dicho derecho⁸³; en España la implementación constitucional en el año 1.978, mientras que en Colombia por ejemplo, donde por disposición de la Carta Superior de 1.991 se respeta la libertad de culto, una de las mayores expresiones de las diferencias personales que abarca dos de los conceptos más fuertes para ser objetor, exigiendo además la presencia de valores que permitan demostrar que las convicciones religiosas, filosóficas, éticas, morales más profundas del objetor entran en conflicto con la obligación de realizar alguna actividad o pertenecer a determinado grupo con funciones que parecieran ser contrarias el querer individual, por ello tiene que entrar a definir y condicionar la conducta del objetor mediante manifestaciones externas y comprobables de su comportamiento; igualmente, deben ser, profundas; fijas; y sinceras para poder alegar objeción de conciencia este requerimiento explicado significa:

⁸² Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público, en privado, a través de culto, la enseñanza, las prácticas y el cumplimiento de los ritos.

⁸³ ITURRALDE Manuel.; La Objeción de Conciencia como un derecho. Estrategia Jurídica para su reconocimiento frente al servicio militar. 1ª Edición. Editorial Kimpres Ltda. 2004. Bogotá D.C. P. 165.

- El deber de demostrar las manifestaciones externas de sus convicciones y de sus creencias. Es su deber, probar que su conciencia ha condicionado y determinado su actuar de tal forma que la actividad a realizar implicaría actuar en contra de ella.

- Las convicciones o creencias que se invoquen, además de tener manifestaciones externas que se puedan probar, deben ser profundas, fijas y sinceras.

- Que sean profundas implica que no son una convicción o una creencia personal superficial, sino que afecta de manera integral su vida y su forma de ser, así como la totalidad de sus decisiones y apreciaciones. Tiene que tratarse de convicciones o creencias que formen parte de su forma de vida y que condicionen su actuar de manera integral.

- Que sean fijas, implica que no son móviles, que no se trata de convicciones o creencias que pueden ser modificadas fácil o rápidamente. Creencias o convicciones que tan sólo hace poco tiempo se alega tener.

- Que sean sinceras implica que son honestas, que no son falsas, acomodaticias o estratégicas⁸⁴.

⁸⁴ Sentencia T-018/12

Precisiones que parecieran ser opuestas a la permisibilidad que la norma internacional da a las personas, de adoptar creencias, religiones y convicciones en la medida en que la libertad de autodeterminarse lo permita.

Sin embargo, existen ocasiones donde la decisión de no incurrir en prácticas que aunque legales riñen con la conciencia individual es desconocida por el Estado al imponer su poder cuando los fundamentos alegados son contrarios o llegan a no ser suficientes y vienen a convertirse en una posición que contraviene la garantía de los derechos fundamentales pactados en la carta superior, como la vida, la paz y la convivencia pacífica entre otros y esto representaría limitante para el cumplimiento de los fines esenciales del Estado⁸⁵. Es aquí donde éste último se sobrepone desplazando a un segundo plano el respeto de los valores individuales que soportan la posibilidad de alegar objeción de conciencia; esto es posible con mayor frecuencia cuando la actividad a realizar se hace en cumplimiento de un

⁸⁵ Estos argumentos son ampliamente elucidado en Sentencia T-823 de 2002 al determinar: “Teniendo el derecho a la vida un carácter prioritario y el derecho a la salud una connotación irrenunciable, no es admisible que, so pretexto de aplicar una determinada doctrina, ciertos grupos religiosos pretendan limitar el acceso de sus fieles a la ciencia médica, a las intervenciones quirúrgicas o a los tratamientos terapéuticos indispensables para proteger sus derechos fundamentales. Ello, en contraste con la posición asumida por dichos credos de dar prevalencia a determinados procedimientos que mejor se ajustan a sus creencias espirituales, pero que resultan carentes de respaldo científico y que pueden llegar a ser potencialmente inseguros para salvaguardar la salud y la vida de las personas. En efecto, la Corte ha sostenido que el derecho a la vida constituye un valor superior e inviolable que se funda en un presupuesto ontológico para el goce y la ejecución de los demás derechos de carácter fundamental, y así lo han reconocido varios instrumentos internacionales de derechos fundamentales. De acuerdo con los presupuestos anteriormente fijados, la Sala concluye que en caso de existir contradicción entre las decisiones que una persona adopta en virtud de su culto o religión y el derecho fundamental a la vida con todo lo que él comporta, debe prevalecer este último como derecho prioritario e inviolable.

deber institucional, obligando a fundamentar la objeción de manera que sea desvirtuado que la posición corresponde a más de una mera opinión; este alegato no es posible de sostener respecto de persona jurídica alguna, ante la imposibilidad de satisfacer las exigencias explicativas que se requirieren para cobijarse en el concepto referido.

¿Entonces cómo debe resolverse un conflicto entre la conciencia y el deber? Si efectivamente los valores involucrados son bienes jurídicos dignos de tutela tanto para quien exige la acción que motiva la objeción tanto para quien ostenta la condición de objetor frente a la realización del comportamiento que representa un derecho para quien lo exige a ser exclusivamente éticos y morales basados en la autonomía de la conciencia individual⁸⁶; tal interrogante conduce a plantear que ésta prerrogativa en efecto es una de las expresiones que muestran que la objeción de conciencia tiene valor siempre que se esté frente al acto; es decir que haya escapado la convicción e ideología apositantes en el interior del ser, de la cual se debe referir estaría en la segunda de sus dos dimensiones (interior / exterior del ser); ello implica que la libertad de conciencia viene definida no solo por sus implicaciones temáticas de índole ético-secular, sino fundamentalmente por su referencia al nivel de la acción: la libertad de conciencia garantizaría no sólo el juicio moral sobre las propias acciones o el elemento ético, sino también la actuación en conformidad con el mismo o el compromiso de la actuación personal con las propias convicciones:

⁸⁶CAÑAL GARCIA, FRANCISCO J. óp. cit. pág. 223.

es la traducción del sistema ideológico o de pensamiento en pautas coherentes de comportamiento⁸⁷..

Si se busca una salida garantista deberá en primer lugar analizar el alcance y aplicación de los derechos fundamentales de quien alega la objeción; qué tan limitada o ilimitada es la dignidad humana en este contexto; asimismo, la capacidad del Estado de establecer un verdadero margen cuando se trata de invadir esferas insondables del ser humano; máxime cuando corresponde a Estados como Colombia, estructurados como multiétnicos y pluriculturales; de igual manera, qué tanta protección amerita la libertad de conciencia respecto de la cual se estableció el presente juicio:

“La jurisprudencia constitucional se ha referido al ejercicio de la libertad de conciencia en diferentes contextos y ámbitos humanos. La libertad de conciencia, en tanto derecho fundamental, se protege ante todo como una facultad individual, propia de cada persona, sin perjuicio de las protecciones propias de comunidades étnicas y tradicionales de la nación. Desconocer la libertad de conciencia de una persona, obligándola a revelar sus creencias o a actuar en contra de ellas, es una de las maneras más graves e impactantes de violentar un ser humano. La conciencia requiere que el estado, la sociedad y las instituciones en general, den el espacio que todo ser humano necesita para poder reflexionar, atender su conciencia y actuar según ella. Este

⁸⁷ BENEYTO PÉREZ, J.M., artículo 16. Libertad ideológica y religiosa, en comentarios a las Leyes Políticas. Constitución Española. ALGAZA VILLAMIL, O. (dir), t. II, Edersa, Madrid, 1996. pp. 303-308 citado por: GÖRAN ROLLNERT, Liern. Op. cit. p. 49.

espacio amplio de libertad busca, como dijo la jurisprudencia, asegurar la posibilidad de realizar ‘aquellas acciones que la conciencia ordena sin estorbo o impedimento.’

La mención de los bienes jurídicos inmiscuidos en la objeción de conciencia, estos son, la dignidad humana y la libertad de conciencia al que además se suma el principio de autonomía de la voluntad⁸⁸ inspira el derecho de toda persona a elegir libremente el modelo de vida, a ejecutar sin coacciones decisiones soberanas⁸⁹, y por tanto no soslaya la profundización del sentido real de esta excepción que incluso, esquivo la necesidad de limitar su convocatoria, permitiendo solamente ejercer el derecho a pensar y actuar diferente, así dicha posición parte de fundamentos ligados a la ética, la moral, la religión, culto o filosofía; es decir, sometiéndose únicamente a esa probabilidad humana de concebirse y actuar diferente de los conceptos preestablecidos como rangos entre los cuales se puede mover la conciencia humana.

En relación a la libertad de conciencia en el campo de la reproducción humana los problemas de conciencia surgen sobre todo a partir de que el hombre

⁸⁸ Revisada la conceptualización regalada por ABELLÁN, F., y otros se observa que la legislación española pareciera no darle entidad a tantos derechos sino establecer unos marcos, desde los cuales la interpretación permite sustentar algunos otros igualmente válidos. Por ejemplo se toma la libertad de conciencia como una manifestación del principio de la autonomía, indicando que esta lleva implícita la traslación de las creencias del ámbito especulativo al nivel práctico, a la vertiente externa del *agerelicere* “facultad de los ciudadanos para actuar con arreglo a las propias convicciones y mantenerlas frente a terceros”, tomando este concepto de Lopez Castollo, A. Libertad religiosa en la jurisprudencia constitucional. Arazando, 2002, p. 54.

⁸⁹ ABELLÁN, F., y otros. Op. cit. p. 103.

vive en sociedad y en paz, y se vuelve hacia dentro, hacia su interior, todo ello como resultado de un salto y una caída por así decirlo, en nuevas situaciones y en nuevas condiciones de existencia⁹⁰. Se considera la objeción de conciencia como una válvula de escape a la imposición normativa que en ocasiones es establecida por las mayorías dentro de un Estado Democrático y bajo el manto de la tiranía de las mayorías⁹¹ o tiranía de las opiniones y sentimientos dominantes⁹² posición que es válida al igual que la permisibilidad ante la dificultades de armonizar fines personalísimos de cada cual con el interés común a todos⁹³.

Cuando se trata de países que garantizan el derecho a acceder a técnicas de reproducción asistida donde como en el caso de España más que un derecho a reproducirse pareciera respaldarse legalmente esta atribución en el derecho fundamental a la libertad que no logra superar el derecho a objetar conciencia, con fundamento en que la Constitución Española distingue entre los derechos constitucionales y los fundamentales; por ello, los que pertenezcan a la última diferenciación no pueden utilizarlo como criterio para interpretar otras normas o para determinar su extensión, por el contrario tal facultad de objetar conciencia encuentra respaldo en la Guía de Ética Médica Europea, el Código de Ética y Deontológica

⁹⁰ NIETZSCHE, F. La generación de la Moral; tratado Segundo, epígrafe XVI, Alianza, Madrid. 2006. Citado por: ABELLÁN, F., ANTEQUERA VINAGRE, José M., GARCIA GARCÍA. Ricardo., LARIOS RISCO, David., MARTIN SANCHEZ Isidoro., SANCHEZ CARO Javier., Libertad de Conciencia y Salud. Comares. Granada 2008.pp. 8-9.

⁹¹ Se refiere a la posibilidad de que en un sistema democrático una mayoría de personas pueden en teoría perjudicar o incluso oprimir a una minoría particular. En: www.wikipedia.org.

⁹² Stuart Mill, J. Sobre la libertad- Edaf., 2004, pp. 43-44 citado por: ABELLÁN, F., y otros. Op. cit. p. 9.

Médica, de la Organización Médica Colegial Española donde se afirma que el médico puede negarse por razones de conciencia a aconsejar algunos de los métodos de regulación y asistencia a la reproducción; se denota que la legislación Española ha desarrollado la procedencia de la objeción de conciencia en el campo médico y biotecnológico correspondiente a la misma naturaleza de genética pese a que de similar manera en Colombia nació para reglamentar y ha sido mayoritariamente tratado éste concepto en el campo de la objeción de conciencia frente al servicio militar; esto, luego de recordar el deber de obediencia al derecho consagrado en el artículo 9.1. de la Constitución Española que impone la sumisión de todos los ciudadanos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, además de exigir reserva legal para la imposición de deberes públicos, en tanto se limita a contemplar como única excepción a esta regla general, cual es la objeción de conciencia al cumplimiento del servicio militar⁹⁴ como se ha resaltado antes, significando que la Jurisprudencia Constitucional Española no ha permitido pronunciamientos o tan siquiera una breve referencia a dichos supuestos a la tradicional objeción al servicio militar, pese a los señalamientos de la doctrina quien ha planteado variables a la objeción de conciencia entre las que es viable relacionar la objeción a las mesas electorales, objeción a la forma de contraer matrimonio, objeción al calendario laboral por no respetar las festividades propias de la religión

⁹⁴ *Ibíd.* p. 104.

profesada⁹⁵, objeción a determinados tratamientos médicos⁹⁶ y particularmente a recibir alimentación en caso de huelga de hambre.

De otro lado, en temas álgidos como el aborto⁹⁷, resuelto en España mediante Sentencia del Tribunal Constitucional número 53 de 1985 y en Colombia en la Sentencia de la Corte Constitucional T-338 de 2009, temática altamente crítica por tratarse de la finalización de vida, máximo valor común a la especie humana, superpuesto a diferencias ideológicas, étnicas, culturales, territoriales y religiosa ; además de convocar posiciones de repudio de distintas iglesias como instituciones legendariamente abanderadas de la protección de la vida; las cuales además de instrumentalizar la moral y la ética, han exhortado la conciencia de las personas para que bajo estos conceptos sean también protectores del valor de la vida.

⁹⁵ M. ALONSO OLEA, Comentario a la STC 19/1985, en Jurisprudencia constitucional sobre trabajo y seguridad social, t. III (1985). Civitas Madrid. 1986. pp. 47-51. Citado por: GÖRAN ROLLNERT, Liern. Op. cit. p. 325.

⁹⁶ NAVARRO VALLS, J. MARTINEZ – TORRÓN y M.A. JUSDADO, La Objeción de conciencia a tratamientos médicos: Derecho comparado y Derecho español, en Persona y Derecho, núm. 18 (1988) pp. 163-27. L.MARTIN RETORTILLO BAQUER, Derechos Fundamentales en tensión ¿puede el juzgador ordenar una transfusión de sangre en peligro de muerte, aun contra la voluntad del paciente?, en poder judicial, núm. 13. (1984), pp. 31 -40 . C.M. ROMEO CASABONA, La objeción de conciencia en la praxis médica en libertad ideológica y derecho a no ser discriminado, M.L. MAQUEDA ABREU (dir) y otros, Cuadernos de Derecho Judicial, pp. 65-106. A ARIZA ROBLES: La objeción de conciencia a tratamientos médicos en la Jurisprudencia del tribunal Constitucional, en Boletín de la Facultad de Derecho, UNED, núm. 8-9 (1995), pp. 117-124 citados por: GÖRAN ROLLNERT, Liern. Op. cit. p. 325.

⁹⁷ MARTINEZ LEÓN, Mercedes y RABADÁN JIMENEZ, José manifiestan ser dos los momentos en los que es mucho más perceptible el conflicto entre la ley y la conciencia de médicos y demás profesionales sanitarios. El primero corresponde a momento donde deba decidirse sobre el inicio y fin de la vida; y en segundo cuando se deriva de divergencias entre profesionales de la sanidad, los pacientes y sus familiares. Entre los argumentos se plantea la existencia de la objeción de conciencia en el campo médico o sanitario, no solo respecto de quien realizaría la práctica médica, sino también del paciente; se menciona por ejemplo, el caso de los testigos de Jehová en la negativa de recibir transfusiones de sangre, medicamentos con componente biológico animal, o la restricción de exploraciones en el caso de personas del género femenino, referencia útil para resaltar la importancia religiosa en muchos de los comportamientos del ser humano aún profesional.

Profundizando en los antecedentes originados en la normatividad de España, se tiene que la Constitución de 1.978 hace referencia únicamente a la libertad ideológica (16.1) y la ideología y las creencias (16.2) sin mencionar otras expresiones igualmente utilizadas por la doctrina, libertad de pensamiento, libertad de conciencia, sin perjuicio de que entre otros preceptos constitucionales que regulan algunas de las manifestaciones externas de la libertad ideológica se recojan indirectamente estos dos últimos términos: así, el artículo 20.1 en sus apartados a) y d) hace referencia respectivamente al derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones y a la cláusula de conciencia y el artículo 30.2 regula la objeción de conciencia al deber de defender a España.

Esta parca formulación del artículo 16.1 limitada al binomio temático ideología (libertad ideológica, creencias) y religión (libertad religiosa y de culto) contrasta con la expresión tripartita más genérica y omnicomprensiva, libertad de pensamiento, de conciencia de religión, utilizada en los textos internacionales sobre derechos humanos⁹⁸.

La objeción de conciencia garantiza el ejercicio de los derechos individuales, los cuales son facultades morales que, desde una perspectiva iusnaturalista, toda persona ostenta por el mero hecho de serlo, y que, una vez recogidos por el ordenamiento jurídico, generan un derecho positivo plenamente exigible frente a terceros.

⁹⁸ ROLNERT GÖRAN, Liern., La libertad ideológica en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (1.980 – 2001). Taravilla. Madrid. 2002. pp. 45- 46.

En torno a los derechos de las personas se han gestado una serie de principios que constituyen su substrato de conformidad con la doctrina liberal precursora del reconocimiento y establecimiento de garantías que hagan efectivas la individualidad frente a los intereses de la colectividad asumidos por el Estado; lo importante de esta garantía es que el principio de inviolabilidad de la persona humana, proscribire la imposición de cargas o medidas excesivamente onerosas que exijan el sacrificio de los intereses individuales en aras del bien de la colectividad, el principio de autonomía de la voluntad inspira el derecho de toda persona a elegir libremente su modelo de vida, a ejecutar sin coacción sus decisiones soberanas, y por tanto, también los derechos instrumentales que son necesarios para realizar tales proyectos.⁹⁹; así entonces, tendría la objeción de conciencia como campo de acción y manifestación de confrontación de principios:

1. La limitación a las medidas onerosas impuestas por las instituciones para favorecer a la comunidad. estas cargas vienen representadas por la obligación de los profesionales sanitarios de prestar una asistencia adecuada a las necesidades de la salud de personas que atienden, de acuerdo con lo establecido en las normas legales y deontológicas.

⁹⁹ ABELLÁN, F. y otros. Óp. cit. p. 103.

2. Como derecho que asiste a cada persona de conducirse en la vida conforme a sus dictados morales y de conciencia, aún en el ámbito profesional; lo cual puede producir una colisión con el derecho de otros ciudadanos a obtener determinadas prestaciones sanitarias cuya realización choca con las creencias morales o religiosas de los profesionales obligados a dispensarlas.

Se registra que el Tribunal Constitucional Español¹⁰⁰ en ocasiones sí reconoce la objeción de conciencia como un derecho fundamental y en otras lo excluye de dicho rango sin que esto represente elevarlo a la condición de imperativo legal o referente constitucional; así en la sentencia número 15/1982 señalaba que *“El que la objeción de conciencia sea un derecho para su desarrollo y plena eficacia requiera la interpositio legislatoris¹⁰¹ no significa que sea exigible tan solo cuando el legislador lo haya desarrollado (...) como lo ha señalado reiteradamente éste Tribunal, los principios constitucionales y los derechos y libertades fundamentales vinculan a todos los poderes públicos (...) y son origen inmediato de derechos y obligaciones y no meros principios programáticos”*, y en la ya referida Sentencia 53/1985 abundaba en la misma tesis el reconocer expresamente el ejercicio de la objeción de conciencia con independencia de que se haya dictado o no regulación al señalar que *“el derecho a la objeción de conciencia forma parte del contenido fundamental de la libertad religiosa e ideológica reconocida en el art. 16.1 de la CE,*

¹⁰⁰Ibid. pp. 104- 106.

¹⁰¹ No se requiere desarrollo legislativo para exigir el cumplimiento de un derecho.

y como ha indicado este tribunal en varias ocasiones, la Constitución es directamente aplicable, especialmente en materia de derechos fundamentales (...) por lo que se refiere al derecho a la objeción de conciencia (...) existe y puede ser ejercido con independencia de que se haya dictado o no regulación.

Por el contrario, el propio Tribunal Constitucional ha definido el derecho a la objeción de conciencia como un derecho constitucional no fundamental, manteniendo su contenido constitucional como parte de la libertad ideológica reconocida en el artículo 16 relacionado estrechamente con la dignidad humana, la misma que vista desde otra perspectiva puede configurar un acto de desobediencia a las normas.

Cabe apuntar que así como existen esbozos de la aplicabilidad de la objeción de conciencia en otros escenarios menos abordados como corresponde en el caso del uso de la píldora del día después para fines de anticoncepción de emergencia, o la práctica de la vasectomía; asimismo, ante posibilidad de ser objetor de conciencia cuando se corresponde a la edad menor, es imposible establecer cuál será el papel y enfoque de la sustentación de la objeción de conciencia en la elaboración de productos clónicos, porque mientras que la validez de esta excusa al derecho y las normas ha sido planteada como un argumento de protección a la vida, especialmente para evitar su lesividad; aun no se ha determinado si los resultados de la práctica de la clonación realmente son contrarios a este propósito o si, inverso a lo que se ha planteado, es rédito a la vida, conservación y recuperación de la salud, coadyuvante de finalidades altruistas como la protección de más vidas afectadas

por actos inescrupulosos como la comercialización y tráfico de órganos y tejidos humanos, o a causa del normal deterioro de la especie humana.

Ya ha sido referida la objeción de conciencia y su calificación como expresión de desobediencia al derecho, de ahí se denota la importancia de dicha figura en el ordenamiento jurídico a la cual se suma en materia de derecho penal la exclusión de culpabilidad en la objeción de conciencia mediante las causas de inimputabilidad. FLOREZ MENDOZA¹⁰², propone excepcionalmente en un objeto de conciencia, la posibilidad de presentar trastorno mental transitorio desencadenado por el conflicto que viva, es decir el mismo que representaría la motivación para objetar conciencia. Para la autora, así como la objeción de conciencia puede representar un argumento para escapar del alcance de la ley, también puede configurar causal de inimputabilidad, otra de las expresiones más válidas para evadirse de la norma.

En la práctica pueden presentarse supuestos de objeción de conciencia complejos en los que el sujeto, llevado por los dictados de su conciencia llegue a situaciones de fanatismo o a estados neuróticos o patológicos, planteamiento al cual, acto seguido le propone una tesis desmerecedora, en el sentido de insinuar que en situaciones de inimputabilidad podría incluso no hablarse de conflicto de conciencia cuando el sujeto haya perdido la oportunidad de elegir.

En suma, aborda exclusión de culpabilidad en la objeción de conciencia mediante el error de prohibición, para ello se analiza el presupuesto de reprochabilidad y la capacidad de culpabilidad como en el caso de una persona,

¹⁰² FLOREZ MENDOZA, Fátima. La objeción de Conciencia en Derecho Penal, editorial COMARES. Albolete . Granada. 2001. Págs. 200-208.

que se forma para dedicar su vida a la investigación y escoge como línea todo lo referente a la genética y biotecnología, y su formación ha estructurado su conciencia de manera tal, que todo comportamiento asociado y referente a dicha finalidad, no resultaría desde ningún punto de vista contrario conforme al dictado de su propia conciencia.

Lo anterior, es una de las expresiones de las tantas eventuales circunstancias de comportamiento humano aún no estandarizables, que no facilitan la elaboración de lista de chequeo útil para determinar si cierta situación social emergente permite la alegación de la objeción de conciencia, se hace imprescindible incluir conceptos de diversos autores de los que podría aplicarse como objeción de conciencia.

Desde la doctrina el derecho a la objeción (de conciencia) es el derecho fundamental que tiene todo ciudadano de contestar el cumplimiento de cualquier obligación legal que contradiga su propia razón, y cuyo cumplimiento repugne a su propia voluntad; y a exigir la sustitución de dicha obligación por otra que suponga un beneficio análogo para la comunidad y un sacrificio o esfuerzo equivalente para el objetor¹⁰³.

¹⁰³ PUY FRANCISCO, Derechos humanos, volumen 2, Imprenta Paredes, Santiago de Compostela. 1983.216. citado por: MORALES REYNOSO, María de Lourdes. Op. cit. p. 84.

Pretensión pública individual de prevalencia normativa de un imperativo ético personalmente advertido en colisión con un deber jurídico contenido en la ley o en un contrato por ella tutelado¹⁰⁴.

La objeción de conciencia se define en un primer momento, como la negación de una persona concreta o de un determinado grupo social a observar una conducta ordenada por la ley, alegando para ello motivos de conciencia, basados, por lo común, en creencias religiosas¹⁰⁵.

Actitud de quien se niega a obedecer una orden de autoridad o un mandato legal invocando la existencia, en su fuero interno, de una norma que le impide asumir el comportamiento prescrito¹⁰⁶.

4. Normatividad Internacional Relativa a la Clonación Humana

El ser humano, persona o individuo está ubicado en el centro de todos los procesos bien sea como participante o como receptor del resultado.

¹⁰⁴ JUAN IGNACIO ARRIETA, "Las objeciones de conciencia a la ley y las características de su estructura jurídica" en Derechos Humanos. Órgano informativo de la Comisión de Derechos Humanos del Estado de México, número 54. Toluca, 2002, p. 81. Citado por: , María de Lourdes. Op. cit. p. 84.

¹⁰⁵ ALBERTO PACHECO, " Ley y conciencia", en Derechos Humanos. Órganos informativos de la Comisión de Derechos Humanos del Estado de México, número 54, Toluca, 2002, p.61. citado por: , María de Lourdes. Op. cit. p. 84.

¹⁰⁶ ANTONIO MILLAN GARRIDO, La Objeción de conciencia. Tecnos, Madrid. 1990. p. 21. Citado por: María de Lourdes. Op. cit. p. 85.

Bajo estas bases se establecieron las normas internacionales y los derechos humanos orientados a través de los instrumentos internacionales, entre los cuales se encuentran las declaraciones, definidas como documentos intemporales que recogen las profundas aspiraciones de la humanidad para vivir en condiciones de dignidad, igualdad y seguridad.

Las normas internacionales en su función de instrumentos a través de los cuales los Estados proclaman principios de enorme valor y de deseable perdurabilidad¹⁰⁷ y proporcionan normas mínimas, coadyuvantes; con el objetivo de convertir temas de índole ético y moral en conceptos jurídicos de carácter obligatorio; los tratados sobre derechos humanos¹⁰⁸, además de su naturaleza contractual, generan un tipo de relación especial entre las obligaciones estatales y los seres humanos cuyos derechos buscan ser protegidos.

En los derechos humanos existe la siguiente caracterización:

- a. Derechos civiles y políticos
- b. Derechos económicos, sociales y culturales

¹⁰⁷ HUERTA GUERRERO, Luis A y ZANELLI FLOREZ, Jerico.; Protección de los Derechos Humanos. Lima. 1997. Los Sauces. Pág. 22.

¹⁰⁸ Al respecto se ha señalado que los tratados sobre derechos humanos: no son tratados multilaterales del tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a una orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción. Corte I.D.H. El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 74 y 75). Opinión Consultativa OC-2/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A NO. 2, párr. 29. Citado por: HUERTA GUERRERO, Luis A y ZANELLI FLOREZ, Jerico. Ibid. pág. 23-24

c. Derechos colectivos

En los primeros es relevante el derecho a la vida, derecho a la libertad y seguridad de las personas, derecho a la intimidad, derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión.

En los segundos, encontramos entre otros el derecho a la seguridad social, a la protección a la familia, el derecho a la salud y en derechos colectivos se encuentran el derecho al desarrollo y a la libre determinación.

Estos derechos son resaltados especialmente por su relación con el objeto de ésta investigación; derechos propios a todos los seres humanos, universales, naturales y aplicables sin distingo de cultura.

Una de las principales finalidades de los derechos humanos es la de establecer límites, los cuales son vistos como muestra del consenso respecto a su existencia y de la necesidad de respetarlos y garantizarlos¹⁰⁹; restricciones razonables que a su vez propenden por evitar de la interferencia de las naciones en los asuntos que incumben al ser humano, de aquí nace la primera obligación de los Estados; esta es, la obligación de respetar¹¹⁰.

Asimismo, la vida es el bien jurídico por excelencia a preservar por los derechos humanos, en aras de su protección éstos imponen a los Estados el deber

¹⁰⁹ *Ibíd.* p. 35.

¹¹⁰ HUERTA y ZANELLI. *Ibíd.* P. 36 refiere a la Corte I.D.H. "la expresión leyes en el artículo 30 de la Convención sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-6/86 del 09 de mayo de 1986. Serie A No. 6, párr. 21: La protección de los derechos humanos parte de la afirmación de la existencia de ciertos atributos inviolables de la persona humana que no puede ser legítimamente menoscabados por el ejercicio del poder público. Se trata de esferas individuales que el estado no puede vulnerar o en las que sólo puede penetrar limitadamente así, en la protección de los derechos humanos, está seriamente comprendida la noción de la restricción al ejercicio del poder estatal.

de adoptar medidas tanto legislativas como administrativas enfocadas a impedir la mortalidad por cualquier causa.

En amparo al derecho a la salud, los derechos humanos no solo prohíben a los Estados que los restrinjan, sino que además veta la posibilidad de realizar experimentaciones medicas; el verdadero alcance del derecho a la salud es potencializado por el *principio de la realización progresiva* el cual se traduce en los esfuerzos que deben realizar los Estados con base en las capacidades económicas, tradiciones sociales, culturales y aplicación de las normas internacionales a sostener y avanzar en la implementación de medidas, investigaciones y procedimientos que sirvan para mejorar los sistemas de salud y responder oportunamente a la demanda de la sociedad.

Para respaldar el seguimiento y vigilancia a la garantía de los derechos humanos, la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha establecido diversos procesos y procedimientos que abordan temas de importancia internacional y a su vez se determinan los mecanismos para su vigilancia; por ello en su organización se definen los tratados regionales enfocados en el seguimiento de determinada región del mundo, respecto de la cual se concretizan documentos orientadores para el control, mitigación o anulación de las situaciones emergentes que ponen en riesgo los derechos humanos.

Por ejemplo la Desaparición forzada e involuntaria, el tráfico de personas y las políticas de ajuste estructural son temas objeto de los derechos humanos sobre los cuales coinciden puntos relacionados con la utilidad de la clonación, en relación a órganos y tejidos. Los dos primeros conceptos pueden encontrar causas en el

tráfico de órganos, la búsqueda de alternativas ilegítimas para la recuperación de la salud; situaciones que comportan en la necesidad de definir políticas de ajuste estructural, siendo éste último tema también objeto de los derechos humanos.

De igual manera los derechos humanos también hacen referencia a la labor legislativa reconociéndolos como escenario fundamental para su promoción y protección

En los derechos humanos se resalta que es a través de la actividad legislativa que se adoptan las medidas necesarias para materializarlos; el presupuesto, la supervisión hacia el poder ejecutivo y la creación de normas que respondan con oportunidad a las demandas sociales, previamente a la ratificación de los instrumentos para hacer imperativa su aplicación y cumplimiento; es decir que a los órganos legislativos se les encarga la exclusiva función de señalar los límites al ejercicio de los derechos humanos, pues en estas instituciones se expresa la pluralidad y libertad política de un país¹¹¹. Sin duda, ésta última competencia tiene un rol trascendental frente a la manipulación genética pues ha de requerirse para determinar, viabilidad, necesidad, recursos e incentivos en pro de la investigación, definir y delimitar la facultad de la función investigativa, la protección al individuo, límites y viabilidad de las prácticas, finalidades de los procedimientos investigativos y sus sanciones, así como a efectos de la ratificación de los instrumentos y tratados que las organizaciones universales emitan.

¹¹¹ HUERTA y ZANELLI. *Ibíd.* P. 38.

La resolución del Parlamento Europeo, de 16 de marzo de 1.989, sobre los problemas éticos y jurídicos de la manipulación genética, en el ítem “*En relación a la clonación humana*”, en su artículo 41 dispone:

“Considera que la prohibición bajo sanción es la única reacción viable a la posibilidad de producir seres humanos mediante clonación, así como con respecto a todos los experimentos que tengan como fin la clonación de seres humanos”.

En esta dirección y en aras de definir posiciones en asuntos en los cuales se suscitan controversias que involucran criterios éticos, de derechos humanos, medicina, ingeniería genética o biotecnología, el Consejo de Europa a través del Comité de Ministros como máximo órgano de decisión, posterior a haber acordado la expedición del Convenio Europeo sobre Derechos Humanos y Biomedicina¹¹² adoptó el convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano o Convenio Sobre Derechos Humanos y Biomedicina del año 1.997 vigente desde el año 1.999; el cual establece puntualmente en su artículo 13 sobre la intervención en el Genoma Humano¹¹³ lo siguiente:

¹¹² De éste acuerdo se marginaron Alemania, Bélgica, y Polonia, pero fue firmado por 39 Estados. Este acuerdo surgió de la necesidad de contar con un instrumento jurídico ágil para regular el rápido desarrollo de la biomedicina, ya que las deficientes y fragmentarias reglamentaciones con que contaban los Estados miembros podían ser aprovechadas por los científicos en sus aspiraciones experimentales, además, los Estados, desde el punto de vista legal, eran incapaces de estar a la par con los nuevos adelantos. JIMENEZ MORENO, Juan G. Aproximaciones a la Manipulación Genética. Ob. Cit., p. 49.

¹¹³El genoma se ha dicho constituye un código y un libro. Contiene en efecto, la clave fundamental de la vida como especie humana y como individuo, lo uno y lo otro a la vez. En él está escrita, hemos

“Artículo 13. Intervenciones en el genoma humano. No podrá realizarse intervención alguna en el genoma humano si no es con fines preventivos, terapéuticos o diagnósticos y a condición de que no se tenga por objeto ninguna modificación en el genoma de la descendencia”.

Éste documento versa también sobre la finalidad de las investigaciones científicas. Así en su artículo 15 dispone lo siguiente:

“Artículo 15. Investigación científica. La investigación científica en el ámbito de la biología y de la medicina se desarrollará libremente con arreglo a lo establecido en el presente convenio y en las demás disposiciones jurídicas que aseguran la protección del ser humano”.

Sobre el mismo asunto la Conferencia General de las Naciones Unidas- ONU con apego a los principios universales de los Derechos Humanos y en coherencia con las finalidades del conjunto de normas internacionales en materia de genoma humano, emite la *Declaración Universal Sobre el Genoma Humano y los Derechos*

dicho, muestra pertenencia a la vida del planeta, a su evolución; nuestra semejanza con los seres vivos, y como si fueran círculos concéntricos, con los animales, con los primates, con los chimpancés y con los bonobos. Lo que sigue es la igualdad con toda la humanidad. GONZALEZ VALENCIA. Juliana. Óp. Cit. Pág.82.

*Humanos*¹¹⁴; texto en el cual se destacan las expectativas manantes de los beneficios que sobre la salud puedan surtir las investigaciones sobre el Genoma Humano. Accesoriamente establece preceptos tendientes a proteger la información genética en pro de la preservación de la familia más allá de su valor individual. Por ello fija:

“Artículo 1º: El genoma humano es la base de la unidad fundamental de todos los miembros de la familia humana y del reconocimiento de su dignidad y diversidad intrínsecas. En sentido simbólico, el genoma humano es el patrimonio de la humanidad”.

“Artículo 2º:a) Cada individuo tiene derecho al respeto de su dignidad y derechos, cualesquiera que sean sus características genéticas. b) Esta dignidad impone que no se reduzca a los individuos a sus características genéticas y que se respete su carácter único y su diversidad”.

La declaración en cita establece en el literal B) *“de las personas interesadas”*, entre otras directrices que:

“Una investigación, un tratamiento o un diagnóstico en relación con el genoma de un individuo, sólo podrá efectuarse previa evaluación rigurosa de

¹¹⁴ UNESCO. ORG

los riesgos y las ventajas que entraña y de conformidad con cualquier otra exigencia de la legislación nacional...En el caso de la investigación, los protocolos de investigaciones deberán someterse, además, a una evaluación previa, de conformidad con las normas o directrices nacionales e internacionales aplicables en la materia”.

Posteriormente y ante los crecientes anuncios de prácticas relacionadas con elaboración de productos clónicos, La ONU comenzó en 2.001 a avanzar en la propuesta presentada por Francia y Alemania enfocada a la creación de un tratado universal de carácter obligatorio que prohíba la clonación reproductiva, tema asumido por comité ad-hoc que desde el 25 de febrero de 2.002 asumió el debate sobre la elaboración de la convención Internacional Contra la clonación de Seres Humanos con Fines de Reproducción. Después de varios esfuerzos y comisiones adelantadas, en sesión del 18 de febrero de 2.005 con base en informe proyectado por Italia se aceptó el texto definitivo aprobado mediante resolución 59/280-Declaración sobre la Clonación Humana llamada también Declaración – Clonación.

El documento varía la terminología dignidad humana por la expresión dignidad del género humano en aras de hacer perceptible el verdadero alcance y sentido de los esfuerzos internacionales tratando de interiorizar la concepción del genoma humano como base fundamental de todos los miembros de la familia humana. También se cambia el espectro del beneficiario de las prerrogativas internacionales; es decir, además del ser humano se muestra el esfuerzo por

proteger la especie humana; propuesta que plantea un derecho humano solidario, de tercera generación vinculante de toda la comunidad¹¹⁵.

En coherencia, es necesario referirse a la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Futuras generaciones, UNESCO 26 de febrero de 1994; en la que no solo existe referencia de su motivación como mecanismo para garantizar la existencia de la especie humana sobre hechos de guerra, las lesiones medioambientales, sino que además se reglamentan detalladamente distintos aspectos coincidentes con aquellos identificados como en riesgo por el avance de la ciencia, tales como el derecho a la vida, el derecho a conocer sus orígenes y su identidad, derecho a la conservación y transmisión de los bienes culturales, derecho de uso respecto del patrimonio común de la humanidad; pese a considerar que las generaciones futuras pertenecen al universo de lo intangible.

De otro lado, la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura- emitió la *Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos* aprobada en el año 2005 por su Conferencia General argumenta la necesidad de dicho instrumento en la evidencia de los rápidos adelantos de la ciencia y la tecnología, los cuales consideran que cada vez más afectan la concepción de vida y la vida misma, señalando que esos adelantos han traído a la par una fuerte demanda para establecer propuestas universales y afrontar los problemas éticos que emerjan de esos avances.

¹¹⁵ Ponencia presentada en Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Congreso Internacional de Salud, Derecho y Bioética: Instrumentos Internacionales.

Reconoce el documento que los problemas éticos que traen esos avances deben aplicarse en el contexto del respeto a la dignidad de la persona humana, el respeto universal, los derechos humanos y las libertades fundamentales.

Asiduamente enfoca el aprovechamiento de los beneficios de la ciencia y la investigación en:

Ofrecer Asistencia especial y duradera a las personas y los grupos que hayan tomado parte en la actividad de investigación y reconocimiento de los mismos; garantizar el acceso a una atención médica de calidad; suministrar nuevas modalidades o productos de diagnóstico y terapia obtenidos gracias a la investigación; apoyar los servicios de salud; facilitar el acceso a los conocimientos científicos y tecnológicos; instalar servicios destinados a crear capacidades en materia de investigación.

Éste mismo organismo consolidó las acciones emprendidas por distintos países relacionando las disposiciones normativas establecidas, útiles en la ilustración del derecho comparado en el asunto motivo de ésta investigación.

En Alemania se emitió la Ley Federal de 1.990 sobre la protección de embriones estableciendo que la creación de un embrión genéticamente idéntico a otro embrión, a un feto o a cualquier persona viva o muerta constituye un delito; en Suiza, la Constitución Federal prohíbe la clonación de embriones según enmienda del 13 de agosto de 1.982; por su parte Suecia mediante ley 115 de marzo de 1.991 prohibió implícitamente la clonación de embriones y ovocitos indicando su placibilidad a sanciones penales.

Portugal reaccionó a través del Consejo Nacional de Ética de las Ciencias de la Vida y declaró el 1º de abril de 1.997 que "la clonación de seres humanos, dados los problemas que plantea en cuanto a la dignidad humana, el equilibrio de la especie humana y la vida en sociedad, es éticamente inaceptable y debe ser prohibido"; en Noruega la Ley 56 de 1.994 sobre la utilización médica de las biotecnologías prohibió la clonación de embriones.

España inicialmente por medio de la Ley 35/1.988 de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida estipuló que la creación de seres humanos idénticos por clonación o cualquier otra tecnología con fines de selección racial, atentaba contra los derechos humanos y en efecto era pasible de sanciones penales; empero, ésta ley fue modificada por las leyes 10/1995, del Código Penal y 45/2003 bajo los argumentos de prescindir de las dudas sobre la continuidad de la expansión y progreso de la investigación científica y tecnológica renunciando a la limitación de ésta a menos que se fundamente en criterios razonables que riñan con los derechos humanos y con la dignidad de los individuos y las sociedades que constituyen¹¹⁶.

Contextualizando ampliamente la finalidad de estos instrumentos universales, contentivos de términos interesantes como Bioderecho¹¹⁷, biojusticia,

¹¹⁶ PEÑARANDA QUINTERO. HECTOR RAMÓN y QUINTERO DE PEÑARANDA. OLGA. Impacto de las Altas Tecnologías en el Derecho de Personas. EN: Nómadas. Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas. (2010.3).

¹¹⁷ Es una respuesta jurídica a la sociedad, consistente en establecer los principios y normas básicas necesarias para el permanente y continuo desarrollo científico y la protección de la persona humana así como los derechos fundamentales del hombre, entre los cuales se encuentra su dignidad y su libertad. Y en ese sentido concebir un ordenamiento legal con una construcción ética, dialógica,

biolegal, bio jurisprudencial, bioética; en los que se posiciona al ser humano como centro de los derechos al plantear la importancia de la dignidad humana como valor y principio de la Bioética y del Bioderecho, se plantea que las disciplinas referidas tratan de proporcionar respuestas a los problemas y cuestiones propuestas por el desarrollo de las ciencias biomédicas, especialmente por lo que se refiere a la toma de decisiones en el campo de la sanidad y en la aplicación de las biotecnologías, dejando constancia de la procedencia de estos asuntos desde los Derechos Humanos¹¹⁸.

Por ello es necesario y urgente, el asegurar la protección de los derechos fundamentales de la ciudadanía ante un escenario en el que se pueda advertir la fragilidad de su defensa frente a las conquistas de las ciencias de la vida, en tanto amenazan su libertad, su dignidad¹¹⁹.

En Aditamento a lo anterior existen argumentos reveladores de la importante actuación de los organismos internacionales en éste propósito, la creciente preocupación a nivel internacional por los problemas generados por los avances de la biología y en especial, de la medicina condujeron a conformar una incipiente rama del derecho: El Derecho Internacional de la Bioética, que pretende conformar una serie de principios que escapan a la existencia de fronteras cerradas. La Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y de la Dignidad

participativa y solidaria entre la sociedad y el estado democrático. RENDÓN LÓPEZ, Alicia. El Bioderecho como Investigación Interdisciplinaria: Una Respuesta Jurídica. En: Revista AmicusCuriae. Año IV, No. 6.p.1.

118 ; MARIN CASTÁN. MARIA LUISA. “En torno a la dignidad humana como fundamento de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO”

119 SALVADOR DARÍO VERGEL. “Los Derechos Humanos entre la Bioética y la Genética” (2.002).

del Ser Humano frente a las aplicaciones de la Biología y de la Medicina, y la Declaración Universal de la UNESCO sobre los Derechos del Hombre y el Genoma Humano constituyen dos sólidos soportes normativos de esta novedosa rama jurídica¹²⁰; textos citados up supra.

Por ello, las declaraciones de los organismos internacionales adoptadas por unanimidad pueden llegar a adquirir el carácter de formulación de principios de derecho o de cristalización de la costumbre internacional que los transforma en fuentes del derecho, afirmaciones ciertas en razón a la inclusión de las normas en el llamado bloque de constitucionalidad.

La información referente al reconocimiento jurídico de la persona humana en el Derecho Internacional¹²¹, en la esfera de los Derechos humanos y Derechos Humanos Fundamentales enunciainicialmente las determinaciones del Pacto de los Derechos Civiles que en su artículo 6 numeral 1º, que protege el derecho a la vida, inherente a la persona humana y prohíbe la privación arbitraria de la misma.

En suma, es de exaltar el sentido primordial de las normas internacionales en proteger a las personas; esfuerzos palpables en la convención de San José de Costa Rica de 1.969 donde se otorga protección al ser humano desde su propia

¹²⁰Lenoir N, Mathieu B. “Les normes internationales de la bioéthique” París. 1998.

¹²¹CORDÓN BOFIL, Joan Carlos Técnico de la División de Normatividad, Estudios y recursos del Área Jurídica y de Organización, ServiCatalit de la Saut, Secretario de la Comisión Asesora de Bioética del Departamento de Sanitat i Seguretat Social, generalitat de Catalunya, EN publicación “Previsiones del Derecho Internacional Sobre la Clonación”

concepción; de igual manera, la solicitud del Parlamento Europeo en el año 2.000, en el sentido de pedir a los Estados miembros la prohibición de la clonación terapéutica y la investigación con embriones creados por trasplante de núcleos, exigiendo también tener dominio sobre los embriones utilizados en fecundación asistida; la exclusión de patentar los elementos humanos y finalmente la decisión en 1.998 de la UNESCO de adoptar el genoma humano como patrimonio de la humanidad¹²²; declaración de la que vale resaltar no tuvo el carácter de vinculante.

En este mismo sentido han sido visibles los aportes de distintos organismos de carácter internacional, algunos ya referidos. Se destaca la participación de la UNESCO al proponer ampliar la Declaración de los Derechos Humanos con la inclusión de un capítulo dedicado a la protección del genoma humano, por la importancia señalada anteriormente, esta es, por ser considerado patrimonio común de la humanidad; intervención que logró la incorporación de la Declaración Universal Sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos como parte integral de los Derechos Humanos que en su artículo 11º *dispone que “Las prácticas contrarias a la dignidad humana, como la reproducción clónica de seres humanos, no serán permitidas, los estados, las organizaciones internacionales competentes son*

¹²² El análisis del genoma humano como patrimonio de la humanidad recogido en la Declaración Universal Sobre Genoma Humano y de los Derechos Humanos, resulta una tarea compleja, en la medida que se trata de un concepto en constante elaboración, a pesar de los avances que en este sentido se han realizado en éstos últimos decenios. sin embargo el Derecho Internacional actual tiene una aportación que hacer a la comunidad internacional, es la de afianza un criterio jurídico a la noción de Humanidad y reconocerle que, como tal, es susceptible de poseer un patrimonio que beneficie a la especie humana en su conjunto. FARMIÑAN GILBETH, J.M de, Los Bienes intangibles de la especie humana (el genoma humano como patrimonio común de la humanidad), en persona humana y Derecho internacional, Liberamicorum Héctor Gros Espiell, Ed. Bruylant, Bruxelles, 1997. Citado por: ROMERO CASANOBA, Carlos M., Biotecnología, desarrollo y justicia. Bilbao - Granadas. Comares, 2008. p. 191.

invitadas a cooperar en la identificación de tales prácticas y a tomar a nivel nacional o internacional, las medidas necesarias para asegurar que los principios emanados de esta Declaración sean respetados”.

Es de resaltar en ésta disposición que por ser emitida con carácter de recomendación tiene un valor distinto al de los convenios internacionales que son un instrumento verdaderamente normativo; distinción que responde a que en lo referente al Genoma Humano se ha decidido hacer intervenciones progresivas, paulatinas y prudentes, por tratarse de un terreno nuevo, sometido a innovaciones científicas, constantes que pueden sufrir una rápida evolución¹²³.

Del Consejo de Europa se puntualizan sus planteamientos en cuanto a la creación de embriones humanos mediante fertilización in vitro con finalidades de investigación durante su vida o después de muertos; cualquier uso indeseable o desviado de las técnicas incluyendo la creación de seres humanos idénticos mediante clonación u otros métodos indistintos que tratasen de seleccionar la raza, elección de sexo mediante manipulación genética con finalidades no terapéuticas.

De este organismo se valora la creación del Grupo Asesor para la ética de las biotecnologías en el año 1.991, la emisión a través del Parlamento Europeo de las resoluciones de fecha 28 de octubre de 1.993 y 12 de marzo de 1.998. la primera, condena la clonación sin importar el fin incluyendo la investigación y la segunda reafirmando el derecho de cada individuo a la identidad genética y el deber de mantener la prohibición de clonación de seres humanos; en suma insta a los

¹²³LENIOR. N. La bioética en la Comunidad Europea, en el Derecho ante el Proyecto Genoma Humano. Fundación BBV (ed.).vol. 1, Bilbao. (.1994).

Estados miembros a prohibir legalmente la clonación y definir normativos penales enfocados a ese propósito.

Interpretando el valor de los instrumentos internacionales, en Colombia la Universidad del Rosario en asocio con la Fundación Konrad Adenauer en su programa Estado de Derecho para Latinoamérica¹²⁴mencionanque los instrumentos internacionales para la protección de los derechos humanos son un consenso internacional desarrollado progresivamente sobre estándares mínimos que en gran parte del continente latinoamericano han adquirido validez de derecho interno a través de figuras constitucionales o doctrinales como el bloque de constitucionalidad.

En Colombia ésta figura (Bloque de Constitucionalidad) se encuentra consagrada en el artículo 93¹²⁵ de la Constitución Política de Colombia, máxima y suprema norma del Estado;concepto elucidado suficientemente por la Jurisprudencia Colombiana como es el caso de la Sentencia C-067 de 2003 de la Honorable Corte constitucional Colombiana con ponencia del Magistrado Marco Gerardo Monroy Cabra al señalar:

¹²⁴Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos Aplicables a la Administración de Justicia Estudio constitucional comparado. (2.012)

¹²⁵Artículo 93. Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia. El Estado Colombiano puede reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en los términos previstos en el Estatuto de Roma adoptado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas y, consecuentemente, ratificar este tratado de conformidad con el procedimiento establecido en esta Constitución. La admisión de un tratamiento diferente en materias sustanciales por parte del Estatuto de Roma con respecto a las garantías contenidas en la Constitución tendrá efectos exclusivamente dentro del ámbito de la materia regulada en él”.

“La Corporación definió entonces el bloque de constitucionalidad como aquella unidad jurídica compuesta “por...normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional strictu sensu.”.

De igual manera en materia de derechos humanos el fuero constitucional dispone en su artículo 94: que *“la enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos.”*

En lo que concierne a la Constitución Española, en los artículos 10¹²⁶ y 96¹²⁷ está reglamentada la incorporación y aplicación de las normas internacionales.

¹²⁶Artículo 10: 1). La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.

2). Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”.

¹²⁷ “Artículo 96 1). Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser

Así, han quedado establecidas preliminarmente las bases para analizar la posibilidad o inclusión normativa de los instrumentos internacionales en sí, el estado actual en cuanto a la ratificación consustancial para desarrollarlos normativamente o aplicarlos como marco eventual ante la carencia de reglamentación legal y la situación presente de los instrumentos internacionales alusivos a la genética en lo relativo a la manipulación genética, la clonación, clonación humana e investigaciones con dichos propósitos en Colombia y España; que reconocen el esfuerzo de las normas internacionales.

Así, la contribución de las normas internacionales con independencia de su naturaleza, los documentos jurídicos que se elaboraron desde finales de los 80 y en la década de los 90 en torno al Genoma Humano coinciden en reconocer la trascendencia de los avances en genética humana en relación con el bienestar y la salud humana. Como garantía de un buen uso de estos conocimientos, los documentos citados tienden a subrayar principios como el respeto a la dignidad y la identidad personal y la no alteración y la intangibilidad del llamado patrimonio genético¹²⁸.

5. Jurisprudencia Constitucional Colombiana en materia de genética y biotecnología

derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional.

2). Para la denuncia de los tratados y convenios internacionales se utilizará el mismo procedimiento previsto para su aprobación en el artículo 94”.

¹²⁸ESCAJEDO SAN EPIFANIO, Leire. *Identidad Genética y Libertad de Ciencia*, 2013. pág. 53.

La Corte Constitucional Colombiana máximo Tribunal Constitucional encargado de la guarda y supremacía de la Constitución¹²⁹, a través de la sentencia C- 137 de 1996 en cumplimiento de sus facultades revisó la constitucionalidad de la Ley 208 de 1995 "Por medio de la cual se aprueba el *Estatuto del Centro Internacional de Ingeniería Genética y Biotecnología* hecho en Madrid el 13 de septiembre de 1983"; con ponencia del Honorable Magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz, allí abordó los siguientes conceptos:

Define la biotecnología como *una forma de explotación o aprovechamiento de un tipo particular de recursos naturales, tendiente al logro de un conocimiento sobre los recursos biológicos que permita la creación o modificación de productos o procesos para usos específicos*. Señala respecto de la ingeniería genética y la biotecnología que *la instalación de las plantas piloto, en territorio colombiano, se debe adecuar a las regulaciones sobre manejo de los recursos genéticos que dicten las autoridades de la República y sea respetuosa de las normas de seguridad que implican la salvaguarda de la vida y de la salud de los colombianos...*".

¹²⁹ La corte Constitucional Colombiana representa la Jurisdicción Constitucional del estado, integrada por nueve magistrados, elegidos por el Senado de la República por periodo de ocho años, de ternas que le presente el presidente de la república, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado; atendiendo el criterio de la diversidad de especialidades dentro del derecho RODRIGUEZ R, Libardo. Estructura del Poder Público en Colombia. 14ª Edición. Editorial Themis S.A. 2012. Bogotá D.C. Pág.177. La importancia de la corte Constitucional es que bajo su intervención analítica para determinar la existencia de la una norma indistinto el rango que tenga es que su pronúncienlo le saca del ordenamiento o en su defecto determina el alcance de la misma.

Establece la posición del Estado Colombiano y la salvaguarda inquebrantable de los intereses estatales al manifestar que el reconocimiento de la autonomía de organismos internacionales en punto al diseño y ejecución de las tareas a ellos asignadas a través de tratados multilaterales de los cuales forme parte el Estado colombiano, no pugna en principio con la Carta política. Sin embargo, en el caso específico del manejo de recursos genéticos y de la experimentación tecnológica sobre recursos vivos (biotecnología), el Estado colombiano se halla frente al deber constitucional irrenunciable de intervenir, tanto para proteger los recursos biológicos como para garantizar que el manejo de recursos genéticos se adecue al interés nacional”.

En este mismo sentido argumenta que el control y protección que el Estado está obligado a observar sobre sus recursos naturales y, en particular, sobre sus recursos genéticos, determina que éstos no puedan considerarse como parte de los bienes y haberes de un organismo internacional cubiertos por un régimen general de inmunidades. Por estos motivos, el artículo 13, numeral 3°, del Estatuto del Centro Internacional de Ingeniería Genética y Biotecnología es constitucional sólo en el entendido de que la referencia a los bienes y haberes de ese organismo que allí se hace no incluya los recursos biológicos y genéticos, y siempre que se establezcan mecanismos de control y vigilancia que permitan a las autoridades nacionales fiscalizar el cumplimiento de las normas nacionales, supranacionales e internacionales sobre bioseguridad y protección de los recursos naturales, la vida, la salud, y la producción de alimentos.

Durante la revisión de la Sentencia C-334 de 2010, Honorable Corte Constitucional Colombiana, Magistrado Juan Carlos Henao Pérez, ocupado de determinar la legalidad del artículo 245 - *Exámenes de ADN que Involucren al Indiciado o al Imputado* otorga a la información genética valor extraordinario al denominarlo “de carácter reservado”; así refuerza la protección a la información genética conceptuando que:

“Las muestras biológicas representan para el sujeto de quien se han extraído, ante todo un objeto contentivo de información genética que reposan en laboratorios, consultorios y bancos biológicos y hace parte de la información reservada, sometida a un régimen de protección especial, la cual por su estrecha relación con los derechos fundamentales del titular -dignidad, intimidad, libertad, habeas data y autodeterminación informativa y libertad negocial-se encuentra reservada a su órbita exclusiva y no puede siquiera ser obtenida ni ofrecida por autoridad judicial en el cumplimiento de sus funciones. De modo que el acceso a las mismas por parte del Estado o de los particulares, por lo mismo que puede significar la afectación (sic) derechos fundamentales, no sólo del inculpado o indagado sino también de terceras personas, como es el caso de los familiares de aquel o de la persona natural o jurídica que posee la muestra respectiva, debe estar sometido a reglas y restricciones claramente definidas...”

Más adentro del estudio normativo alude el rango de la información genética con el propósito de ubicar su lugar dentro de los tipos de información existentes: I). información pública, II) información semi privada, III) información privada, IV). Información reservada; determinando ésta información, similar a los denominados datos sensibles que pertenecen a la última clasificación al ser información personal ligada a los derechos fundamentales a la- dignidad, intimidad y libertad, posición sustentada en las definiciones de la Convención Americana de DD.HH, que en su art. 11 sobre protección de la Honra y de la Dignidad, establece:

“Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad. 2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación. 3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques”.

Existe también pronunciamiento del Tribunal Constitucional Español al conocer el Recurso de Inconstitucionalidad 596-1989 promovido por setenta y nueve Diputados del Grupo Parlamentario Popular contra la Ley 42/1988 del 28 de diciembre relacionada con la donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos, en su totalidad y subsidiariamente contra

diversos preceptos de la citada ley, al considerarlos contradictorios de los artículos 9, 10 (arriba definidos), 15, 25, 53, y 81 de la Constitución Española.

La ley 42 de 1988 trata sobre donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos. De igual manera en la referida ley se determinan las reglamentaciones necesarias para garantizar la libertad científica e investigadora con fines terapéuticos, diagnósticos, investigativos y experimentales, condicionándola a los valores reconocidos en la Constitución, como son la protección del cuerpo y de la vida, la capacidad de decisión del afectado y la dignidad humana, alejándola de la inclusión de criterios éticos y morales; es decir, dejando la investigación científica solo limitada a la dignidad y libertad humanas.

Resume el alto tribunal los argumentos de la demanda de la Ley 42/1988, en que en primer lugar se ha quebrantado la protección constitucionalmente exigible de la vida humana (art.15 C.E.); en segundo lugar, se le imputa una vulneración de la reserva de Ley Orgánica establecida en el artículo 81 de la Constitución Española para las leyes de desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, en este caso del derecho a la vida consagrado en el artículo 15 ibídem, al igual que las reservas de Ley establecidas en los artículos 25.1 que trata el principio de legalidad penal. Los demandantes consideran también vulnerado el artículo 53.1 de la Constitución en comento, reguladora del ejercicio de los derechos fundamentales reconocidos en el Capítulo Segundo del Título I de la Constitución Española. Finalmente, los recurrentes consideran que lo dispuesto en los distintos preceptos de la Ley vulneran los principios constitucionales de seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad definido en su artículo.9.3., al igual que la dignidad

de la persona, art.10.1. Criterios que fueron mayormente desestimados por el Alto Tribunal al no poder acreditar suficientemente la contradicción de la ley con los derechos fundamentales enunciados.

CAPITULO II

DERECHOS ASOCIADOS A LA CLONACIÓN HUMANA

1. Los Fines del Derecho ante la Clonación

Lo primero sería indicar el porqué de la especial importancia del derecho, el cual ha sido instrumento fundamental para el ordenamiento y limitación de los efectos propios de la dinámica social. El derecho se caracteriza por configurar naturalmente el orden de desenvolvimiento social del individuo, que se cumple sin necesidad de recordar siquiera su existencia.

El derecho vivo, el derecho sano es aquel que se materializa normalmente, por lo general por quienes participan en los actos que lo conforman o conocen siquiera como se regula, conocen sus obligaciones intuitivamente, porque saben que es lo que deben hacer y saben también cómo deben hacerlo¹³⁰; por el derecho frente a la sociedad que es una maquina poderosa, se mueve en sentidos diversos, mil cilindros, mil ruedas, otras tantas agudas láminas, movidas por la voluntad; voluntad de millares de individuos con intereses diversos, aspiraciones, debilidad, disciplina y sumisión; en este escenario se identifican cuatro motores sociales clasificados en dos grupos, superiores e inferiores.

En los inferiores se encuentra la coacción sin la cual no existiría el derecho y sin éste último no existiría el Estado; en los superiores están los motores morales y éticos; pero transversal a ellos se encuentra la garantía de la satisfacción de las necesidades humanas a las cuales se reducen todos los fenómenos de las acciones y reacciones; la necesidad motiva todas las relaciones entre los seres humanos, por

¹³⁰ La doctora en ciencias biológicas, Bárbara Barrios García, del Centro Nacional de Genética Médica Instituto Superior de Ciencias Médicas de La Habana exhorta a la comunidad científica a emplear de manera correcta dentro del saber y el quehacer investigativo, consciente de que estas pueden atentar contra la biodiversidad de las especies y la dignidad del hombre; esta es la realidad que hace importante la intervención del derecho, ante situaciones que no pueden quedar al arbitrio individual.

ella se emiten las leyes y para satisfacerlas se requiere el concurso de los otros seres humanos teniendo en cuenta que para saciarla el ser humano hace uso de sus propias fuerzas, siendo éste aspecto respecto del que se propende buscar limite y determinar sus proporciones en lo individual, respecto a los demás y a la comunidad. En este sentido el derecho es regulador del uso de la fuerza para la satisfacción de las necesidades.

El segundo motor integrado por la ética y la moral fue incluido por la iglesia al promover la caridad, beneficencia y el amor como valor social, mismos conceptos que han permitido la obtención de derechos a través de la legislación¹³¹.

Revisando las funciones de Derecho¹³² se tiene que la primera corresponde a la finalidad de *orientación y organización* a través de la cual se entrega a los coasociados el conjunto de normas que orientan su conducta con el propósito que a partir de su conocimiento calculen las consecuencias propias de sus actos y por su parte la orientación ofrece seguridad sobre sus contenidos y su cumplimiento esta reforzado por la posibilidad de coacción; la segunda función es la de *integración y control* es la regulación de la conducta de los miembros de un grupo social mediante el establecimiento de valores y normas de comportamientos; esto significa que el derecho es un Sistema de Control Social, director y guía de conductas, auto supervisado en aras de conseguir la integración y cohesión de equilibrios sociales.

¹³¹ IHERENG. RUDOLF VON. El fin del Derecho., La Mecánica Social o Motores del Movimiento Social Pág. 62 en Biblioteca virtual UNAM. Madrid 1911 ed. 1ª.

¹³² Ma. E. GAYO SANTA CECILIA y J.L. MUÑOZ DE BAENA SIMÓN. Introducción a la teoría del derecho. Madrid, UNED. 2010.

Como tercer cometido se encuentra *la pacificación y resolución de conflictosa* través del cual el derecho elimina el conflicto de la sociedad garantizando la relación armoniosa y pacífica de los individuos al considerar que según teorías conflictualistas, el conflicto es permanente en los individuos y en las distintas expresiones de asociación; es decir, el derecho mantiene bajo control los conflictos, los juridifica sin que necesariamente tenga la capacidad de hacerlos desaparecer.

Como cuarta finalidad es *la limitación y legitimación* de los poderes sociales, conducto por el cual las personas ejercen el poder legislativo, se establecen los requisitos y vías para lograr la creación de normas y sus límites y finalmente se plantea la quinta función del derecho consistente en la promoción de la justicia del bienestar de los ciudadanos instrumento útil para el Estado bajo el propósito de asegurar un marco general y formal de autonomía individual, presentándose como una ciencia evolutiva que pasa de ser represiva, regulativa e intervencionista a una ciencia promocional¹³³.

Todas las funciones expuestas son relevantes; empero, basado en que los efectos de la clonación no son calculables por la inexistencia de antecedentes suficientes y por el contrario en el imaginario colectivo representa un mayor riesgo social ante la carencia de hechos previos sobre los cuales sea posible construir posiciones verificables, *la función de control social* materializable mediante técnicas de control social son primordiales porque permiten a las autoridades regular

¹³³MARTINEZ MORAN. M y B. DE CASTRO. Diecisiete Lesiones de Teoría del Derecho. Madrid, Universitas. (2.011) 2ª Ed.

comportamientos basada en los distintos sistemas normativos: social, moral, jurídico.

Éstos últimos conceptos son los que individualmente representan las bases sobre las que se han edificado las marcadas corrientes que han sentado posición sobre la Clonación; a través del derecho se puede incentivar o promover la práctica de determinadas actividades o por el contrario desincentivar aquellas que no se deseen producir; ofrecer seguridad para que las personas conozcan los comportamientos prohibidos, planifiquen sus conductas y así actúen con conocimiento de causa.¹³⁴

Colombia a través de dos eventos buscó sincronizarse con la tendencia mundial de reconocer garantías constituciones a través del Estado de Derecho en la Constitución de 1.886 y posteriormente en la Constitución de 1.991 en su paso hacia un Estado Social de Derecho encaminado hacia la consecución de un estado de bienestar¹³⁵; concepto que abarca la obligación de los poderes públicos de velar por la distribución e igualación de los bienes materiales, la articulación de la sociedad desde las bases democráticas y la dimensión de la referencia social de los derechos fundamentales.

La legislación Colombiana está impregnada de valores es decir lo que representa lo bueno y lo mejor, conceptos a partir de los cuales se derivan el sentido y la finalidad de las demás normas del ordenamiento jurídico; los cuales son útiles

¹³⁴ VILAJOSANA. Josep M. Funciones del Derecho: Un Marco Conceptual. Pág. 278. – I- Book.

¹³⁵ DAZA DUARTA, Sandra Patricia y QUINCHE PINZÓN. Rafael Humberto. Finalidad de los Principios y Valores Constitucionales en el contexto del Estado de Derecho en Colombia. Pág. 3.

para orientar las normas hacia el cumplimiento de los fines que fundamentan las disposiciones institucionales, constitucionales y sirven como criterio o parámetro para medir la legitimidad de los hechos y conductas¹³⁶.

2. *Análisis de los Derechos Constitucional de los asuntos comprometidos en la clonación*

Un sin número de adjetivos pueden emplearse para encontrar los motivos por los cuáles resulta importante el tema de la clonación humana, incertidumbre, escepticismo, variabilidad en sus alcances y resultado, utilidad, riesgo, seducción y fascinación para hacer tangible el resultado de la puesta en marcha de las tantas habilidades y capacidades del ser humano.

Para algunos tratadistas en el campo jurídico existe una responsabilidad decisiva, inicialmente basada en el deber de resolver cómo va a ser la propia intervención del derecho, efectos y aspectos a regular máxime al suponer involucrados derechos fundamentales. Se enfatiza en que se encuentran inmersos en el tema de la clonación valores tan dignos de tutela como la libertad de investigación científica, el debido resguardo de la dignidad de la persona humana, al igual que es a través del derecho que se debe garantizar la intervención del legislador colmada de prudencia, medida, consenso en el sentido de representar el

136 Corte constitucional Sentencia T- 406 de 1992.

querer de las mayorías, gradualidad, provisionalidad en razón a la variabilidad de la materia la cual es propiamente cambiante por su misma naturaleza¹³⁷.

Sin embargo, tratando de entender la magnitud jurídica de la Clonación Humana y el porqué de la agitación sobre la materia, se encuentran copiosos enfoques evidenciadores de aspectos jurídicos preocupantes; uno de los principales es el referente a la identidad genética, concepto esencial en principio para situar a cada ser humano respecto de los demás teniendo en cuenta que partir de ella se asegura la información relativa a la especial vinculación entre un individuo y su familia biológica o un grupo de población, impregnando de la misma importancia la utilidad de este concepto cuando se tratan de explicar muchas de las diferencias fisiológicas y comportamentales entre las personas¹³⁸.

El derecho en la genética y la biotecnología se caracteriza por formalizar soluciones a conflictos sociales, en este caso su intervención está orientada a la prevención respecto de la aparición de determinados conflictos; fenómeno que ha sido estructurado bajo el concepto "*Proyección Jurídica del Genoma Humano*"; a su vez interviene regulando la conexidad existente entre la clonación humana y la libertad de ciencia o libertad de investigaciones científicas como otro derecho inmerso; último asunto al que se encuentran involucradas etapas investigativas y experimentales que también son sujetos de protección normativa. Por ejemplo las prerrogativas de la Constitución Española que en su artículo 20 numeral 1º literal b

¹³⁷José Assef. Yara, "clonin Human Beings. Ethical Judicial and Social Aspects", Clonación en Seres Humanos. Aspectos Éticos, Jurídicos y Sociales. Internet: http://bvs.sld.cu/revistas/mciego/vol10_sulp1_04/articulos/a2_v10_supl104.htm.

¹³⁸ESCAJEDO SAN EPIFANI. Leire. Óp. cit. Pag.47.

dispone el reconocimiento y protección a la producción y creación literaria, artística, científica y técnica.

Existen premisas ilustrativas referentes a la utilidad de la norma como limitante en la investigación, viabilizándola siempre que cumpla una función social y su reafirmación sea sobre la base de la vida, dignidad humana y derechos fundamentales, salud con fines de prevención, curación, predicción, transmisión y bienestar.

Estudiosos de la medicina han expresado que la clonación de seres humanos obliga a plantear cuestionamientos éticos por la vinculación de derechos fundamentales especialmente el derecho a la vida y otros derechos considerados como privilegios en trance frente a su práctica: violación a la vida humana, especie humana, supervivencia humana; continuidad de la vida una vez engendrada; derecho a la igualdad; derecho a la no manipulación; derecho a la identidad genética y a la individualidad; derecho a tener un patrimonio genético inviolado, original y no programado; derecho a tener personalidad, autonomía y libertad; a dar consentimiento informado; a ser protegido, cuidado y tutelado y no expuesto a situaciones peligrosas; el derecho a tener relaciones de familia: maternidad, paternidad, filiación, fraternidad, consanguinidad, no incesto, etc.; junto con sus roles y deberes; el derecho a no ser congelado, seleccionado, descartado, experimentado, subordinado; ni que se le exijan condiciones y características somáticas de un modelo determinado; ni tampoco a ser creado con vínculos

preestablecidos en función de otros; a no ser instrumentado por la cultura de la muerte, que deviene luego en la muerte de la cultura¹³⁹.

En otros estudios¹⁴⁰ se propone una posición distante de la dignidad humana como excusa limitante para la práctica de la clonación, es preferible emplear los conceptos que restan importancia a la idea de la “dignidad humana” y en contrario se propone como suficiente hablar de humanidad, respetarla; valorar la condición esencial del hombre y considerarlo como fin y nunca como medio, al comprender que el concepto de dignidad humana nunca ha podido ser explicado y resulta para ser más dicente el concepto de humanidad.

Uno más de los aspectos considerados en vilo es la unicidad, criterio esencial para la aplicación del derecho; pues la exigencia, destinación, obligación y responsabilidad del mismo está basada en éste, teniendo en cuenta que cuando se trata de fijar el alcance del derecho cualquiera que sea el escenario, lo primero que se define con precisión es la persona destinataria de sus alcances.

Las propuestas que más motivan pronunciamientos y sustentan las restricciones exigidas frente a la práctica de la clonación humana son aquellas que se fundamentan en el análisis de su impacto sobre los derechos fundamentales y el presunto riesgo que representa; considerando que ha sido la protección de estos precisamente lo que ha motivado el desarrollo de normas jurídicas y procedimientos

¹³⁹RAVAIOLI. Luis Aldo, “La clonación de seres humanos” (1.999).

¹⁴⁰Quintero Valencia Enrique, en “La Clonación ante la ética y el Derecho” cita conceptos del jurista alemán Gustav Radbruch.

médicos; tanto en el derecho como en la medicina que enfocan sus resultados hacia la protección individual del ser humano y social de la humanidad.

De ésta preocupación se ha estructurado la figura de *Derechos Biológicos*, definidos como aquellos cuyo goce es reconocido a personas en cuanto son sujetos protagónicos y responsables de la evolución biológica natural de la especie humana y de su medio ambiente” , demandantes de protección especial como único camino para preservar el futuro biológico de la humanidad; en el entendido que ésta tipología jurídica es susceptible de ser ejercida por todas las personas desde su nacimiento hasta la muerte.

Este derecho incluye el ya referido derecho a la vida, a nacer, gozar de salud física y psíquica, gozar de integridad física y psíquica, derecho al mantenimiento y preservación de los vínculos paterno-filiales y fraternales, derecho a ser concebido, gestado, alumbrado y criado dentro de una familia basada en la unión de un varón y mujer y en su defecto ser adoptado en las mismas condiciones, derecho a disfrutar del primer medio ambiente humano natural, el seno materno, a ser tratado en condiciones de igualdad , intimidad, recibir información sobre los efectos adversos posibles de todas las actuaciones que deban practicarse sobre su salud y a gozar de una identidad genética social jurídica indiscutible ¹⁴¹; recelos validos ante la evidencia de la influencia de la disminución o pérdida de los valores humanos que ha llevado a desviar la finalidadde la investigaciónmédica y científica, esencialmente

¹⁴¹ Documento elaborado por la doctora MOTAZZO DE ROMUALDI. Liliana A, Coordinadora de la Comisión nacional para estudio de la Bio- ciencia y Derechos Humanos del Ministerio del Interior, Argentina. La Biotecnología y el derecho a la Identidad. Cuadernos de Bioética 1996/1. Pág. 14.

enfocada a curar y salvaguardar la vida, a la satisfacción de deseos individuales o circunstancias económicas¹⁴².

2.1. El derecho a la vida

*“Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”*¹⁴³. Esta es la prerrogativa universal que reconoce el valor más superior que tiene el ser humano; la vida. Aún en los territorios donde no se reconoce plenamente éste derecho¹⁴⁴, si se encuentra limitada su trasgresión a condiciones que realmente constituyan un comportamiento excesivo que ponga en riesgo un derecho de igual valor individual o social.

Para su salvaguarda, los derechos humanos y las normas de derecho internacional humanitario han impuesto su protección como valor común a todas las naciones y profundizan sus esfuerzos en lograr que sea una prerrogativa inexcusable ante argumentos motivados por la cultura, política o que socialmente se usan como sustento para el desconocimiento.

¹⁴² MOTAZZO DE MOMUALDI. Liliana. Óp. cit. Pág. 19.

¹⁴³ La constitución política de Colombia de 1,991 lo protege en el artículo 11.

¹⁴⁴ Éste concepto está definido y es reconocido como derecho en la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 3º), Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (artículo 1º), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 4º) y en la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (artículo 4º).

El reconocimiento del derecho a la vida¹⁴⁵ ha permitido distinción de otros factores que son indispensables para que su ejercicio tenga sentido, de ahí el origen de los demás derechos que han sido conceptualizados para estructurar el concepto de “vida digna”; el reconocimiento del derecho a la vida es esencial e indispensable para que todo ser humano se desenvuelva en la sociedad, al privarse de ella a alguien se le impide el ejercicio de todos sus demás derechos y libertades¹⁴⁶.

El surgimiento de la denominada dignidad humana como derecho más próximo representativo y coadyuvante del derecho a la vida; es promotor de las miles luchas que han motivado al hombre para lograr auto reconocimiento. Sin dignidad humana el derecho a la vida carecería de sentido; la dignidad humana aunque muchos buscan definirla; más que una palabra y un conjunto de sensaciones individualmente positivas que solo pueden encontrarse y valorarse cony por el sentir del individuo mismo; pues lo que es digno o no, permite una valoración con base en las condiciones particulares del individuo que le permitan revisar si los actos, situaciones y condiciones que le rodean no lo limitan como hombre y responde a sus expectativas haciéndolo sentir pleno dentro de un determinado contexto.

¹⁴⁵ Como características del derecho a la vida se tiene que es universal por ser igual para todos los hombres en el tiempo y en el espacio; es irrenunciable, inalienable, preexistente a la legalización positiva al emanar d en la misma naturaleza humana; el hombre es dueño de la vida no por el hecho de que le haya sido concebido por la ley positiva, sino por la naturaleza; es un derecho reconocido por ser declarado y no otorgado, imprescriptible, es incondicional porque si propia esencia es que no permite la imposición de límites. URREGO, Jarlin D, GALLEGO RENDÓM, Edgar N, GARCIA VALENCIA, Eliana y otros. Manipulación Genética y Bien jurídica Protegido EN: monografía de universidad de Medellín, Pag. 25.

¹⁴⁶ HUERTA y ZANELLI. Óp. Cit. p. 54.

Este derecho es el que determina el alcance y sentido de los demás derechos, de aquí se ha desarrollado su categorización entre los que impactan directamente al ser humano por ser conexos al hecho de vivir y aquellos que clasifican los otros derechos que le permitirán disfrutar y acceder a los elementos y actividades próximas contextuales de la existencia y respecto de los que siendo necesarios, no son indispensables para la subsistencia.

El derecho a la vida ha sido calificado como inherente al ser humano, razón está por la cual se cree es difícil definirlo. Se presenta como el derecho a vivir o permanecer vivo, el derecho a vivir bien o vivir con dignidad, el derecho a recibir todo lo mínimamente necesario, derecho a no ser lesionado afectado en la integridad física, en la salud, a no ser asesinado¹⁴⁷, siendo éste último aspecto el que más fácilmente puede comprender lo que realmente representa el derecho a la vida, porque de realizar una revisión minuciosa cada uno de los elementos que se correlacionan al derecho a la vida, podría ser un derecho autónomo, como por ejemplo en derecho a vivir bien o vivir con dignidad está definido bajo éste mismo nombre; el derecho a no ser afectado en la integridad física y a gozar de una salud física y emocional; también puede entenderse protegido con la existencia del derecho propio a la salud.

Entonces el derecho a la vida generalmente no tiene limitaciones más que éticas y morales antes de que se tenga vida ¿por qué la clonación se cree afecta

¹⁴⁷ GARCIA HUIDOBRO. Rodolfo Figueroa. Concepto de Derecho a la Vida. En. Revista Ius Et Praxis. 2014. No. 1, Pág. 261,

éste derecho? si precisamente la intervención de la clonación es para generarla más no para definirla posteriormente, y por qué si una vez se es ser vivo o se tiene vida le está permitido a los seres humanos bajo el concepto de la autodeterminación definir aspectos físicos como los que incluiría la clonación, tales como los éticos, étnicos y/o raciales; incluso orientarse religiosamente, entonces seria valido establecer una posición que permita suponer que el derecho a la vida como tal no estaría en riesgo con las prácticas de la clonación sino que en realidad, seria cuestionable la calidad de la salud que gozaría por los riesgos propios del procedimiento, si libertad, autodeterminación al ser sujeto de propiedad lo cual sería poco probable por todos los avances humanos y humanitarios que han logrado disminuir al acaparamiento de seres humanos por cuenta de otros seres humanos bajo el abuso del poder; finalidades comerciales o como efecto de móviles individualistas responsables de distintas posturas que históricamente han afectado la sociedad e implantado criterios que generan desigualdad.

Este análisis fortalece las posiciones que plantean la existencia del derecho a vivir distinto del concepto de derecho a la vida; pues en el primero ya se cuenta con el valor de la vida mientras que el segundo pareciera más corresponder a las reglamentaciones que se requieren previamente para eliminar cualquier evento que pueda atentar contra éste.

2.2. *El derecho a la dignidad*

La dignidad humana es una realidad reconocida universalmente en todas las declaraciones contemporáneas de derecho, la palabra dignidad significa excelencia(eminencia, importancia, sublimidad), grandeza(grandiosidad, realce), decoro, (honor, nobleza, respetabilidad, gloria, esplendor), gravedad (importancia, trascendencia); significa ser distinguido, egregio, eminente, eximio, ilustre, famoso, insigne, notable, preclaro, prestigioso, renombrado reputado¹⁴⁸, conceptos que suponen superioridad de éste sobre los seres que carecen de razón o de personalidad pero no admite discriminación alguna con otros seres por razón de nacimiento, sexo, raza, opinión, creencia o cultura, sino que todos los hombres son iguales en dignidad, así la igualdad de los hombres en palabras del Papa León XIII consiste en que, teniendo todos la misma naturaleza están llamados a la misma eminente dignidad de los hijos de Dios¹⁴⁹El derecho a la dignidad humana se centra en la persona¹⁵⁰.

¹⁴⁸ ROMERO CASABONA. Carlos María, BENITO DE CASTRO CID JESUS AYLLON, IÑIGO DE MIGUEL, Beriaín, RAFAEL JUNQUERA de Estefani, LOPEZ MORATALLA. Natalia. VIDAL GARCIA. Marciano, MARCOS DEL CANO. Ana María, PEREZ LUÑO. Antonio Enrique, LORENZO de Ricardo, MARTÍN SANJUAN, Crisitna y JORQUI AZOFRA. María. , Biotecnología, Derecho y Dignidad Humana. Editorial Comares. Arbolete, Granada. 1ª. Edición 2003. Pág. 21.

¹⁴⁹ Véase la encíclica QuodApostolicinumeis. núm. 6.

¹⁵⁰ Desde el punto de vista etimológico la palabra persona comprende diferentes significados. No obstante el más frecuentemente asignado es el derivado de la palabra griega prosopon que significa mascara y se refiere a la máscara que cubría el rostro de los actores griegos para representar los diferentes personajes en el teatro. Desde ésta perspectiva el termino persona significaría “el personaje de la obra teatral” este origen de la obra no es puramente casual, el rostro es en efecto dice R. ANDORNO, lo que exterioriza a la persona de modo más inmediato, el rostro, siempre singular y único. expresa apropiadamente el carácter irreductible de la personalidad, el misterio de que ella sea un fin en sí y no un simple medio. ROMERO CASABONA. Carlos María, BENITO DE CASTRO CID JESUS AYLLON, IÑIGO DE MIGUEL, Beriaín, RAFAEL JUNQUERA de Estefani, LOPEZ MORATALLA. Natalia. VIDAL GARCIA. Marciano, MARCOS DEL CANO. Ana María, PEREZ LUÑO. Antonio Enrique, LORENZO de Ricardo, MARTÍN SANJUAN, Cristina y JORQUI AZOFRA. María. , Biotecnología, Derecho y Dignidad Humana. Editorial Comares. Arbolete, Granada. 1ª. Edición 2003. Pág. 5, en cita de FERRATER MORA. J. Diccionario de Filosofía. Editorial Ariel

2.3. *El derecho a la integridad personal*

Éste concepto compuesto por dos palabras que individualmente representan superioridad, obliga su comprensión como el deber del respeto a la persona humana en todo; un todo integrado por la protección de la persona como ser humano y respecto a los aspectos externos que son indispensables para su desarrollo e interacción social, es decir, el derecho a vivir, obtener y gozar de todo aquello que permite el ejercicio de la vida en plenas condiciones, definición que implícitamente significa que no puede permitirse ninguna actuación o evento que atente contra la persona en la esfera psíquica, psicológica, física, ética, moral y social. De todos los subtemas quehan sido identificados conexos a la integridad personal¹⁵¹ el respeto por el cuerpo demanda mayor protección, por cuanto por su correspondencia física permite hacer palpables los hechos que contra éste se cometan; generar reproche y en efecto motivar unanimidad de criterios en pro de su protección. El cuerpo hace perceptible, palpable, visible a la persona. La existencia corporal del ser humano es el (elemento) que recibe y ejerce todas las prerrogativas subjetivas; por ende, para lograr propender por el valor de pesas, debe primero reconocerse el valor superior del cuerpo humano.

Referencia. 1ª edición revisada. Tomo III. Pág. 2759. y ANDORNO, Roberto Bioética y Dignidad humana., tecnos, Madrid, 1998. Pág. 52.

¹⁵¹ En razón a la protección de la integridad personal han sido identificados conceptos que de ser individualmente afectados repercuten en éste. Por ejemplo la prohibición de tratos crueles, inhumanos, degradantes y la tortura. De igual cuando se propende por la integridad personal también se lucha por la salvaguarda del valor de la vida.

El cuerpo, depositario o receptor de los derechos de la “persona humana” es principalmente el concepto objeto de protección; en el cuerpo se hace evidente de la vida; por ello al establecer normas para su protección a su vez se garantiza el derecho a vivir.

Desde el punto de vista de la manipulación genética éste concepto visto como derecho encierra el imperativo de cada ser humano a preservar todas las partes de su cuerpo, órganos y tejidos; alcance en el que se incluye el rechazo de experimentos médicos y científicos que puedan realizarse sin el consentimiento personal¹⁵².

2.4. *El derecho a la identidad*

Son diversos los asuntos en los que se hace referencia a la identidad, el primero sin duda alguna corresponde a la identidad personal, a partir de la cual con base en el análisis de identidades similares agrupadas por motivos distintos, son estructurados conceptos como identidad de grupos, pueblos, culturas, sociedades y naciones.

La identidad tiene varios aspectos los primeros podrían llamarse físicos o aparentes; correspondiendo a aquellos que hacen diferencias visuales perceptibles en una persona en relación a las demás es decir que lo individualiza en razón a la

¹⁵² HUERTA y ZANELLI. Óp. Cit. p. 77.

particularidad de sus genes¹⁵³; los segundos, pueden denominarse adquiridos, siendo éstos los que aprehende cada ser humano desde que nace y durante todo el transcurso de la vida, generando la adopción de posiciones y aptitudes comportamentales que permiten adjetivarlo¹⁵⁴. Los aspectos adquiridos pueden ser consecuencia del traspaso generacional, situación que permite la determinación de culturas, grupos, y naciones que se caracterizan o se identifican a raíz de la permanencia y traslado de la información y factores comportamentales sostenibles en el tiempo de manera natural, con la única garantía del interés de las personas de conservar aquello que los hace diferentes, que les permite ubicarse en el universo y en sí que facilita identificarse individual o grupalmente.

Por lo anterior, éste derecho merece ser destacado como los derechos en riesgo de percibir amenaza en razón a las consecuencias del desarrollo de la medicina genómica, al interferir en las condiciones individuales del ser humano, invadido por esta ciencia al escudriñar a través del análisis de los genes aspectos que integran su identidad; su comportamiento como consecuencia del estado de

¹⁵³ Los genes no solo contienen la información que hace posible la vida del ser que los porta sino que son vectores cuánticos por los que se transfiere esa información a la descendencia del ser que los porta sino que son vectores cuánticos por los que se transfiere esa información a la descendencia de ese ser. De ellos dependen la creación de individuos nuevos, su viabilidad, su tipo, su categoría y su individualidad bioquímica, base cierta, sólida o endeble de su individualidad final integrada. Con ellos, con los genes, las propiedades fundacionales de los hombres transitan por el espacio y por el tiempo, trascienden los continentes y perduran por los siglos. VERRUNO. Luis; HAAS Emilio J.C., RAIMONDI Eduardo H, Barbieri Ana M Óp. Cit.. p. 9-10.

¹⁵⁴ El término adjetivar al ser humano, busca concretizar las diferentes palabras utilizadas para particularizar al ser humano. Materializado al decir, es una persona mestiza, afro descendiente, indígena, criollo, anglosajón, mulato, zambo, caucásico, mongólico, malayo; de igual manera la adjetivación también incluye la clasificación de personas, grupos, culturas y naciones por concepto de religión, ateos, protestantes, creyentes, hindúes, islámicos, budistas, judíos, etc. El idioma, lenguas nativas, nivel de cultura y desarrollo de conocimiento son elementos que permiten establecer la identidad de una o varias personas.

salud mental, el origen de la tendencia sexual, nivel de inteligencia¹⁵⁵, afectividad¹⁵⁶, criminalidad, experimentaciones de sensaciones¹⁵⁷; todos conceptos que integran la identidad personal y humana excedida en su propósito inicial de conocer la razón por la que los seres humanos diferentes de otras especies incursionando en la búsqueda de mecanismos que permitan lograr el cruce de diversas especies, avanzan en métodos de fecundación asistida y hasta obtener productos clónicos¹⁵⁸; circunstancia que hace necesario establecer por vía del derecho la categoría de los derechos biológicos de las persona individualmente y de la especie humana como prevención frente a los efectos que tiene esta disciplina en generar conmoción en lo social, jurídico y ético.

De otro lado también la identidad personal está integrada de aspectos que son bienes jurídicos dignos de protección desde el ordenamiento jurídico, uno es el concerniente a la identificación del sujeto integrada por el nombre, nacionalidad, imagen, personalidad¹⁵⁹ reconocimiento dentro del contexto familiar e identidad genética; el segundo corresponde a lo referente al plan de vida del individuo, valores

¹⁵⁵CHRIS GOODEY, Geneticmarkersforintelligence, 'pág. 13-16, citado por: NICOLÁS JIMENEZ, Pilar. La Protección Jurídica de los datos genéticos de carácter personal. Bilbao – Granadas, 2006.COMARES.pág. 8.

¹⁵⁶ REMI J. CADORET/George WINOKER, Genetics and affective disorders, págs.67-75. Citadopor: ibíd. Pág. 8.

¹⁵⁷ Miriam DAHME ET. AL, Disruption of the mouse L1 gene leads to malformations or the nervous system, págs. 346 y sigs. Citado por: ibid pág. 8.

¹⁵⁸ GONZALEZ CONTRO. Mónica. Reflexiones sobre el derecho a la identidad de niños, niñas y adolescentes en México. Boletín Mexicano de derecho comparado, nueva serie año XLIV, número 130. Enero – abril de 2011, pp. 107 -133. EN: Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

y entorno social; la identidad personal se estructura de elementos adquiridos en el transcurso de su vida¹⁶⁰.

En la identidad cultural entendido en un sentido amplio como concepto que integra la identidad étnica, representa el conjunto de características de cada una de las personas agrupadas, que permite incluso determinar límites territoriales, interacción de individuos que comparten además de rasgos y comportamientos similares un determinado espacio, les permite construir en común una historia; conservar eventos significativos, preservar situaciones simbólicas, establecer prácticas artísticas y musicales; cultura comercial y monetaria; definir patrones de organización familiar, hábitos educativos, alimenticios, esquemas de trabajo al igual que la expedición de leyes que respeten y propendan por la protección de esas diferencias.

Conocer las características particulares que identifican a una cultura permite a las otras distintas culturas saber la manera más acertada de interactuar con ellas; la identidad cultural es un instrumento que en sí facilita al universo entero conocerse integralmente para facilitar con base en el respeto a las diferencias, la interacción intergrupar, sin embargo para su protección más allá de conceptualizar las diversas exteriorizaciones del derecho a la identidad, desde la óptica de la teoría crítica del derecho, debe resaltarse el papel de la hermenéutica al momento de revisar y proponer una solución frente a las situaciones emergentes y realidades socioculturales e históricas cambiantes que se crean atentar contra ella, en el

¹⁶⁰ VILLAMAYOR. Fabián. Protección Jurídica del Derecho a la Identidad en la Adopción: incidencia de la Convención de los Derechos del Niño. I- Book.

sentido de incluir en supronunciamento el análisis de los principios generales del derecho, la analogía, usos y costumbres¹⁶¹ y todas aquellas disciplinas que le permitan emitir un pronunciamiento que responda al valor de la identidad en el caso particular que sea estudiado.

2.5. *El derecho a Intimidad*

Para realizar una revisión de los aspectos del hombre que se consideran íntimoses aludida¹⁶² la doctrina del Tribunal Constitucional Español, útil para definir la diversidad de concepciones que la intimidad representa; plantea que se deben distinguir los rasgos biológicos en tres tipos. Rasgos morfológicos externos que constituyen el aspecto exterior de una persona; rasgos morfológicos internos (de los diferentes aparatos y órganos del cuerpo) que se reconocen mediante examen técnico visual o táctil, a menudo con apoyo de aparatos específicos y rasgos celulares que requieren un examen técnico analítico de células corporales (de la sangre, orina, semen, sudor, saliva, células de la raíz del pelo o de tejido epidérmico,etc.). En función de su mayor o menor grado de especificidad los rasgos biológicos son comunes a la especie humana, comunes al grupo étnico, comunes a la familia biológica o específicos del individuo.

¹⁶¹ GHERSI. Carlos A.; Derechos Fundamentales de la Persona Humana. 1ª ed. LA LEY. Argentina: 2004.PÁG. 127.

¹⁶² NICOLAS, Op. Cit. Págs. 58 y 59.

A partir de estas categorías se puede analizar el carácter íntimo de las mismas.

El primer criterio de clasificación relacionado con los rasgos morfológicos externos según la cual una persona, contra su voluntad, no puede verse en la situación de exponer y exhibir su cuerpo desnudo ante otra persona, porque ello quebrantaría su intimidad personal; lo que hace de los rasgos morfológicos no un tema íntimo sino relacionado con el derecho a la imagen¹⁶³. Es decir, la identidad corporal representa un aspecto de la intimidad personal.

Este concepto ha permitido establecer relaciones jurídicas entre la identidad corporal y el derecho al considerar que para obtener cualquier elemento o información que verse sobre éste debe ser con participación de la voluntad personal, aludiendo como motivo el involucramiento de aspectos subjetivos como el pudor y la moral que pueden ponerse en riesgo cuando se trata del cuerpo humano si la cultura ha arraigado criterios de ésta índole.

Así en España la Jurisprudencia queda justificada por la distinta naturaleza del objeto que se protege, que sería en un caso la imagen¹⁶⁴ y en otro, los datos personales; el primero determinado por el factor cultural, ante esta distinción se facilita la comprensión de los asuntos personales estrechamente relacionados con

¹⁶³ Refiere STC 57/94 de 28 de febrero (BOE de 24 de marzo)

¹⁶⁴ indica la regulación a este derecho en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo de Protección Civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen son: la capacitación, reproducción o publicación por fotografía, filme o cualquier otro procedimiento de la imagen de un persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos. La utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona para fines publicitarios comerciales o de naturaleza análoga. NICOLÁS, Óp. Cit, p. 59

la integridad física o la intimidad personal en los que si estarían involucrados la obtención de datos personales como es el caso de la información útil para el desarrollo y estudios desde la ciencia genética.

Esta sería una concepción muy diferente a como es entendido en Colombia el derecho a la intimidad¹⁶⁵, diferente del derecho a la propia imagen¹⁶⁶ y al buen

¹⁶⁵La Corte Constitucional determinó el sentido y alcance del derecho a la intimidad en sentencia C-640 de 2010 con ponencia del Honorable Magistrado Mauricio González Cuervo, así reconoció el derecho a la intimidad como un derecho fundamental que permite a las personas manejar su propia existencia como a bien lo tengan con el mínimo de injerencias exteriores. Se dijo en ese entonces que se trataba de un derecho “general, absoluto, extra patrimonial, inalienable e imprescriptible y que se pueda hacer valer “erga omnes”, vale decir, tanto frente al Estado como a los particulares. En consecuencia, toda persona, por el hecho de serlo, es titular a priori de este derecho y el único legitimado para permitir la divulgación de datos concernientes a su vida privada. Su finalidad es la de asegurar la protección de intereses morales; su titular no puede renunciar total o definitivamente a la intimidad pues dicho acto estaría viciado de nulidad absoluta (...)”. Se afirmó también que la intimidad es “el espacio intangible, inmune a las intromisiones externas, del que se deduce un derecho a no ser forzado a escuchar o a ser lo que no desea escuchar o ver, así como un derecho a no ser escuchado o visto cuando no se desea ser escuchado o visto.” En 1995, se reiteró esta visión del derecho a la intimidad, cuando se afirmó que “...este derecho, que se deduce de la dignidad humana y de la natural tendencia de toda persona a la libertad, a la autonomía y a la autoconservación, protege el ámbito privado del individuo y de su familia como el núcleo humano más próximo. Uno y otra están en posición de reclamar una mínima consideración particular y pública a su interioridad, actitud que se traduce en abstención de conocimiento e injerencia en la esfera reservada que les corresponde y que está compuesta por asuntos, problemas, situaciones y circunstancias de su exclusivo interés. Esta no hace parte del dominio público y, por tanto, no debe ser materia de información suministrada a terceros, ni de la intervención o análisis de grupos humanos ajenos, ni de divulgaciones o publicaciones (...) Ese terreno privado no puede ser invadido por los demás miembros de la comunidad a la que se integran la persona o familia, ni por el Estado. Aún dentro de la familia, cada uno de sus componentes tiene derecho a demandar de los demás el respeto a su identidad y privacidad personal”. Así entendido, como derecho casi absoluto, la jurisprudencia constitucional parece haber adoptado, en los años inmediatamente posteriores a la entrada en vigor de la Constitución de 1991, y de su artículo 15 en particular –“todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar...y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar”-

¹⁶⁶ La Honorable Corte Constitucional colombiana en Sentencia T-634 de 2013 con ponencia de la Honorable Magistrada María Victoria Calle Correa determinó que el derecho de toda persona al manejo de su propia imagen” que comprende “la necesidad de consentimiento para su utilización” y que constituye “una expresión directa de su individualidad e identidad”. La Corte ha indicado que el derecho a la imagen constituye un derecho autónomo, aun cuando también puede ser lesionado junto con los derechos a la intimidad, a la honra y al buen nombre de su titular, y que está estrechamente vinculado a la dignidad y libertad de la persona, amparados por el artículo 14 de la Constitución. La Corporación también ha sostenido que los aspectos dinámicos del derecho a la imagen, a saber aquellas acciones de la persona dirigidas a disponer de ese derecho, “constituyen

nombre cuando con utilización de los rasgos morfológicos se identifica, individualiza y afecta a determinada persona; distinto a la intimidad que parece más responder a libertad individual de determinar qué aspectos de su vida los considera íntimos; por ejemplo la intromisión en la correspondencia¹⁶⁷ personal en Colombia está protegido como elemento extenso al derecho a la intimidad.

Contrario en la legislación Española que limita el derecho a la intimidad a aquellos actos sobre el cuerpo humano que afecten el pudor o recato de la persona; excluyendo de dicho universo procedimientos médicos, pruebas e intervenciones radiológicas; argumentos que permiten decir con precisión que no pertenecen a la esfera del derecho a la intimidad los rasgos biológicos llamados celulares sin que esto signifique que dichos procedimientos no sean tutelables bajo otros derechos autónomos como la integridad física, y que el resultado de los análisis que se hagan sobre los rasgos biológicos sean consolidados y presentados a través de datos biológicos, con protección bajo el derecho a la intimidad¹⁶⁸.

una forma de autodeterminación del sujeto y, por ende, se enmarcan dentro del ámbito de protección que depara el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad (C.P., artículo 16)".

¹⁶⁷El derecho a la intimidad que junto con la libre locomoción y la inviolabilidad del domicilio, integra las garantías básicas reconocidas por la Constitución a la libertad del individuo, tiene una de sus más importantes expresiones en el secreto de la correspondencia y papeles privados. Sentencia Corte Constitucional T-349/93 Honorable Magistrado José Gregorio Hernández Galindo.

¹⁶⁸ trae a colación el caso revisado por el Tribunal Supremo cuando condenó a una agencia de noticias por divulgación de la alteración cromosómica de una atleta, al señalar que el patrimonio que comprende la intimidad personal es extremadamente amplio y variado, sin que pueda sentarse reglas generales ni catálogos enunciativos de la misma, pero sí hacer referencia a todos aquellos rasgos biológicos o espirituales o caracterológicos que componen el ser de una persona como pueden ser los datos analíticos o profesionales de una persona determinada... como ocurre con los análisis clínicos, bacteriológicos, morfológicos etc., de una persona lo decisivo de esta cita es que alude por una parte a "rasgos" y por otra a "datos". NICOLAS. Óp. Cit. P. 60.

La legislación nacional Colombiana no limita la aplicación del derecho a la intimidad a aspectos particulares como el agravio al pudor o recato, éste puede verse trasgredido de forma colateral cuando se comenten acciones contra otros derechos como el libre desarrollo a la personalidad, a la integridad física, a la libertad de conciencia y libertad de culto como en las transfusiones de sangre a practicantes de religiones que no toleran este procedimiento; la normatividad y jurisprudencia nacional impone el deber de obtener autorización o consentimiento informado¹⁶⁹, incluso en otros asuntos como como es el caso del uso y circulación de datos e información financiera su protección es cobijada también por relación a la intimidad¹⁷⁰ .

¹⁶⁹El consentimiento como lo señalado esta Corporación, requiere de la presencia de varios elementos indispensables que legitiman cualquier tratamiento clínico y cuya ausencia permite catalogar la intervención como abusiva, ilícita o ilegal. Precisamente, la Corte ha sostenido que aquél debe ser: (i) informado, (ii) persistente y, algunas veces, (iii) cualificado. La libertad y autonomía inherentes al ser humano condicionan la posibilidad de suplir o desconocer el consentimiento del paciente, a circunstancias especiales o excepcionales que ameriten una protección inmediata de los derechos a la vida o a la salud, con el fin de preservarlos o de evitar un perjuicio irremediable sobre los mismos. Por esta razón, si el médico o el juez en un determinado caso, tienen dudas sobre la decisión a tomar, éstas deben ser siempre resueltas a favor del respeto a la privacidad personal o familiar, a fin de que la voluntad del paciente sea efectivamente salvaguardada. Recuérdese que el mandato imperativo de la ética médica, según el cual: 'nadie puede disponer sobre otro', obliga a preservar la voluntad de la persona, sobre cualquier tipo de intervención médica que altere su integridad física o psicológica

¹⁷⁰De conformidad con la jurisprudencia de esta Corporación, dentro de las prerrogativas –contenidos mínimos- que se desprenden de este derecho encontramos, por lo menos, las siguientes: (i) el derecho de las personas a conocer –acceso- la información que sobre ellas está recogidas en bases de datos, lo que conlleva el acceso a las bases de datos donde se encuentra dicha información; (ii) el derecho a un incluir nuevos datos con el fin de que se provea una imagen completa del titular; (iii) el derecho a actualizar la información, es decir, a poner al día el contenido de dichas bases de datos; (iv) el derecho a que la información contenida en bases de datos sea rectificada o corregida, de tal manera que concuerde con la realidad; (v) el derecho a excluir información de una base de datos o archivo, bien porque se está haciendo un uso indebido de ella, o por simple voluntad del titular – salvo las excepciones previstas en la normativa. Como se aprecia la protección del derecho fundamental del habeas data tiene como finalidad la protección de los datos en un mundo globalizado, en el que el acceso a la Sociedad de la Información y el conocimiento es cada vez mayor. Esta protección responde, además, a la importancia que tales datos revisten para la garantía de otros derechos como la intimidad, el buen nombre, el honor y la honra. Sentencia T-260 /12 Honorable Magistrado Humberto Antonio Sierra Porto.

Con todo lo anterior puede precisarse que el saber genético o datos genéticos son entendidos como el conjunto de representaciones simbólicas denominadas científicas que, con ayuda de técnicas dan acceso a la información genética permiten su aprehensión¹⁷¹; es la representación de una información soportada en el ADN. La diferencia entre información genética y dato genético; por tanto, es que la primera es una noción de la naturaleza, que todas las personas poseen; el dato es la información a la que se ha accedido y que se puede comunicar o mantener en secreto, almacenar, etc. Una muestra biológica es información genética, pero sólo en potencia proporciona un dato genético, es entonces el dato de carácter personal lo que tendría la facultad de hacer identificable a una persona. En la investigación científica el investigador puede contar con datos (o muestras) sin conocer la identidad de a quién pertenece; esto aunado al secreto profesional representa en la práctica la reserva y garantía que amerita tal información.

2.6. *El derecho a la salud*

El análisis de los efectos de la evolución de la ciencia genética, y el derecho a la salud es quizás el que más interpretaciones contradictorias genera; de un lado los avances implementados son justificados en la búsqueda de alternativas para mejorar la salud, obtener la multiplicidad de órganos, tejidos y células facilitadoras

¹⁷¹ NICOLAS. Óp. Cit. P.

de prácticas conducentes a la recuperación de la salud y preservación de la vida porque a través del primero se propende o se logra la satisfacción del segundo.

A través de la genética se pueden identificar genes responsables de determinado defecto¹⁷² que afecte la salud; la posibilidad de identificar enfermedades transmisibles por herencia genética¹⁷³ también ha sido posible a raíz de la aplicación de la genética en aras del mejoramiento de la salud.

Sin duda alguna la salud ha avanzado como consecuencia de los progresos generados como efecto del desarrollo de la ciencia, la biología, la biotecnología y la genética, gracias a ésta se ha logrado identificar un sin número de enfermedades, genéticas adquiridas¹⁷⁴ o congénitas; conocimientos que a su vez conducen a la producción de medicamentos que respondan más eficazmente a la problemática; caminando con firmeza hacia la posibilidad de lograr seguridad en cada procedimiento realizado en beneficio de los seres humanos en su contexto individual y social; al igual, son útiles para la preservación de la vida desde la gestación y en cada etapa puntual del ciclo vital.

En la práctica médica, el análisis del genoma permite investigar mecanismos fisiológicos y la disfuncionalidad de esos mismos mecanismos, diagnosticar

¹⁷² Gilbert HOTTOIS, Información y saber genético. En: Revista de derecho y Genoma Humano, núm. 11, 1999. Citado por: NICOLÁS. Óp. Cit. Pág. 11.

¹⁷³ Todos los hijos de una mujer afectada, independientemente de su sexo, están afectados y todos los hijos de un padre afectado pero madre no afectada no heredan la mutación. R. OLIVA. Alteraciones moleculares y patrones de herencia, Págs. 35 y 39 Citado por: ibíd. pág. 13.

¹⁷⁴ Son las que se padecen por una mutación en las células somáticas, no se heredan de los progenitores, estas mutaciones producen por mutágenos, radiaciones ionizantes, errores de síntesis y reparación del ADN o agentes retrovirales. El grupo más importante de estas enfermedades es el cáncer. El ejemplo más clásico es una translocación cromosómica presente en más del noventa por ciento de las leucemias mieloides crónicas y en un cuarenta por ciento de leucemia aguda linfoblástica de estirpe tipo B. Ibíd., p. 14.

anomalías cromosómicas¹⁷⁵, enfermedades y localizar un gen responsable y aislarlo; como consecuencia de la práctica de análisis genético y de las posibilidades que esto representa, se ha redefinido en medicina el concepto de enfermedad hereditaria.

En suma, los avances técnicos en genética permiten disponer de un gran caudal de información, son un valioso instrumento en distintos ámbitos. La evolución en la detección de mutaciones genéticas ha ampliado la posibilidad de diagnósticos y prevención en el ámbito médico, y supondrá un gran cambio en la manera de enfocar la prevención, el diagnóstico y la terapia.

También los aportes en materia de salud son positivamente visibles en la detección de anomalías fetales durante la gestación¹⁷⁶, otro hecho fundamental para la preservación de la vida, garantiza también el diagnóstico postnatal en niños y adultos, la utilidad en materia de prevención sanitaria que favorece la salud no solo individual sino familiar y poblacional¹⁷⁷; todos beneficios que parecen ser opacados por el sinnúmero de dudas generadas por lo incalculable de las modificaciones o afectaciones que puede llegar a causar en la manipulación genética que busque producir clones humanos; lo cual a simple vista se traduce en un contrasentido; al considerar que si bien se han hecho muchos esfuerzos para

¹⁷⁵ Son enfermedades producidas por una alteración de un fragmento de ADN de extensión considerable, se diagnostica mediante cariotipo, que es una técnica que permite visualizar imágenes de los cromosomas, son anomalías muy comunes que afectan a un 20% de los embarazos (la mayoría de los cuales acaban en abortos espontáneos). estas anomalías se dividen en estructurales y numéricas. Las primeras resultan de rotura en uno o más cromosomas. En las numéricas las células somáticas contiene un número anormal de cromosomas, sea en falta o exceso. *Ibíd.* p. 13.

¹⁷⁶ *Ibíd.* Págs. 37 – 38.

mejorar la salud, la obtención de un producto clónico podría generar seres humanos con defectos de salud no diagnosticables.

Sin embargo, todas las actuaciones adelantadas en la persona humana para mejorar la salud obligan a salvaguardar otros derechos que en este campo han sido catalogados sensibles¹⁷⁸ en razón a que a través de ellos se pueden establecer condiciones de la persona que ameritan un manejo cuidadoso por la posible vulneración de otros derechos, toda vez que el estado de salud puede representar un aspecto que en el campo individual riña con la dignidad humana y quiera ser manejado en el contexto de la intimidad, éste último ya desarrollado up supra. Conocer las condiciones de salud de un individuo puede generar discriminación en el ámbito familiar, personal, laboral y social¹⁷⁹.

Entonces, existen algunas sugerencias que plantean que la salud por encontrarse afianzada en gran parte en datos genéticos y éste último relacionado con la intimidad es un bien jurídico que se debe proteger individualmente y en consecuencia el carácter voluntario del acceso a los datos y la prohibición de acceso sin consentimiento del interesado.

En conclusión la necesidad de una especial protección de los datos genéticos involucrados en procedimientos orientados al fortalecimiento de la salud y desarrollo

¹⁷⁸ La mayoría de las legislaciones sobre protección de datos de carácter personal incluyen una lista de datos sensibles, entre los que figuran los relativos a la salud, sin entrar en más consideraciones. NICOLÁS, Óp.- cit. P. 71.

¹⁷⁹ Según NICOLAS los datos de la salud facilitan conocer el pasado, presente y futuro de las personas. Óp. Cit. P. 73.

de ésta como bien común a toda la sociedad, debe realizarse con especial respeto del genoma humano ya declarado internacionalmente como patrimonio de la humanidad, por su utilidad para diferenciar un individuo del resto de los demás y al ser soporte único de la repetibilidad del ser.

2.7. Los derechos relativos a la familia y a la infancia

La familia es el más importante elemento de la sociedad, en consecuencia cimiento de la estructura organizacional del Estado, éste papel demanda protección y regulación en todas las cuestiones necesariamente comprometidas en la búsqueda de un amparo efectivo; este derecho está salvaguardado en la Declaración Universal de los Derechos Humanos¹⁸⁰ al igual que en la Declaración Americana de los Derechos y deberes del Hombre¹⁸¹ y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales¹⁸², en aras de proteger aspectos como la identidad, alcance de la patria potestad y la autoridad paterna, a través del concepto de familia los hijos adquieren en derecho a no ser separados de sus padres y al igual los padres a disfrutar de sus hijos y propender

¹⁸⁰ El artículo 16 párrafo 3º dice: la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.

¹⁸¹ En su artículo 17, párrafo 1 dice: la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.

¹⁸² Protegido en el artículo 10, párrafo 1º primera parte: se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado la adecuación de los hijos a su cargo.

pro su protección integral; criterios que están estructurados esencialmente en la consanguinidad otorgando de forma natural por las condiciones genéticas.

El derecho a la familia representa subjetivamente un valor que superior al que se requiere para alegar su existencia; por esta razón se han hecho esfuerzos progresivos para lograr mandamientos jurídicos que puedan satisfacer las protecciones que cada uno de los miembros de la familia demanden según sus condiciones y particularidades, y que a su vez el concepto de familia sea tan suficiente que en momento de propender por él cada una de las particularidades de los integrantes refuercen los argumentos y fundamentos de su protección. De ésta importancia se desprenden las preocupaciones que los avances tecnológicos y científicos, y que la absorción del derecho de familia por el derecho constitucional azuza el pensamiento jurídico¹⁸³, el cual es válido siempre que desde las normas se traten de establecer los criterios y límites frente a la institución de la familia; por esta razón se han planteado los siguientes interrogantes¹⁸⁴:

¿Es compatible con el derecho a la identidad, a la filiación y al estado civil de familia la donación anónima del semen, que, al nacer el niño, no permita que conozca el autor de esa donación que fue el origen de vida?

¹⁸³ Tomado de las memorias del IX Congreso Mundial Sobre Derecho de Familia. “Derecho Familiar, Unidad y Acción para el siglo XXI” Tomo I. Centro de Convenciones Atlapa. Septiembre 22 al 27 de 1996. P. 93.

¹⁸⁴ *Ibíd.* p. 93.

¿Son compatibles con el derecho a preservar y a mantener los vínculos y relaciones de familia las formas de adopción que extinguen los parentescos de sangre?

¿A quién debe adjudicarse la paternidad cuando el niño es resultado de una donación de óvulos fecundados extracorporalmente que se implantan en otra mujer distinta a la donante?

¿El embrión congelado es un “nascituro” clásico, o solamente lo es desde que se implanta y anida en el cuerpo de una mujer?

¿El marido de la mujer que es fecundada con espermatozoides donados por un tercero anónimo es o no el padre legal del niño?

¿La existencia de la persona humana comienza con la vida humana, o ya hay vida humana en un ser que todavía no es persona porque no se ha producido la individualización?

Visto así, la implantación de biotecnología visiblemente atenta contra conceptos establecidos que han sido fundamentales para el ordenamiento social y jurídico, el establecimiento de relaciones y responsabilidades interpersonales, la posibilidad y facultad para la exigencia de derechos respecto del estado y en general de muchos protocolos que han sido definidos para lograr armonizar a los seres humanos en el contexto social; interrogantes que sin duda pueden ser mejor dilucidados con apoyo científico, que deben coordinarse con la bioética, el derecho, la filosofía etc. Pero aún antes de que éstas respuestas se formulen y se convengan, y aun cuando ya rendidas sólo propongan dudas o diseños plurales, es imprescindible que a cada caso concreto que se plantee, se le dé

una solución jurídica, porque ningún caso puede esperar ni quedar sin ella cuando falta la norma que lo enfoque, o cuando todavía la ciencia no la ha definido la cuestión. La situación de la vida de cada ser humano tiene que resolverse oportunamente y las dilaciones científicas o los debates jurídicos no pueden dilatarse¹⁸⁵.

Lo anterior sin desconocer puntualmente el rol de consanguinidad¹⁸⁶ en el papel de identificación y como método de establecimiento de deberes entre los miembros; además, de ser base para la definición de otros esquemas de organización social diferente; bajo el entendido, que una vez determinada e identificada la familia se establecen respecto de los demás otros rangos de relación de las personas que va más allá de limitar el tipo de relación que se pueda establecer entre determinados individuos. Al igual que los órdenes sucesorales y la responsabilidad frente a individuos en condiciones especiales de protección que son reclamadas esencialmente con este concepto de carácter obligante.

De otro lado, los menores de edad han rescatado su valor en la sociedad y han sido considerados como esenciales para la continuidad de la vida humana, la

¹⁸⁵ *Ibíd.* p. 93-94.

¹⁸⁶ Según el doctor Julián Guitrón Fuente Villam en el redesarrollo del tema: Derechos Constitucional Familiar, Fundamentos para Legislar a nivel mundial, el favor de la Familia en el marco del IX Congreso Mundial Sobre Derechos de la Familia, La filiación entendida como la relación de consanguinidad entre dos personas, por el hecho de engendrar o concebir una a la otra, debe considerar los grandes avances de la genética molecular, de la genética humana, de los últimos descubrimientos de ácido desoxirribonucleico, para proponer la admisión de estas pruebas, para erradicar las presunciones y llegar a la certeza científica y jurídica, a la verdad, cuando esté en disputa la filiación de un hijo, respecto de su padre o su madre.

preservación de los valores sociales, por ello se ha enfocado el esfuerzo en su protección y reforzado sus derechos calificándolos como prevalentes y superiores respecto de los demás. Su llamada vulnerabilidad los hace titulares en la sociedad; razón por la cual cuando se efectúa un análisis de derechos, al momento de revisarlos respecto de los niños y niñas se miran con más sigilo que en el resto de los actores sociales. Por esta razón, el impacto de la manipulación genética y los avances relacionados con éste tema, al ser revisadas las implicaciones en dicha población se transforma en un factor de más importancia.

El artículo 7º de la convención sobre los derechos del niño establece: El niño tiene derecho en la medida de lo posible a conocer a sus padres biológicos es de gran importancia para los niños tanto adoptados como los nacidos mediante métodos de concepción artificial¹⁸⁷. puntualmente no existen practicas probadas que permitan establecer que un producto clónico puede obtenerse sin obviar las etapas de desarrollo que implican ser niño; razón por la cual debe cuestionarse el quebrantamiento de las prerrogativas jurídicas establecidas y fortalecidas a través de la historia que han propendido por proteger la ingenuidad e indefensión propia de la población menor de edad, concientizar a los padres, las familias de la responsabilidad e importancia de su rol en la formación de nuevos hombres a partir de la niñez y la sociedad en cuanto a la corresponsabilidad que le asistefrente a ellos como patrimonio y como instrumento para la preservación de la raza humana,

¹⁸⁷HODGKIN, Rachel y Peter Neweell. Manual de aplicación de la Convención Sobre los derechos del Niño. Primera edición. 2001. UNICEF, UNICEF HAUSE. NEW YORK. Pág. 14.

de los valores y comportamientos particulares y de los elementos comunes a todos los que componen una determinada cultura.

Empero, las dudas por la procreación de niños no se limita solamente a la carencia de las figuras materno – paterno filial, sino que trasciende al riesgo de generar malformaciones genéticas y alteraciones del equilibrio Bio - Social, causando para ellos una doble vulneración a la protección reforzada que ameritan, porque además de pertenecer a la población menor de edad podrían presentar condiciones de discapacidad o invalidez que disminuyan en mayor probabilidad el disfrute de su entorno y participación adecuada en la sociedad. Todo esto sin mencionar las alteraciones en el orden sucesoral y la conformación universal de los lazos de consanguinidad, afinidad y de parentesco civil que se generan inmediatamente con la existencia de una persona; incluso para establecer las responsabilidades y responsables de atender en las diferentes actividades de las que puede llegar a participar cada naciente en determinada etapa de la vida o situación.

Todos los derechos conceptos analizados pueden entenderse que corresponden a aquellos de carácter fundamental, sin embargo una de las complejidades más relevantes para determinar si en efecto los conceptos aludidos son de rango fundamentales resulta ser, el obstáculo que representa definirlos.

Entonces las ilustraciones de BARRANCO AVILÉS¹⁸⁸, en relación a la concepción de los derechos fundamentales consideran que éstos carecen de una esencia que

¹⁸⁸ BARRANCO AVILÉS, María del C. La teoría jurídica de los derechos fundamentales, Universidad Carlos III de Madrid y Dykinson, Madrid, 2000, p. 54. Citada por: DÍAZ GARCÍA. IVÁN. Derechos

permita afirmar la verdad o falsedad de los diversos conceptos que se les atribuyen. Esto implica rechazar el esencialismo conceptual, el cual sostiene que los conceptos no son el fruto de convenciones sociales, sino que están determinados por ciertos datos de la realidad. En consecuencia, los derechos fundamentales no pueden ser definidos por referencia a esencias que trascienden las opciones humanas. Sin embargo, y por otra parte, la expresión de derechos fundamentales es de uso singularmente impreciso. En efecto, se carece de un significado más o menos consensuado o al menos mayoritariamente uniforme entre los autores para aludir a los mismos. Consecuencia de ello es que tampoco resulta posible esclarecer qué son los derechos fundamentales a partir de convenciones sociales. Por tanto, ni por esencias ni por consensos resulta posible encontrar el significado de aquellos. Por tanto, el problema solo puede ser resuelto mediante una opción conceptual. Sin embargo, esa opción no puede ser arbitraria, ni desvincularse de las propuestas ofrecidas por la doctrina. Al mismo tiempo, la exposición no puede extenderse latamente respecto de tales cuestiones. Por tanto, en lo que sigue se presentará concisamente el problema del concepto, para luego ofrecer un significado que permita comprender en qué sentido se utilizará en adelante la expresión derechos fundamentales. Establece las dos caras del problema conceptual, la falta de consenso para esclarecer el concepto de derechos fundamentales, se manifiesta simultáneamente en dos direcciones, por una parte, dicho término se utiliza en

fundamentales y decisión judicial. Algunos criterios para la mejor aplicación del Derecho penal. Getafe, junio de 2009. Trabajo de grado (Tesis Doctoral) Universidad Carlos III De Madrid.

sentidos diversos e incluso derechamente inconciliables, en otras palabras, la literatura ofrece diversos significados para un mismo significante, seguramente ello se debe, a las diversas interpretaciones que se dan a la noción de fundamentalidad; en efecto, y según explica la autora, “En sentido axiológico (los derechos son fundamentales por su vinculación con la idea de Dignidad, esto es, por su lugar en la jerarquía de valores), en un sentido a la vez axiológico y jurídico la fundamentalidad se la da a los derechos tanto su conexión con la dignidad cuanto el lugar que en virtud de ésta le es atribuido en el ordenamiento y en sentido jurídico los derechos son fundamentales por su lugar en la jerarquía normativa. Así, por ejemplo, con la expresión derechos fundamentales se puede estar aludiendo a algo propio del derecho natural, a algo exclusivamente moral, a algo moral que debe ser juridizado o a algo exclusivamente positivizado, alcance que en todo caso es aplicable a los diferentes pensamientos que envuelven la manipulación genética - clónica.

CAPÍTULO III

DERECHO PENAL Y CLONACIÓN

1. INTRODUCCIÓN

Establecida la trascendental importancia de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario en la misión de desarrollar, imponer y sugerir a los Estados, medidas reglamentarias y estándares logrados como consecuencia de la mirada avanzada y progresista realizada por los organismos internacionales abanderados de la defensa de los derechos humanos y fundamentales sobre comportamientos de cada sociedad según el grado de desarrollo; al igual que el

resultado de las ideas que se logran como consecuencia de la búsqueda de mecanismos para materializar la proyección idealista de lo que se considera sería el estado ideal para el desarrollo y vida plena del ser humano en la individualidad, en colectividad o en cualquiera de las expresiones agruparías que se conformen.

Dentro de éstas normas internaciones se ha planteado como criterio para constituir una sociedad justa, precisamente el establecimiento de un modelo de justicia que permita salvaguardar la dignidad humana, acceder al conocimiento de la verdad, asegurar el debido proceso, evitar la impunidad y lograr sanciones con base en la probada responsabilidad y como resultado cumplir con el deber Estatal de proteger los derechos de los asociados, ejercer las facultades coercitivas tendientes a lograr el respeto por las leyes establecidas en beneficio de la sociedad y a su vez asegurar el menor intervencionismo estatal posible.

De éste último aspecto resulta importante hacer referencia al ejercicio de la función sancionatoria del Estado¹⁸⁹, la cual para que pueda demarcarse dentro

¹⁸⁹ El Honorable Consejo de Colombia (CE SIII E 170009 de 2008) señala que el Estado, como forma de organización política, se ha establecido como un medio a través del cual se aseguran diversas finalidades, situación que se constata -para el caso colombiano en el artículo 2 de la Constitución de 1991, que consagra una pluralidad de fines de la organización estatal, pero que convergen en un común denominador: la consecución de los intereses generales. Es pues, en consideración al cumplimiento de estos propósitos, que el Estado desarrolla diversas actividades y utiliza diferentes mecanismos jurídicos, económicos, políticos y sociales de acción. la Administración ha tenido que servirse de medios e instrumentos, y que debido a las circunstancias actuales y al creciente surgimiento de funciones a su cargo le han sido otorgadas desde el ordenamiento jurídico. Uno de ellas -de gran importancia por sus efectos- es la potestad sancionadora, la cual es una herramienta de la administración para desarrollar cada una de sus actividades. Es importante, entonces, tener presente el alcance y los fundamentos propios de la actividad punitiva de la administración, en cuanto al desarrollo de sus funciones, conforme a lo cual -para la sana ejecución de los fines propios del Estado-, y en ejercicio de funciones administrativas, la administración tiene la potestad de imponer sanciones, ya sea a los mismos funcionarios públicos o a los particulares, respetando las disposiciones legales. En cuanto a la finalidad de la potestad sancionadora de la administración, la Corte Constitucional ha señalado que "... constituye un instrumento de autoprotección, en cuanto contribuye a preservar el orden jurídico institucional, mediante la asignación de competencias a la

del contexto de legitimidad debe ser ejercida sin exceso, bajo los principios de proporcionalidad, racionalidad y necesidad.

En consecuencia, de las finalidades de los Derechos Humanos está propender por el establecimiento de la verdad, como criterio esencial del cumplimiento de la justicia, ésta representa un derecho que impacta tanto individual como colectivamente a las personas; en razón a que el conocimiento de los hechos que se circunscriben a un hecho contrario a la ley, permite hacer lecturas sobre el comportamiento de la sociedad, orígenes, motivaciones, incidencia familiar o cultural en la conducta.

La ley penal busca primero, reconocer al hombre y regular sus acciones; sirve a las personas como instrumento para garantizar al ser humano bienestar, entonces al ser el derecho penal un hecho humano debe existir conforme a las siguientes premisas:

- La primera que el derecho, en especial el penal debe y tiene que tener claro fundamento antropológico, en la medida en que debe propender al bien del hombre, partiendo de éste y llegando a él.

- La segunda que se trate al hombre como es, como se presenta en realidad.

administración que la habilitan para imponer a sus propios funcionarios y a los particulares el acatamiento, inclusive por medios punitivos, de una disciplina cuya observancia contribuye indudablemente a la realización de sus cometidos”.

- La tercera que el hombre sea el centro de toda regulación jurídico penal, representando una postura personalista, así mismo que el hombre no pueda ser mediatizado para satisfacer cualquier interés extra personal y finalmente que la libertad y el avance de la ciencia debe ser para el hombre, con el hombre pero nunca contra él¹⁹⁰.

Los anteriores criterios preservan la concepción antropológica del derecho penal basada fundamentalmente en el respecto de la condición humana entendida como la utilidad y servicio que preste al hombre a partir del reconocimiento¹⁹¹ concepto que ha sido entendido como militante negativo del derecho penal, al igual que debe asegurarse la estructura ontónica consistente en la regulación de temas atendiendo sus propiedades, características estructuras y formas para garantizar que la regulación adoptada responda integralmente a lo que la motiva¹⁹².

¹⁹⁰ FERRANDO MANTOVANI. Problemas jurídicos de la manipulación genética. EN: Revista Derecho Penal y criminología. Revista del instituto de Ciencias Penales y Criminología, Volumen XV, número 51, Septiembre/ Diciembre de 1993. Citado por: BOTERO BERNAL. J. Fernando, De la Manipulación Genética en el Nuevo Código Penal Colombiano. 1ª edición 2001. Librería Jurídica Sánchez R. Ltda. . Colombia. Pág. 23.

¹⁹¹ Cfr. ZAFFARONI, Eugenio Raúl: Manual de Derecho Penal. México, Cárdenas editor y distribuidor, Ciudad de México D.F., 1986. Pág. 317. Citado por: BOTERO BERNAL. J. Fernando, De la Manipulación Genética en el Nuevo Código Penal Colombiano. 1ª edición 2001. Librería Jurídica Sánchez R. Ltda. . Colombia. Pág. 23.

¹⁹² El autor BOTERO BERNAL. J. Fernando cita la definición incluida por. Haciendo claridad que el término óntico se usa para designar aquellas propiedades, características, estructuras y formas que son de los objetos en cuanto son objetos, en cambio el término de la objetividad ontológica para designar aquellas formas, estructuras o modalidades, que convienen a los objetos, en cuanto han sido incorporados a una teoría científica o filosófica.

2. El Derecho penal como protector de bienes jurídicos

La búsqueda de reconocimiento al ser humano en calidad de centro y receptor de todos los eventos sucedidos a lo largo de la humanidad le ha permitido ir determinando cuales de los conceptos, eventos y elementos que componen su vida o son indispensablemente útiles para ella, son tan importantes que además demandan preponderancia por parte de los demás integrantes del conglomerado social; una vez socializada esa relevancia resulta representar similar valor todos los individuos.

De aquí el motivo de las articulaciones históricas libradas, que han permitido la consecución precisamente, de tantos reconocimientos jurídicos, legales y normativos que hoy parecen según los textos ser suficientes, y en los casos en que la normatividad no resulta ser suficiente para respaldar la protección de un aspecto valioso para las personas, además de existir como tal para cada asunto abordado, en algunos eventos representa el punto de partida o guía para la emisión nuevos preceptos legales orientados a responder y proteger todos los haberes que el ser humano a la par de la evolución adquiere; es decir, de los denominados bienes que vienen a representar todo aquello que está impregnado de especial estimación; en un sentido más amplio, viene a ser todo lo que tiene valor para el ser humano y lo que motiva la existencia normativa.

Así los bienes del ser humano y de la humanidad resultan ser todo lo que posee valor bajo cualquier aspecto. Lo que es objeto de satisfacción o de aprobación en cualquier orden de la finalidad; lo que es perfecto en su género, exitoso, favorable, útil: es el término laudativo universal de los juicios de apreciación, se aplica a lo voluntario o lo involuntario¹⁹³. Es inherente a ese concepto la peculiar utilidad del objeto, su aptitud o propiedad para satisfacer la necesidad humana.

La idea del bien surge relacionando la utilidad como condición para satisfacer una necesidad del hombre, así lo que es un bien, por ser útil, es útil en cuanto es un bien¹⁹⁴; quiere decir que la utilidad, como predicado de relación entre un sujeto que tiene la necesidad y un objeto que la satisface, es un atributo inseparable de los bienes. A la vez su interés expresa una relación de orden subjetiva – objetiva entre un individuo y un cierto bien; expresiones que no permiten desconocer la aplicación extensiva de estas definiciones aquellos componentes inmateriales del ser humano que también están atestados de valor para la persona, y seguramente de mérito inmejorable, por lo incalculable e imposible de tasación a diferencia de los materiales que si se pueden valorar.

En este sentido, es casi imposible por la variabilidad lógica de los intereses de la sociedad que, en un tiempo le resulta valorable al ser humano un determinado

¹⁹³ FERREIRA DOS SANTOS, Mario,, Diccionario de filosofía e ciencia culturais. Vol. 1. Matese. Sao Paulo. 1963, p. 199 citado por: REGIS PRADO, Luiz. Bien Jurídico – penal y Constitucional. 3ª Edición. ARA Editores AE.I.R.L. Perú. 2003. P. 23.

¹⁹⁴ RODRÍGUEZ Núñez, Alicia., "Delitos relativos a la manipulación genética". Tema 5 de "Delitos. La parte especial del Derecho Penal" Colex, Madrid 2015, Pags 107 y ss.

elemento objetivo, o subjetivo, tangible o no; el mismo, que en otros tiempos podrá ya no representar importancia.

De la misma manera esa evolución puede traer consigo el surgimiento de otros bienes merecedores de la distinción de bienes jurídicos; lo cual impera conceptualizar que el bien jurídico penal no es inmutable ni perpetuo; es este valor el que le ha otorgado preponderancia normativa y lo que ha hecho que el derecho en sus diferentes especialidades en efecto, le interese nada más que la protección de bienes jurídicos; en lo civil los bienes jurídicos corresponden a todas las cosas muebles, inmuebles, fungibles, infungibles, divisibles, indivisibles, consumibles, inconsumibles, genéricos, específicos, productivos, los que integran el patrimonio; en el ramo laboral, se tiene como bien jurídico el derecho al trabajo, sin ánimo de categorizar podría decirse que corresponde a las demás aspiraciones importantes que el ser humano requiere en determinados ciclos y actividades de la vida; logrados del análisis interpretativo de derechos fundamentales que arrojan como resultado una nueva categoría conexa; esto es verificable al revisar que los bienes jurídicos penales tienen la particular característica de nominarse igual a los derechos fundamentales y humanos consagrados en la constitución política, mientras que los bienes jurídicos tutelados en otras líneas del derecho corresponden más a extensiones, análisis, e interpretaciones del alcance y conexidad de los derechos fundamentales.

Los bienes jurídicos penales, también permiten exponer que gozan dentro de su denominación, de una sub clasificación invisible, pero perceptible en la

correspondiente sanción que se impone por su trasgresión, la pena impuesta puede servir de termómetro para determinar la importancia de la preservación que el bien jurídico representa frente al conglomerado social.

Pero el derecho penal recoge quizás los bienes jurídicos fundamentalmente importantes, básicos pero supremos, elementales asociados a la inherencia de vivir y de la vida; esto mismo exige del derecho penal la mayor rigurosidad en la tipificación de los tipos penales y el procedimiento plenamente garantista.

De resaltar que el objeto jurídico del delito nace como movimiento de la ilustración y del surgimiento del derecho penal moderno¹⁹⁵, resultado de la evolución de su concepción eidea donde el contexto de la ilicitud se limitaba al contexto teológico o privado¹⁹⁶ el crimen era entendido como un atentado contra la divinidad de la pena la eliminación o expulsión de los agresores a la asociación cultural, si bien como sacrificio de la divinidad en un primer momento¹⁹⁷, el delito representaba esencialmente pecado, desobediencia a la voluntad divina; aún en la actualidad las creencias religiosas cumplen un rol más quelimitante, actúa como represivo frente a la voluntad y decisión de los seres humanos, que pudiera convertirse en desmedida.

La impregnación de la religión al criterio asociado a un mandato de un ser superior, invadido de respeto, con criterios ajustados suficientemente en el contexto

¹⁹⁵ Cf. CEREZO MIR, J. Curso de Derecho Penal Español, PG. Vol. 1. Tecnos, Madrid, 1985. p. 77. Citado por: PRADO, Luiz Regis. Op. Cit. p. 31

¹⁹⁶ Vid. PRADO, Luiz Regis, A Dilectiva Juspositivista em tomo da nacao de Estado de Direito, Contitucional e ciencia política. N 4, forense, rio de Janeiro, 1985, pp. 47 y ss.

¹⁹⁷ VON LIST, FRANZ, Tratado de Derecho penal, tra. Luis Jiménez de Asúa, 3ª Ed., t. 2; Reus, Madrid, p. 19. Citado por: PRADO, Luiz Regis ibid. p. 31.

de la moral, rectitud, obediencia y buen hacer humano; simplifica brevemente la que sería un símil de la relación entre la norma penal y el ser humano; establecida por una figura que en principio se entiende correcta (Estado), con la facultad de sancionar los comportamientos contrarios (bajo el imperio de la ley) y la recepción de un pena, que desde la óptica religiosa bien puede asemejarse a la sensación reprochable que genera el pecado.

De otro lado, el bien jurídico en su proceso evolutivo atravesó por momentos donde se favorecían los bienes individuales frente al arbitrio judicial, posteriormente se consideró ilícito penal la violación cometida contra un derecho subjetivo ajeno; el delito sería siempre la violación de un derecho subjetivo variable, de acuerdo con la alteración de la especie delictiva y perteneciente a la persona (física o jurídica) o al Estado.

La acción delictiva debe contrariar un derecho subjetivo. Lo fundamental no es que la conducta lesiva se dirija contra una cosa del mundo real el objeto de protección, integrado por una facultad jurídica privada o una atribución externa e individual constitutiva de derecho subjetivo, representa el núcleo esencial del hecho punible sobre el cual se debe configurar el concepto jurídico del delito¹⁹⁸, es desde la teoría contractualista desde donde se plantea que la conducta punible es aquella

¹⁹⁸ Cf. POLAINO NAVARRETE, M. Op. Cit. pp-96-97 GONZALEZ RUS, J,J, op. cit. pp. 10-11; vid. Aún ENGISCH, K. Introducaoopensamento jurídico, trad. J. Baptista Machado, 3ª Ed. CalousteGulbenkian, Lisboa, pp. 33 y s.s. ; JIMENEZ DE ASÚA, Luis. Op.cit, v.3, p- 103; ZAFRONI, E, tratado de Derecho Penal, Vol. 3, Ediar, Buenos Aires, 1982, p. 247. Citado por: PRADO, Luiz Regis ibíd. p. 32.

lesiva a un derecho subjetivo liberal¹⁹⁹, el derecho subjetivo surge como el instrumentos más eficaz para garantizar la libertad²⁰⁰, así se define el delito como conducta que infringe un derecho ajeno, prohibido por la ley penal, la cual tiene por finalidad la protección de los derechos de los individuos y del Estado, en otras palabras, aquél que viola la libertad garantizada por el contrato social y por las leyes penales²⁰¹; el delito es el resultado del comportamiento y uso deliberado de la voluntad humana que afecta las libertades y bienes de otras personas o bienes de interés público reconocidos, reglamentados o prohibidos preexistentemente en preceptos legales, con frecuencia dichos comportamientos son el resultado de las pretensiones individuales invadidas de motivaciones económicas o de poder, el delito, es la simplificación de las conductas que no se desean en la sociedad; es el resumen de comportamientos que son reprochables dentro de una sociedad que comparte los mismos valores.

PRADO, incluye la definición del delito tomada de BINDING ²⁰²quien considera que el delito consiste en la lesión de un derecho subjetivo del Estado (ofensa al derecho de Obediencia estatal). Pero establece una correlación entre las normas y los bienes jurídicos: toda agresión a los derechos subjetivos se produce

¹⁹⁹ PRADO, Luiz Regis. *Ibíd.* p. 33.

²⁰⁰ Cf. MAURACH, R/ ZIPF, H. *Strafrecht*, t. G. Verlag, Heidelberg, 1983, p. 252 citado por PRADO, Luiz Regis. *Op. cit.* p.33.

²⁰¹ PRADO, Luiz Regis. *Op. cit.* p. 33.

²⁰² Se refiere al jurista Carlos Binding reconocido por la fijación de las leyes penales en blanco; definición trascendental en el derecho penal porque gracias a su existencia se puede bajo técnica legislativa realizar transacciones jurídico penales que permitan definir tipos penales imperfectos y lograr la aplicación de la norma sin quebrantar el principio de justicia y demás garantías legales involucradas en lo penal.

mediante una agresión a los bienes jurídicos y es inconcebible sin estos²⁰³; esta definición se encuentra seguida de conceptualización de bien jurídico considerándolo como todo lo que en la opinión del legislador es relevante para el orden jurídico, siendo por tanto, su presencia indispensable para la configuración del delito; el bien jurídico se identifica con el sentido y el fin de las normas penales siendo una vinculación práctica de la norma.

2.1. Evolución y concepto de bien jurídico

Según definición de la real academia Española “Bien”, es en la teoría de los valores, la realidad que posee un valor positivo y por ello es estimable, sin embargo la figura del “bien” obedece a una institución pretérita pero siempre significativa. Para los romanos la palabra bienes tiene origen en el latín beo-eas_eare; que, en sentido clásico quiere decir o indicar la acción de hacer feliz o de dar utilidad, esta palabra dentro del derecho romano (res), se utilizó para denominar a las cosas o bienes, pero se refería a objetos concretos como las res sacrae (edificios u objetos sagrados) las res religiae (cosas destinadas al culto doméstico) , res sanctae (muros a las puertas de la ciudad encomendadas a una divinidad), res comunes (son aquellas de uso común para todos como el aire, el agua corriente, el mar y la

²⁰³ KAUFMANN, A., Teoría de las normas, trad. Enrique Bacigalupo y Erneso Garzón Valdés, Depalma, Buenos Aires, 1977, p. 14. Citado por: PRADO, Luiz Regis. Ibid. p. 35.

costa del mar), *res publicae* (que pertenecen al pueblo romano, como los puertos, los ríos, las calles etcétera)²⁰⁴.

Para los españoles. En las Siete Partidas se localiza el siguiente concepto en la partida 2, título 17: “Bienes son llamados aquellas cosas de que los *omes* se sirven o se ayudan”²⁰⁵.

Para los franceses. En el moderno derecho francés, se llaman bienes al conjunto de derechos y obligaciones pertenecientes a una persona, estimable en dinero²⁰⁶.

El bien jurídico es el punto central de la estructura del delito²⁰⁷, del bien jurídico que se determine como objeto de protección depende la penalización, éste debe estar claramente dictado, de manera que las circunstancias de una conducta que resulta punible y los destinatarios de la norma, sepan a ciencia cierta cuando están frente a un comportamiento prohibido por la ley²⁰⁸. Pero, en realidad otra manera de entender lo que se denomina bien jurídico es identificando cuales bienes son vitales para la comunidad o el individuo, que por su significación social es protegido jurídicamente²⁰⁹

²⁰⁴ Martha Morinealduarte y Román Iglesias González, Derecho Romano. 4ª Edición., Oxford, México, p. 112. Citados por: ²⁰⁴ ROMERO TEQUEXTLE, Gregorio. Ibid. p. 14.

²⁰⁵ GARCIA MÁYNEZ, Eduardo, Filosofía del derecho, Porrúa, México, 1998. p. 52. Citado por: ROMERO TEQUEXTLE, Gregorio., Importancia del Bien Jurídico Penal en la Construcción de Tipos Penales. Óp. Cit. p. 15.

²⁰⁶ Marcel Planiol y Georges Ripert, Derecho Civil. Harla, México, p. 355. Citado por: *ibid.* p. 15.

²⁰⁷ *Ibid.* p. 37.

²⁰⁸ En sentencia C-365 de 20012 de la Honorable Corte Constitucional Colombiana fue incluida ésta conceptualización con el propósito de enriquecer los conceptos de legalidad y tipicidad inherentes a la demarcación de los tipos penales:.

²⁰⁹ WELZEL, Hans, Derecho Penal Alemán, PG, trad. Bustos Ramirez y Yañez Pérez, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1970, p. 15. Citado por: PRADO, Luiz Regis. Op. cit. p. 44.

Se encuentran recopilados diversos conceptos sobre el bien jurídico²¹⁰ así:

- MUÑOZ CONDE conceptúa los bienes jurídicos como presupuestos de que las personas necesitan para su autorrealización en la vida social.
- Para POLAINO NAVARRETE, es el bien o valor merecedor de la máxima protección jurídica, cuya cesión es reservado a las prescripciones del Derecho Penal. Bienes y valores más consistentes del orden de la conciencia humana en condiciones de dignidad y progreso de la persona en sociedad.
- RUDOLPHI los define como conjuntos funcionales valiosos, consecutivos de nuestra vida en sociedad, en su forma correcta de organización.
- BETTIOL enfatiza que bien jurídico es la posesión o la vida, esto es, el valor que la norma jurídica tutela, valor que jamás puede ser considerado como algo material, aunque encontrando en la materia su punto de referencia; este criterio representa una concepción ético valorativa, afirmando que es precisamente por ésta razón que se habla del bien jurídico,

²¹⁰ El autor PRADO, Luiz Regis. pp. 26-48; Consolida las definiciones de bien jurídico otorgada por los tratadistas MUÑOZ CONDE F, Introducción al Derecho penal, Bosh, Barcelona, 1975, p. 48. POLAINO NAVARRETE, RUDOLPHI, H.J. El fin del Derecho Penal del Estado y las normas de imputación jurídico- penal, en ECHUNEMANN, B, El sistema moderno del Derecho penal. Trad. Jesús: María Silva Sánchez, Tecnos, Madrid, 1991, p. 82, BETTAGLINI, Giulio, Direito penal, PG, trad. Paulo José da Costa Jr. Armida Bergamini Miotto y Ada Pellegrini Grinover, vol. 1, Saraiva, Sao Paulo, 1973; ROZIN, C, Problemas fundamentais de Direito penal, trad. Ana Paula dos Santos y Luis Natscheradetz, Vega, Lisboa, s/d, pp. 27 - 28 Óp. cit. pp. 46 – 48, TOLEDO, Francisco de Assis, Principios básicos del Derecho Penal, Saravia, Sao Paulo, 1986, p 16 y FRAGOSO, H.C. pp. 46-48.

de valores y no de intereses, puesto que el valor es el término más apropiado para sintetizar la naturaleza ética del contenido de las normas penales, ya que interés es el término que sintetiza una relación.

- BATIGLINI el bien jurídico tiene connotación que difiere de la anterior, diciendo que el primero es decir el valor no es más que la norma penal contrariada por el crimen y, el segundo es constituido por el interés que la norma protege.

- ROXIN, bien jurídico son presupuestos prescindibles para la existencia en común, que se caracteriza en una serie de situaciones valiosas como, por ejemplo, la vida, la integridad física, la libertad de actuación, o la propiedad que toda la gente conoce, y, en su opinión, el Estado social debe también proteger penalmente.

- ZAFRONNU considera que bien jurídico penalmente tutelado es la relación de disponibilidad de una persona con un objeto, protegida por el Estado, que revela su interés a través de normas que prohíben determinadas conductas que las violan, aquellas que son expresadas con la tipificación de esas conductas.

- Aníbal BRUNO, quien destaca que los bienes jurídicos son valores de vida individual o colectiva, valores de cultura.

- ASSIS TOLEDO, quien considera que los bienes jurídicos son valores ético sociales, que el derecho selecciona, con el objetivo de asegurar

la paz social, y coloca bajo su protección para que no sean expuestos a peligro de ataque o lesiones efectivas.

- FRAGOSO. El bien jurídico no es solo un esquema conceptual buscando proporcionar una solución técnica de nuestra cuestión: es el bien humano o de la vida social que se procura preservar, cuya naturaleza y calidad dependen, sin duda, del sentido que la norma tiene o que a ella es atribuido, constituyendo, en cualquier caso, una realidad contemplada por el derecho. Bien jurídico es un bien protegido por el derecho: es por tanto, un valor de la vida humana que el derecho reconoce y a cuya preservación es dispuesta la norma.
- NOHORA define bien jurídico como el bien -interés protegido por la norma penal.

Así mismo, en el estudio del bien jurídico debe hacerse claridad para lograr distinguir el bien jurídico del objeto o finalidad de la acción; este asunto dice ganar especial relevancia porque todo delito debe lesionar o poner en peligro de lesión determinado bien jurídico (principio de la ofensividad o de la exclusiva protección del bien jurídico)²¹¹. Esto busca clarificar la diferencia entre la conducta entendida como simple acción que conlleva a diferenciaciones entre delitos de lesión y de peligro, la simple actividad y de resultado material²¹²; en concreto, el objeto de la acción viene a ser el elemento típico sobre el cual incide el comportamiento del

²¹¹ PRADO, Luiz Regis. Óp. cit. p- 48.

²¹² *Ibíd.* p. 49.

sujeto activo de la infracción penal, se trata del objeto real (de la experiencia) alcanzada directamente por el actuar del agente.

Es la concreta realidad empírica a que se refiere la conducta típica, esa realidad pasible de aprehensión sensorial- puede ser corpórea (persona o cosa) o incorpórea (honor). En otros términos, el objeto material o de la acción es formado por el ser animado o inanimado, persona o cosa (animal) sobre el cual se realiza el movimiento corporal del actor que practica una conducta típica en el círculo de los delitos a cuya descripción pertenece un resultado tangible²¹³.

De la identificación de comportamientos que afectan bienes jurídicos sociales se originan los conceptos de anti social o antisociales en tratándose el primero de la conducta y el segundo de la calificación de quien la realiza; gracias a la disposición, existencia y desarrollo del elemento “Bien” y la necesidad de su preservación, fue establecido el concepto “punibilidad”, elemento primordial del Derecho Penal, el cual sin la existencia de un bien a proteger el referente de hecho de connotación punitiva, resultaría materialmente injusto y ético-socialmente intolerable, carecería de sentido como orden de derecho²¹⁴; respecto de lo cual es trascendental enfatizar en pro de establecer un criterio diferenciador de especialidad, en que la existencia del Derecho ésta orientada a la protección de bienes jurídicos, estos son definidos en general como todo objeto útil y provechoso que a diferencia del bien jurídico penal,

²¹³ Ibid. p. 50.

²¹⁴ POLAINO NAVARRETE, M.; el Bien Jurídico en el Derecho penal, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 1974, pp. 21-22. En este sentido , también RUDOLOHI, H-J, . citado por: ibíd. p. 24.

además de ser todo objeto útil y provechoso se encuentra debidamente protegido en un tipo penal²¹⁵.

2.2. Funciones y teorías sobre bien jurídico

A raíz de las diferentes motivaciones que sustentan el desarrollo de la investigación científica con fines de manipulación genética, previamente a revisar la asertividad de los tipos penales establecidos, se ha considerado necesario hacer referencia a la función y teorías del bien jurídico:

La *Función de garantía*²¹⁶ es también llamada función de limitar el derecho de punir del Estado; entendida como el deber del legislador de no tipificar conductas carentes de gravedad; la tipificación penal debe limitarse a la creación de tipos penales que realmente propendan por la protección de bienes jurídicos que lo ameriten; esto convierte al bien jurídico en el concepto central del tipo, en torno al cual giran los elementos objetivos y subjetivos y por tanto un importante instrumento de interpretación.²¹⁷

Función teleológica o interpretativa: Responde al condicionamiento interpretativo del sentido y alcance de los tipos penales, función que plantea un análisis sujeto

²¹⁵ ROMERO TEQUEXTLE, Gregorio., Importancia del Bien Jurídico Penal en la Construcción de Tipos Penales. 1ª edición. Porrúa. México. 2012. P. 11.

²¹⁶ PRADO, Luiz Regis. Óp. cit. p- 56.

²¹⁷ JESCHECK, Hans – Heinrich, Tratado de Derecho Penal . PG, trad. Mir Puig y Muñoz Conde, vol 1. Bosch, Barcelona.

propriadamente al bien jurídico en cuestión; es decir, lograr interpretar la norma de manera diferencial respecto del bien jurídico a proteger.

Ahora bien, en cuanto a los bienes jurídicos protegidos, existen diferentes ópticas desde las que se ha desarrollado éste concepto.

Visión teórica: En tratándose del bien jurídico, la doctrina propone diferenciar entre la aplicabilidad de éste en cualquier estado que no se encuentre organizado como Estado Social de Derecho y los que sí; proponiendo que en éste último existe una obligatoria coexistencia con la tutela penal del bien jurídico; porque la esencia del Estado Social de Derecho es asegurar las condiciones de vida, el desarrollo, la paz social, teniendo en cuenta el postulado mayor de la libertad – verdadera presunción de libertad y de la dignidad de la persona humana²¹⁸; todos bienes jurídicos protegidos, en lectura contraria de las normas penales que propenden por evitar lesiones hacia éstos con la intimidación de la sanción, bienes que no solo están en el contexto de lo material sino que abarcan los valores espirituales.

Teoría Espiritualista del Bien Jurídico: En esta se plantea el contenido del bien jurídico como valorativo, bajo el argumento que éste es de valor cultural constatable en una sociedad determinada, lo que en la actualidad es imposible, toda vez que no existe un orden universalmente válido, un orden generalmente reconocido por cada sociedad en cada momento. Se plantea que el concepto valorativo del bien no se refiere a la realidad social sobre la cual incide el derecho penal, ni posibilita una

²¹⁸Luiz Regis. Óp. Cit.68

crítica del sistema²¹⁹; por ende toda teoría del bien jurídico de remisión valorativa – espiritual-cultural, es capaz de explicar la punición de las conductas la punición de las conductas, simplemente inmorales, como conductas lesivas de bienes jurídicos, precisamente por ser la moral un valor constatable y concretable en cada modelo de sociedad²²⁰.

*Teoría del Bien Jurídico como Realidad Social*²²¹: En esta teoría se propone incidencia del modelo de Estado Social en los cambios sobre la teoría del bien jurídico, se profundiza en su contenido aunque no en el listado de bienes jurídicos objeto de protección penal. Para ilustración se cita al autor Franz Von Liszt quien concibe el contenido del bien jurídico como realidad social anterior al legislador, es decir, fuera de la realidad normativa; lo cual representa la base para renovar las distintas figuras delictivas y para lograr el establecimiento de un vínculo entre el pensamiento jurídico y la realidad social entre injusto y política criminal, pero no se dice que criterio se posee para establecer el concepto de un contenido material, definiéndolo en relación con los intereses del hombre, pese a haber trasladado la base del bien jurídico a una realidad extrema del derecho positivo, es decir que se plantea que la realidad social no logró precisar el alcance y significado de los intereses que fundamentarían la conciencia de los hombres.

²¹⁹ MENDEZ RODRIGUEZ, Cristina, Los Delitos y sus técnicas de tipificación, servicio de publicaciones de la facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid y el Centro de Estudios Judiciales, Ministerio de Justicia Madrid, 1993. P. 12, Citado por *Ibíd.* p. 2.

²²⁰ GÓMEZ BENITEZ, sobre la teoría del bien jurídico, revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 1983. P. 83. Citado por: *Ibíd.* p. 2.

²²¹ PRADO, Luiz Regis. *Óp. cit.* *Ibíd.* p. 3.

Teorías constitucionales: Gran parte del fortalecimiento de ésta teoría se debió al acogimiento de la doctrina Italiana en procura de formular criterios capaces de imponerse de modo que el legislador tenga límites al momento de crear el ilícito penal²²²Dentro de esta se hallan dos clasificaciones, la primera obedece a la “*Teoría Estricta del bien Jurídico*” en la que se vinculan los principios y valores constitucionales con el bien jurídico; lo que obliga a entender que existe bien jurídico siempre que la carta constitucional así lo determine, aquí la constitución viene a representar entonces el referente para identificar si el elemento objeto de protección es o no un bien jurídico tutelable; así un ilícito penal puede concretarse exclusivamente en la lesión significativa de un valor constitucionalmente relevante²²³. En consecuencia la constitución se convierte en el modelo de una serie de valores que legitima la perfección de un sistema y su plena eficacia jurídica en un modelo difícilmente modificable.

La segunda vertiente sería la “*Teoría constitucionalista Amplia del Bien Jurídico*” en la que la constitución se limita a ser un marco de referencia para el bien jurídico. No es necesariamente una correspondencia entre bienes jurídicos y valores constitucionales, pero sí una adaptación genérica de éstos a aquellos. En este criterio dice identificarse la constitución como el mejor de los criterios selectivos para fundamentar el bien jurídico²²⁴; esta valoración supra especial del rol de la carta

²²² PRADO, Luiz Regis. Óp. cit.Ibíd. p. 61.

²²³ BROCOLA, Teoría General del reato, Novissimo Digesto Italiano, T. XX, Torino 1973, citado por Mendez Rodriguez Cristina, Ibíd. p. 4.

²²⁴ ANGIONO, Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico, ed. Guiffre, Milano. 1983. p. 141. Citado piri bid. p. 5.

superior como marco para la , creación, definición y establecimiento de tipos penales, permite materializar la idea de Estado garante, protector, legítimo, legal y justo; logrando en consecuencia establecer las siguientes reglas coadyuvantes de juicio de valor adecuado del ordenamiento jurídico para la identificación de bienes jurídicos²²⁵:

I) Que el legislador no es libre en su decisión de elevar a la categoría de bien jurídico cualquier juicio de valor, estando vinculado a las metas que para el derecho penal son derivadas de la constitución.

II) Que con lo anterior solamente se señaló el punto de vista valorativo para determinarse el contenido material del bien jurídico, quedando aún para ser desarrolladas las condiciones y funciones en que se basa esta sociedad dentro del marco constitucional.

III) Que un tipo penal sea portador de un bien jurídico claramente protegido, frente a acciones que puedan realmente lesionarlo o ponerlo en peligro²²⁶.

El bien jurídico, en razón a su relevancia en la ciencia del Derecho ha sido estudiado desde distintas áreas. Desde la filosofía, porque ésta da fundamentos a cualquier estudio científico por tanto; así, se ha analizado lo que representa su

²²⁵ PRADO, Luiz Regis. Óp. cit. pp. 62-63.

²²⁶ RUDOLPHI, H-J., SystematischerKommerntar Zum SrGB.1, pp.2-5.apud CUELLO, J., citado por: PRADO, Luiz Regis. Óp. Cit. p. 63.

composición semántica; en la sociología, porque el hombre creó a la sociedad y la ha moldeado de acuerdo a sus necesidades, la sociedad es el medio en el que se desarrolla el hombre, siempre ha sido objeto de estudio, como tema de diversas disciplinas; muchas de las teorías planteadas son precisamente con la finalidad de explicar y fundamentar la sociedad; buscan fortalecer el estudio de los fenómenos sociales. Autores contemporáneos consideran a la sociología como ciencia que estudia el desarrollo, la estructura y la formación de la sociedad. Por ello se afirma que la sociología se basa en la idea de que los seres humanos no actúan de acuerdo con sus propias decisiones individuales, sino bajo influencias culturales e históricas y según sus deseos y expectativas de la sociedad que viven²²⁷; estos conceptos permiten reforzar las indicaciones ilustrativas referentes a la mutabilidad del concepto de bien jurídico; siempre que éste depende de lo que socialmente exige dicha categorización, lo que a los seres humanos de cada momento les represente preponderancia y basados en análisis profundos brinden certeza de la inclusión de entre los bienes jurídico penales tutelables; en el caso de la clonación, efectivamente es necesario la revisión de los aspectos y variables involucradas para ahora sí identificar cuáles de los asuntos vinculados deben ser tutelados como bienes jurídicos y en qué grado de reprochabilidad reflejada en la sanción, evitando en el análisis la interferencia de posiciones individuales, que nublen la posibilidad de percibir la verdadera utilidad o perjuicio.

²²⁷ ROMERO TEQUXTLE, Gregorio. Op. cit. pp. 33-58.

En tratándose del bien jurídico, la doctrina propone diferenciar entre la aplicabilidad de éste en cualquier estado que no se encuentre organizado como Estado Social de Derecho y los que sí; proponiendo que en éste último existe una obligatoria coexistencia con la tutela penal del bien jurídico; porque la esencia del Estado Social de Derecho es asegurar las condiciones de vida, el desarrollo, la paz social, teniendo en cuenta el postulado mayor de la libertad – verdadera presunción de libertad y de la dignidad de la persona humana²²⁸; todos bienes jurídicos protegidos, en lectura contraria de las normas penales que propenden por evitar lesiones hacia éstos con la intimidación de la sanción, bienes que no solo están en el contexto de lo material sino que abarcan los valores espirituales.

Es útil apuntar que el Estado como Estado constitucional surge fundado en la idea de la libertad de los individuos, de las comunidades, de los pueblos y, por ella, se busca la limitación del poder político²²⁹. Es un Estado que sustituye la tradición por el contrato social, la soberanía del monarca por la soberanía nacional; la razón del Estado por las normas jurídicas, en vez de súbditos, ciudadanos; del ejercicio unilateral del poder al ejercicio compartido del poder, ejercido por los representantes de la colectividad; emergen así las normas constitucionales, los derechos fundamentales y las leyes como los legítimos instrumentos jurídicos²³⁰; en este concepto de Estado se propende conectar determinados derechos y garantías, que miran a la protección de la autonomía individual, con derechos sociales misión

²²⁸Luiz Regis. Óp. Cit.68

²²⁹Ibid. p. 69.

²³⁰MIRANDA, JORGE, Manual de direito constitucional, V. 1, Coimbra, 1981.p. 8. Citado por: Luiz Regis. Óp. Cit.p. 69.

en la cual la definición de bienes jurídicos, permite la actividad del Estado en el contexto de justicia.

Teorías sociales y Sociológicas: Bajo este se cifra el bien jurídico en el concepto de daño social, cuyo objetivo fundamental es la subsistencia y el desarrollo del sistema social, reconociendo sólo como objeto de tutela penal aquella condición necesaria para la conservación de un determinado orden social y merece punibilidad aquella acción disfuncional para el sistema social²³¹.

Se identifica en el recorrido evolutivo de la noción de bien jurídico, momento en el que las concepciones del bien jurídico no eran exactamente las más positivas; lo importante no es la posición objetiva del bien y de la conducta lesiva, sino la valoración subjetiva, con las variantes de los contextos social y cultural. Se formula una doctrina realista del bien jurídico, basada en directrices político-criminales de orden nacional (política criminal funcionalísticamente racional). Las teorías sociológicas son clasificadas conforme cumplen una función crítica sistemática.

Las primeras sitúan la noción del bien jurídico más allá del derecho penal. De otro lado las sistemáticas se limitan a una creación del legislador y son, por eso, inmanentes al sistema²³², de aquí se desliga la definición de derecho como un

²³¹ Cfr. MENDEZ RODRIGUEZ, cristina Op. Cit. pp. 707. 708 citado por: ibid. p. 5.

²³² PRADO, Luiz Regis,. cita vario autores para ilustrar las teorías sociológicas del bien jurídico, ésta definición corresponder a la otorgada por WINFRIEN HASSEMER profesor, jurista estudioso del derecho penal. en suma incluye ilustraciones de CALLEIS , quien inserta el concepto de bien jurídico dentro de una estructura social de interacción , vinculada al Estado de Derecho democrático, adoptando la idea de dañosidad social; indica que el derecho penal debe proteger los sistemas sociales en cuanto garantía del individuo. Resalta que lo interesante es la dimensión social del bien jurídico necesidad social/posibilidad de participación en el sistema social. Sin embargo, dice ser conveniente referir el punto de vista de MIR PUIG, autor que no considera el aspecto funcional en

subsistema de sistema social general y el delito viene a ser un comportamiento disfuncional, quiere decir; un obstáculo al funcionamiento del sistema social. El derecho penal busca proteger el aludido funcionamiento, frente a un hecho socialmente dañino. Esa teoría representa una descripción aséptica y tecnocrática del modo de funcionar del sistema, pero no una valoración y mucho menos una crítica del mismo²³³.

El bien jurídico visto en un Estado Social Democrático de Derecho debe entenderse como el concreto interés individual o colectivo, de orden social protegido en el tipo legal²³⁴.

En el estado democrático el bien jurídico resulta ser esencial, toda vez que le corresponde a dicha institución entrar a restringir los comportamientos que en general demanden reglamentación en pro del interés colectivo.

A través del derecho penal finalidad esencialmente represivaorientada a contrarrestar el comportamiento ascendente de la criminalidad en cualquiera de las expresiones que el devenir humano y social presentan; así el establecimiento de tipos penales pareciera cumplir doble función preventivo- represivo. La función preventiva debe entenderse como el efecto que se busca desde la lectura contraria

sí, desconectado de los objetos concretos propios del concepto de bien jurídico. En el mismo contexto cita a GÓMEZ BENITESZ, quien reputa útil el concepto social de bien jurídico, desde que sometido a ciertas correcciones, tales como le contenido social de bien jurídico, desde que sometido a ciertas correcciones, tales como el contenido ocial el conceptp (expresión directa de funcionalidad) y el daño social identificado con la necesidad de prevención general de castigar.

²³³ MUÑOZ CONDE, F., Derecho Penal y Control Social, Fundación Universitaria de Jerez, Jerez, 1985, p. 26. Citado por: PRADO, Luiz Regis. Ibid. p. 43.

²³⁴ ISLAS DE GONZALEZ MARISCA, Olga, Análisis lógico de los delitos contra la vida. ed. Trillas, México, 1991. p. 33. Citado por: CAMACHO BRINDIS, María Cruz. Op. Cit. p. 11.

de los tipos penales que prima facie se entiende sancionatorio, lo cual desde esta perspectiva busca que se garantice el uso de las libertades en beneficio de la sociedad o por lo menos que no contravengan los intereses sociales, el correcto uso del libre albedrío, la anulación de las intenciones de transgresión, el fortalecimiento del comportamiento humano estimulando el cuidado y la diligencia; la utilización de la conciencia humana como instrumento de preservación de valores. Aquí el derecho muestra entonces su faceta protectora de la libertad individual y social, enfocada a evitar que ésta sea alterada en razón a comportamientos no propiamente libres sino abastecidos de libertinaje, incluido en los procedimientos científicos, sin que esto signifique que el derecho penal deba convertirse en un obstáculo para la evolución social; por el contrario el derecho debe avanzar paralelamente con el desarrollo, identificando los factores que ameritan reglamentación de manera que los derechos y garantías fundamentales objeto de protección sean salvaguardados.

Es decir, debe propenderse por un derecho penal humanizado, guía y orientador de las disciplinas, que contrario a coartar el ímpetu del ser humano, sirva para establecer previamente líneas que aseguren en derecho su actuar; esto representa que lo que se espera del derecho, en otras palabras se adecue satisfactoriamente ante todo acontecimiento requirente de normatividad.

El derecho penal frente al ser humano goza de funciones prominentes, en razón a que la tutela de los bienes jurídicos penales, está ligado a conceptos propios de la humanidad de las personas; muchas de las invenciones arrojadas por el

desarrollo lamentablemente parecieran ponen en riesgo directamente al ser humano y a aspectos o elementos coadyuvantes a su existencia.

Frente a la clonación y el rol del derecho penal es importante el análisis de la teoría del fin último, algunas actuaciones y comportamientos que a simple vista parecerían ser contrarias a derecho, rompen con dicha calificación cuando el resultado es útil; sin embargo, limitados a la función del derecho frente a las biotecnologías y las ciencias médicas debe abordarse la orientación de su reglamentación a la determinación de normas que no solo se limiten a la sanción o reglamentación de las practicas asociadas a la clonación sino a la definición de normas que establezcan parámetros que en si estén orientadas a la preservación de la raza humana.

*Clasificación de los tipos penales*²³⁵:Una primera clasificación de los tipos penales, es la que toma en cuenta la composición del tipo penal; es decir de acuerdo a los elementos que integran el tipo, el cual se puede suponer esta principalmente definido en proporción al bien jurídico a tutelar. Los tipos penales se construyen definiendo con claridad y precisión el hecho delictuoso que viene a ser la misma actuación que no permite la sociedad; si bien estos son creados por el legislador, su esencia es dada por las lecturas y monitoreo que aquellos examinan asomados comportamiento; que puedan estar originados propiamente en la sociedad o que pueden adoptarse de situaciones originadas en otras naciones o territorios:

²³⁵ ROMERO TEQUXTLE, Gregorio. Op. cit. 242-246.

Los Tipos penales Básicos, Conocidos igualmente como fundamentales, son aquellos en los que se describe de manera independiente un modelo de comportamiento humano y, por esa razón, se aplican sin sujeción a ningún otro. Por lo regular estos tipos encabezan cada uno de los capítulos del código y constituyen su espina dorsal; de esta especie es el homicidio simple.

Tipos penales Especiales, aquellos que además de los elementos propios del básico, contienen otros nuevos o modifican requisitos previstos en el tipo fundamental; por eso se aplican con independencia de éste. *Están también Tipos penales Subordinados o complementados*. los que se refieren a uno básico o especial, señalan determinada circunstancia o aspectos que cualifican la conducta, los sujetos o el objeto descrito en éstos. Por ésta razón no pueden aplicarse en forma independiente, su vida jurídica depende de la del tipo básico o especial al cual se refieren y los efectos de su aplicación sólo en el momento procesal de la imposición de la pena, de esta clase son el homicidio agravado.

Tipos penales Privilegiados o agravados, aquellos que prevén una sanción más leve que los básicos, estos (los agravados) una de mayor gravedad.

Tipos penales Compuestos Los que describen una pluralidad de conductas, cada una de las cuales podría conformar un tipo distinto, aunque referido al mismo

bien jurídico; se identifican con mayor dificultad porque tienen varios verbos rectores.

Tipos penales Autónomos. Los que describen un modelo de comportamiento al cual puede adecuarse directa o indirectamente la conducta del actor, sin que el intérprete deba aludir al mismo o a otro ordenamiento jurídico para completar su significado; de esta especie son, entre otros, el secuestro y el aborto.

Tipos penales En blanco, aquellos cuya conducta no está integralmente descrita, después el legislador se remite al mismo o a otro ordenamiento jurídico para actualizarla o precisarla, mientras tal concreción no se efectúe resulta imposible realizar el proceso de adecuación típica. Son tipos penales que remiten a otras normas para ser integrados.

Tipos penales de daño o de puesta en peligro. Los primeros requieren para su realización de la destrucción o daño del bien jurídico. Los segundos solo toman en cuenta la posición de riesgo en la cual se coloca el bien jurídico. Ejemplo del primer caso es el tipo de homicidio, en el segundo pueden ubicarse los tipos de omisión de auxilio, omisión de cuidado y la tentativa de los diversos tipos de daño.

Tipos penales Abiertos. Son aquellos en que la descripción sólo es comprensible a partir del complemento que realice otro texto legal. El tipo abierto es el mismo que ya se ha denominado como tipo en blanco. Los iuspenalistas consideran que el legislador debe evitar la construcción de tipos abiertos, lo ideal

es que el tipo contenga, sin excepción, los elementos que permitan comprenderlo con toda precisión, sin necesidad de acudir a otros textos. Esto da seguridad jurídica al gobernado.

Tipos penales cerrados. Son aquellos que contienen todos los elementos suficientes para la clara comprensión del mismo. Es decir, el legislador lo prevé todo, a fin de no dejar ningún resquicio que permita interpretaciones disímboles.

Tipos penales propuestos por la doctrina También se incluyen la clasificación del doctor MARQUEZ PIÑERO, citada por ROMERO TEQUEXTLE, quien señala además la existencia de los tipos penales:

- Casuísticos
- Acumulativos
- Amplios

Los primeros definidos como aquellos en que el tipo prevé varias formas de ejecutar la conducta y va describiendo cada caso. Los segundos son aquellos que prevén dos o más hipótesis comisivas, colmándose en tipo con cualquiera de ellas. Y los últimos son aquellos que requieren la conjunción de todas las hipótesis para que se integre el tipo penal.

Planteada anteriormente la posición respecto de la necesidad de identificar como motivo para la creación de un tipo penal, la individualización del bien de carácter individual o social que ésta siendo dañado o está en peligro de ser dañado, que ese bien jurídico tenga un verdadero reconocimiento social, que la protección que

pudieran brindarle otras ramas del derecho no es suficiente, que el daño o puesta en peligro genere impacto social, que rompa la armonía y la paz; esto asegura revestir el tipo penal de legitimidad y autenticidad. Son ofrecidos los siguientes lineamientos para la construcción de tipos penales:

1. Que se propenda por proteger bienes jurídicos penales.
2. Que el conocimiento que se tenga sobre la identificación del bien jurídico y la necesidad de protegerlo provenga no sólo de una investigación documental (historia del derecho, derecho comparado, etc) sino también de una investigación empírica a través de los metidos y técnicas científicos adecuados, para conocer la realidad social de dicho bien jurídico y su necesidad de protección.
3. Que utilice un lenguaje claro y preciso, evitando hasta donde sea posible los tecnicismos, los modismos y los conceptos ambiguos²³⁶.

²³⁶²³⁶ ROMERO TEQUEXTLE, Gregorio retoma las recomendaciones de los clásicos HOBBS y MONTESQUIEU, el primero en el Leviatán pp. 276-277, dice *“una buena ley es aquella que es necesaria para el bien del pueblo, y, además, clara e inequívoca [...] la ley se entenderá mejor con pocas palabras que con muchas. Pues todas las palabras están sujetas a ambigüedad [...] pertenece, por tanto, al oficio de un legislador [...] hacer el cuerpo de la ley misma en términos tan breves pero tan propios como sea posible”*, y el segundo en el espíritu de las Leyes. Pp. 402-403 al expresar: *“además de lacónia, el estilo de las leyes debe ser sencillo, la expresión directa se comprende siempre que la figurada [...] si la ley expresa las ideas con fijeza y claridad, no hay para qué volver sobre ellas con expresiones vagas [...] las leyes no deben ser sutiles; se hace para gente de entendimiento mediano; han de estar al alcance vulgar de un padre de familia y de un sentido común, sin ser un arte de lógica ni una exposición de sutilezas”*.

Como se ha resaltado el desarrollo del proyecto genoma humano puede considerarse el hito de la ciencia en pro del conocimiento detallado y minucioso de la persona humana; descubrimiento que en el campo de las investigaciones del orden penal, es bastante favorable en razón al grado de probabilidad, fiabilidad y certeza que ofrece, la cual fue blindada con el establecimiento de estándares de los métodos de análisis garantizadores de la validez de las técnicas del ADN como método de identificación genética forense²³⁷.

Para el doctor. Javier Ysrael Momethiano Santiago²³⁸, contrario a lo que muchos creen, la genética tiene implicancias jurídicas en el Derecho, por ejemplo en la Investigación de la paternidad; la prueba es nominada biológica, genética o prueba de validez científica con igual o mayor grado de certeza, reconoce la prueba del ADN como una técnica casi segura en la determinación de la paternidad.

Las huellas de la genética han resultado supremamente útiles en la genética forense, la efectividad del derecho penal desde la validez de la prueba es apenas uno de los aspectos importantes aunado a la plena identificación de las víctimas autores y partícipes de conductas penalmente prohibidas; así, la genética ha merecido del derecho penal dos caras abiertamente contrarias, en una se le recibe

²³⁷ Vid. New York vs. Castro (1989 545 NYS8 (2d) 985 (5 Sup.Ct). citado por: ALVAREZ DE NEYRA KAPPLER., Susana. La prueba de ADN en el Proceso Penal. Editorial Comares. Albolote Granada. 2008. P. 3.

²³⁸ JAVIER YSRAEL MOMETHIANO S. La estructura penal del tipo clonación humana. The Penal Structure of the Human Cloning. LEX N° 15 - AÑO XIII - 2015 - I / ISSN 2313 – 1861 pág. 242.

favorablemente por la utilidad ya referida, y la otra corresponde a la prohibición que se establece en ésta para evitar su desarrollo en campos que podrían escapar del seguimiento sobre los cuales no es posible determinar las consecuencias.

3. La Clonación en la Legislación Penal Colombiana

3.1. Introducción

En Colombia la finalidad y enfoque del derecho penal ha sido desarrollado con base en la Constitución Política ligándosele directamente con el cumplimiento de la misión de protección de los bienes jurídicos; en sentido protector principal de la dignidad humana como elemento fundamental del estado según el artículo 1º de la Carta Superior; de igual forma a través de su aplicación se guardan los valores sociales.

La Corte Constitucional Colombiana ha resaltado la importancia de esta rama del derecho al denotar que por ella se cumplen sus finalidades especialmente la de realizar un orden político económico y social justo; al igual que la protección a las personas que residen en el territorio nacional en la salvaguarda de su vida, honra, bienes creencias y demás derechos y libertades.

Es de recordar que la legislación colombiana está sustentada en su determinación como Estado Social de Derecho cimentada en la plena garantía de

la dignidad humana²³⁹, concepto que ha sido considerado fundamentación de los tipos penales²⁴⁰ al ser igualmente base de los derechos humanos; los cuales para su efectiva protección y frente a la evidencia del enfoque de la genética, la biotecnología y la ciencia orientada a fisgar todos los aspectos de la persona humana con inicial énfasis en el cuerpo, se exige gran vigilancia en el ámbito de la investigación y sus aplicaciones permanentes, tratando de proteger no solamente el genoma humano como patrimonio de la humanidad, sino al hombre individualmente y a la sociedad en general, finalidad en la que el derecho adquiere relevancia; máxime cuando no ha sido posible ponderar los efectos positivos y negativos.

Con la presencia de éstos hechos se hace necesaria la implementación de normatividad que incida en la reglamentación de las nuevas técnicas de manipulación genética, con mayor esmero cuando se evidencia de un lado de aquellas, el origen de riesgo para la especie humana, bien jurídico fundamental inmutable²⁴¹ al cual se le debe proteger desde el derecho como ciencia preventiva – coercitiva y de otro, ante la insuficiencia de la legislación penal en algunos países del mundo, en cuanto sus normas no otorgan una adecuada protección a la vida, la salud, la libertad de las personas frente al abuso de las nuevas técnicas de manipulación genética, situación obligante para juristas y defensores de la ética a

²³⁹ GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. Estudios de Dogmática en el Nuevo Código Penal. 2ª. Ed. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Colombia, 2004. Pág. 44.

²⁴⁰ HERRERA M. Gladys. Óp. Cit. p. 93.

²⁴¹ Ibid. p. 108.

vincularse en las discusiones referentes en aras de contribuir a la expedición de normas integralmente satisfactorias de las necesidades sociales²⁴².

La ley 599 de 2000, Código Penal Colombiano entrado en vigencia el 25 de julio de 2001 en su libro II, título I regula los Delitos²⁴³ Contra la vida y la integridad personal; normatividad que trata novedosamente lo relativo a la manipulación genética más precisamente en el Capítulo Octavo en sus artículos 132²⁴⁴; 133²⁴⁵ y 134²⁴⁶, articulado enfocado a prohibir cuatro hipótesis de manipulación²⁴⁷

1. Alteración del genotipo con finalidad diferente a la investigación científica, tratamiento, diagnóstico y cura.

²⁴²Ibid. p. 119.

²⁴³ Delito es aquel comportamiento humano que, a juicio del legislador, compromete las condiciones de existencia, conservación y desarrollo de la comunidad y exige como sanción una pena criminal. En un plano estrictamente jurídico debe entenderse por delito aquel comportamiento humano, típicamente antijurídico y culpable, conminado como sanción penal. RUIZ SALAZAR José A., Derecho Político, Aspectos sustantivos y procedimentales. Editoriales Leyer. Bogotá D.C. 2004. p. 165.

²⁴⁴ Artículo 132. Manipulación genética. El que manipule genes humanos alterando el genotipo con finalidad diferente al tratamiento, el diagnóstico, o la investigación científica relacionada con ellos en el campo de la biología, la genética y la medicina, orientados a aliviar el sufrimiento o mejorar la salud de la persona y de la humanidad, incurrirá en prisión de uno (1) a cinco (5) años.

Se entiende por tratamiento, diagnóstico, o investigación científica relacionada con ellos en el campo de la biología, la genética y la medicina, cualquiera que se realice con el consentimiento, libre e informado, de la persona de la cual proceden los genes, para el descubrimiento, identificación, prevención y tratamiento de enfermedades o discapacidades genéticas o de influencia genética, así como las taras y endémicas que afecten a una parte considerable de la población.

²⁴⁵ Artículo 133. Repetibilidad del ser humano. El que genere seres humanos idénticos por clonación o por cualquier otro procedimiento, incurrirá en prisión de dos (2) a seis (6) años.

²⁴⁶ Artículo 134. Fecundación y tráfico de embriones humanos. El que fecunde óvulos humanos con finalidad diferente a la procreación humana, sin perjuicio de la investigación científica, tratamiento o diagnóstico que tengan una finalidad terapéutica con respecto al ser humano objeto de la investigación, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años. En la misma pena incurrirá el que trafique con gametos, cigotos o embriones humanos, obtenidos de cualquier manera o a cualquier título.

²⁴⁷ BOTERO BERNAL. J. Fernando. Óp. Cit. 53.

2. Creación de seres idénticos por medio de clonación u otros procedimientos.

3. La fecundación de óvulos con la finalidad diferente a la procreación humana o cualquier otro tipo.

4. El tráfico de gametos, cigotos y embriones sin importar la forma como hayan sido obtenidos.

Analizado el enfoque regulativo del articulado se observa que el tema de la manipulación genética²⁴⁸ y la manipulación genésica²⁴⁹ carecen que regulación expresa del Código Penal y su regulación se cree motivada más por los temores de la comisión de genocidios a través de este medio que por los riesgos propios de la práctica, así quedó evidenciado en la exposición de motivos del proyecto de ley que incluyo como argumentos *“La necesidad de ponerse a tono con los avances de la ciencia, brindando especial protección al Genoma humano que de acuerdo con la Declaración Universal Sobre Genoma Humano y los derechos humanos , “ es la base de la unidad fundamental de todos los miembros de la familia humana y del reconocimiento de su dignidad y diversidad intrínseca. En sentido simbólico, el genoma humano es el patrimonio de la humanidad. Se busca también el genotipo entendido como conjunto de genes*

²⁴⁸ *Ibíd.* p. 59. incluye la siguiente definición haciendo precisión que este mismo hecho es llamado por otros, manipulación genética propia, entendida como el conjunto de técnicas que permiten añadir fragmentos de ADN (información genética) o genes determinados a otra molécula de ADN la que los introduce en la célula para su represión. Es decir, la manipulación genética es la alteración de la información hereditaria mediante técnicas de ingeniería genética.

²⁴⁹ *Ibíd.* P. 62. incluye la siguiente definición haciendo precisión que éste mismo hecho es conocido como manipulación genética impropia, la cual se comprende del conjunto de técnicas o procedimiento que aluden la reproducción o al nacimiento sin que se modifique la información genética y que se ejecutan sobre un ser vivo (para los efectos sobre una persona).

*que identifican al ser en su esencia natural; es por ello que se prohíbe la manipulación genética con fines diferentes a la investigación científica, siempre orientada a aliviar el sufrimiento o mejorar la salud de las personas y de la humanidad; de ésta forma se da desarrollo legal a la referida convención*²⁵⁰. Esta motivación soporta el abordaje realizado previamente a las normas de derecho internacional y develan la carencia de análisis premonitorios que justificaran con mayores argumentos ésta inclusión normativa, ajustada particularmente a la realidad social y científica colombiana.

La reglamentación penal de la manipulación nace de la necesidad de dar aplicación a la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos humanos, sin que existan preocupaciones que la motiven en razón a la cercanía o realidad de la práctica de investigaciones orientadas a la realización y obtención de productos clónicos; es decir, la legislación se encuentra diseñada para satisfacer un requisito de forma, mas no de fondo debido a la carencia de Instituciones y Centros investigativos que hayan emprendido procesos relacionados.

La Conferencia General pidió a los Estados Miembros “inspirándose en las disposiciones de la declaración Universal Sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos, tomar medidas apropiadas, incluso legislativas o reglamentarias, si

²⁵⁰ BOTERO BERNAL. J. Fernando. Óp. Cit. Pág. 57.

procede, para promover los principios enunciados en la Declaración y favorecer su aplicación”.

Éste constituye el punto de partida de la reglamentación jurídico – penal de la manipulación genética y no como se esperaría, que la misma fuera consecuente con la realidad factible de incursión en procesos y procedimientos relacionados con estas nociones dentro del territorio Colombiano. Sin embargo, en Colombia la manipulación genética se percibe desde conceptualizaciones que son asociadas a diversos motivos clasificados en razones explícitas e implícitas; las primeras corresponden a aquellas esbozadas en la exposición de motivos de proyecto del Estatuto Penal reseñados por el pre legislador – Fiscalía General de la Nación en el Año 1998 y las razones implícitas son aquellas que no obstante a mencionarse por parte del pre legislador se pueden derivar del texto mismo del Código Penal, ora del texto de exposición de motivos ora de la concepción del pre material penal.

El primer concepto a analizar corresponde a la fecundación in vitro²⁵¹, conocida como la técnica de reproducción asistida sucedánea a la esterilidad, comprometida en el origen de nuevos seres vivos con la diferencia que no existe cambio en su estructura, además de no existir traslado de genes entre individuos de la misma o diferente especie.

²⁵¹ La Iglesia Católica defensora tradicional de la vida natural, también se opuso a la fecundación in vitro y de toda forma de fecundación asistida; basado en argumentos esencialmente soportados en la dignidad y respeto por el embrión humano, rechazando todo tipo de intervenciones sobre los embriones y los fetos humanos indistinto de la modalidad y finalidades. Se exige el respeto por la vida desde el primer instante. En: [www. Es.catholic.net](http://www.Es.catholic.net).

En la fecundación in vitro” se actúa de una manera idéntica a como sucede en la naturaleza con la generación de gemelos: un ovulo fecundado en el laboratorio, cuando alcanza cierto grado de desarrollo celular se separa por células, ya que cada una de ellas es poseedora de la información genética necesaria para que se conforme un ser humano, de cada célula surge un individuo después de su implantación en el útero, todos ellos son gemelos, segmentación que genera la naturaleza de forma natural²⁵²; de este procedimiento se obtiene también un nuevo ser, tan único e irrepetible como todos aquellos que nacen de manera natural, contrario a lo que se espera y se logra con la clonación que en todo sentido es una técnica de multiplicidad o replicación.

Ante estos nuevos retos y situaciones emergentes que hacen impredecible el devenir jurídico en razón a los resultados del desarrollo científico, también surgen nuevas categorías de derechos, por el asunto en cuestión perfectamente corresponde a nuevas categorías de derechos humanos.

La humanidad se enfrenta a un dilema si está interesada en mantener el mapa genético, para evitar que se coloque en riesgo la subsistencia natural del hombre, no sería justo cerrarle las puertas a los biólogos moleculares para que desarrollen la medicina predictiva, pues los más recientes adelantos permiten concluir que existen muy buenos augurios, de que algunas enfermedades genéticas

²⁵² JIMENEZ MORENO, Juan G. Aproximación a la Manipulación Genética en el Nuevo Código Penal. Leyer. Bogotá D.C. P. 33.

pueden ser descubiertas, lo que, tal vez, permita curarlas o evitarlas²⁵³. Los anteriores argumentos simplifican el núcleo de las discusiones y fundamentarían las decisiones que se adopten, en cuanto a la permisibilidad o restricción de las experiencias asociadas, propendiendo por reglamentar justamente las practicas sobre el genoma humano, de manera que las decisiones adoptadas no satanicen y priven a la comunidad mundial de aportar positivamente a la salud y recuperación de la misma, al bienestar y preservación de la vida humana; es decir, el problema se centra en como regular legalmente la actuación del científico para no maniatarlo, pero que a la vez, su quehacer, no irrespete al ser humano o para mejor decirlo, que no se cosifique al hombre o no lo convierta en un mero objeto de la ciencia²⁵⁴, empero; más que la protección al hombre, lo que se busca y se debe proteger es el incorpóreo, intocable, impalpable e inmaterial genoma humano²⁵⁵, sobre el cual recaen todas las preocupaciones e intervenciones propuestas por la ciencia a través de la manipulación genética en pro de su protección y por subsiguiente de la especie humana.

Para la determinación e incorporación de los tipos penales alusivos a la manipulación genética en Colombia se procedió a la revisión y comparación del derecho, es decir, hubo recurrencia a la técnica del derecho comparado consultando por ejemplo la normatividad definida en Canadá²⁵⁶, referencia que pone en

²⁵³ *Ibíd.* p. 36.

²⁵⁴ *Ibíd.* p. 37.

²⁵⁵ De recordar que el Genoma Humano ha sido declarado patrimonio de la humanidad, bien mundial no susceptible de apropiación ni de registro, ni de autoría personal.

²⁵⁶ JIMENEZ MORENO, Juan G. *op. cit.* p. 42.

evidencia la inexistencia de motivación cierta que justificare el esquivar a adoptar similarmente en detalle de las definiciones restrictivas consultadas.

En Canadá, las restricciones no fueron básicas y enunciativas sino muy específicas; por el ejemplo, se prohibieron trece modalidades de investigación con embriones humanos así:

- a. Elección de sexo sin propósito
- b. La compra - venta de óvulos, espermias y embriones
- c. La terapia con genes en la línea germinal
- d. La ectogénesis, entendida como la creación de un ser humano en el laboratorio.
- e. La clonación.
- f. Creación de híbridos (animales con humanos).
- g. La extracción de espermia u óvulos de cadáveres o fetos.
- h. Los acuerdos sobre alquiler de madres
- i. La transferencias de embriones
- j. El uso de gametos o embriones sin el consentimiento de los donantes.
- k. La investigación con embriones después de 14 días de desarrollo
- l. La creación de embriones exclusivamente con fines de investigación.
- m. Las ofertas de pago por cualquiera de los servicios prohibidos.

Se registra paralelamente a las restricciones enunciadas, la creación de un organismo encargado de supervisar las clases de investigación que son permitidas, facultado además para otorgar licencias para la práctica de dichas actividades.

Para JIMENEZ MORENO, La definición de los tipos penales Colombianos referentes a la manipulación genética parece no dar estatutos de objetividad jurídica, considera la necesidad de punir ciertos comportamientos que puedan realizarse en el campo de la biotecnología, para lo cual sería indispensable reconocer el genoma humano como un bien jurídico digno de tutela, refiriendo que en la exposición de motivos del nuevo Código Penal para fundamentar la prohibición de la manipulación genética, se señaló que a través de ello “se brinda especial protección al “Genoma Humano” pero inexplicablemente el tal genoma humano no aparece erigido el bien o valor social jurídico penalmente protegido; haciéndose visible la configuración de tipos penales que no aseguran su existencia como consecuencia de necesidades sociales, sino al cumplimiento de exigencias internacionales; ha de ser, porque en Colombia no deja de corresponder al campo de lo imaginario la realización de las investigaciones científicas de este orden, muy necesarias a pesar de la realidad de la salud en lo referente a padecimientos y causas de muertes, al igual que la creciente práctica de tráfico de órganos²⁵⁷.

²⁵⁷ La revista DINERO EN: www.dinero.com a través de la publicación: Tráfico de órganos: riñones para todos los bolsillos. Plantea en los países pobres más disposición para la venta de órganos, entre los cuales menciona a Colombia entre otros países como India, Pakistán, Filipinas, Irak, Israel,

La tipificación penal Colombiana de la manipulación genética incluye las conductas atípicas de éste tema entre las definidas trasgresoras de la vida humana, Capítulo 8º de la Manipulación genética, desarrollado en tres (3) artículos.

3.2. Análisis de tipos penales

Artículo 132. Manipulación genética. El que manipule genes humanos alterando el genotipo con finalidad diferente al tratamiento, el diagnóstico, o la investigación científica relacionada con ellos en el campo de la biología, la genética y la medicina, orientados a aliviar el sufrimiento o mejorar la salud de la persona y de la humanidad, incurrirá en prisión de uno (1) a cinco (5) años.

Se entiende por tratamiento, diagnóstico, o investigación científica relacionada con ellos en el campo de la biología, la genética y la medicina, cualquiera que se realice con el consentimiento, libre e informado, de la persona de la cual proceden los genes, para el descubrimiento, identificación, prevención y tratamiento de enfermedades o discapacidades genéticas o de influencia genética, así como las taras y endémicas que afecten a una parte considerable de la población.

Artículo 133. Repetibilidad del ser humano. El que genere seres humanos idénticos por clonación o por cualquier otro procedimiento, incurrirá en prisión de dos (2) a seis (6) años.

Moldavia y Turquía; y oros de Sudamérica Bolivia, Perú, Colombia y Brasil son puntos clave en el tráfico de riñones.

Artículo 134. Fecundación y tráfico de embriones humanos. El que fecunde óvulos humanos con finalidad diferente a la procreación humana, sin perjuicio de la investigación científica, tratamiento o diagnóstico que tengan una finalidad terapéutica con respecto al ser humano objeto de la investigación, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años.

En la misma pena incurrirá el que trafique con gametos, cigotos o embriones humanos, obtenidos de cualquier manera o a cualquier título.

De los anteriores artículos se deduce que la alteración del genotipo a través de la manipulación de los genes humanos, con fines diversos a la medicina predictiva y a la terapia genética; la creación, por medio de la clonación u otras técnicas, de seres humanos genéticamente idénticos; la fecundación de óvulos humanos con fines diversos a la procreación, al diagnóstico y la curación de enfermedades y el tráfico de gametos, cigotos o embriones son comportamientos lesivos de la vida humana²⁵⁸.

El análisis de la correspondiente idoneidad de la calificación y tipificación de las conductas asociadas a la manipulación genética²⁵⁹, dentro de aquellas que afectan la vida hace imperativo el análisis de la realidad legal de tal afectación, en razón al contrasentido factico perceptible en el entendido que siempre se han catalogado los comportamientos que atentan contra la vida humana como acciones voluntarias y antijurídicas que destruyen o aniquilan, o que colocan en serio riesgo

²⁵⁸ JIMENEZ MORENO, Juan G. op. cit. p. 58.

²⁵⁹ RODRÍGUEZ NÚÑEZ, Alicia.

de sucumbir; el primero cuando se trata de su consumación y el segundo en el grado de tentativa; evento prima facie contrario a lo pretendido por la clonación, desde donde primigeniamente se propende por la consecución de vida.

En la legislación Colombiana, más exactamente desde el campo civil y constitucional se ha instituido la vida como derecho desde la concepción y fecundación. El artículo 91° del Código Civil dice que “La ley protege la vida del que está por nacer”, situación que representa el cambio de cigoto a cigoto fecundado, dos estados totalmente diferentes, esto significa que en relación al primero no hay vida, motivo por el cual no podría imponerse desde allí la tutela legal, al considerar que en él no hay existencia del bien jurídico vida, que se pretende tutelar.

Se considera entonces, inadecuadamente ubicada la reglamentación restrictiva penal. Revisando el tipo básico de manipulación genética, en lo que respecta a la conducta de alteración de genotipo manipulando los genes o, para mejor decirlo la variación o modificación de la información genética contenida en los genes humanos, no es más que una intromisión del científico en el mapa genético, para cambiar o alterar la naturaleza propia de un nuevo ser humano o con fines curativos o terapéuticos; no es otra cosa que un desvío del cauce normal y natural genético para obtener un individuo con caracteres distintos a los que naturalmente tendría o para curar una enfermedad. Una forma de alteración de la constitución genética humana a través de la manipulación de genes es la selección de sexo o

intelectuales, lo que implica distorsión genética, pero nunca la destrucción embrionaria.

Referente a la licitud de la alteración del genotipo esta se da cuando propende por el alivio del sufrimiento- debe ser físico pues se cree que el dolor o la congoja moral no son susceptibles de alivio de esta manera o por el mejoramiento de la salud de persona y dela humanidad. Empero, dada la pésima redacción del artículo, no se sabe si lo que quiso decir el legislador fue que la finalidad de la investigación, el alivio del sufrimiento o la mejoría de la salud estuviera dirigida a beneficiar a la persona objeto del procedimiento o a la humanidad o a ambos a la vez, pues, no todo beneficia a un individuo, sino que beneficia a todos los congéneres. De todos modos, la expresión... *La salud de la persona humana y de la humanidad.* O es del todo clara por el conectivo que emplea para enlazar las dos partes de la frase, a su confusión contribuye la parte final del inciso segundo, cuando dice que las enfermedades genéticas, endémicas y las taras objeto de la investigación son las que “afecten a una parte considerable de la población”.

Aborda la innecesaridad del consentimiento de quien aportan genes, en razón a que el consentimiento informado ha sido bastante desarrollado y cuenta con legislación especial, por lo tanto hacer referencia a la necesidad de consentimiento resulta fehacientemente inocuo.

La alteración del genotipo no ataca la vida. A decir verdad, la alteración del genotipo a través de la modificación de los genes humanos aunque tenga otra

finalidad diversa al alivio de una congoja física o la predicción o cura de una enfermedad, no es ningún agravio a la vida en el sentido que ha sido explicado líneas arriba, se trata de una intromisión en la constitución genética del ser contenida en el cromosoma humano que nada tiene que ver con un daño a la vida humana, es una afrenta a la formación genética contenida en el cromosoma humano, no a la vida, pero más que esto, se trata de un desprecio por la dignidad humana, pues, es una manera de codificar al hombre.

Tipo de Repetibilidad del ser humano. Conducta. La colocación es una de las formas de creación de seres genéticamente idénticos. Con excepción de la partenogénesis, se realiza en la etapa de fecundación, pero, en lugar de matar al embrión, nace un nuevo individuo, por ello no podemos hablar de un atentado contra la vida cuando hay un nacimiento.

Una omisión legislativa²⁶⁰ y su posible solución a partir del método histórico interpretativo. En la redacción de esta conducta se omitió el empleo de un vocablo

²⁶⁰ Las sentencias C- 314 de 2009 y C-351 de 2013 la definen. La primera Las omisiones relativas alude a aquellos casos en los que sí existe un desarrollo legislativo vigente, pero aquél debe considerarse imperfecto por excluir de manera implícita un ingrediente normativo concreto que en razón a la existencia de un deber constitucional específico, debería haberse contemplado al desarrollar normativamente esa materia. En estos casos si resulta viable ocuparse de las posibles omisiones relativas, ya que en este evento sí existe un precepto legal sobre el cual pronunciarse, y es factible llegar a una conclusión sobre su exequibilidad a partir de su confrontación con los textos superiores de los que emanaría el deber incumplido por el legislador. La omisión legislativa relativa tiene lugar cuando el legislador “al regular o construir una institución omite una condición o un ingrediente que, de acuerdo con la Constitución, sería exigencia esencial para armonizar con ella, y puede ocurrir de varias maneras: (i) cuando expide una ley que si bien desarrolla un deber impuesto por la Constitución, favorece a ciertos sectores y perjudica a otros; (ii) cuando adopta un precepto que corresponde a una obligación constitucional, pero excluye expresa o tácitamente a un grupo de ciudadanos de los beneficios que otorga a los demás; y (iii) cuando al regular una institución omite una condición o un elemento esencial exigido por la Constitución.

o expresión que diera a entender que lo que se prohíbe es la creación de seres humanos idénticos desde el punto de vista genético o con la misma carga nuclear genética, pues, según se ha explicado en líneas precedentes, la clonación solamente permite la generación de seres con el mismo caudal genético.

La impresión, de mera lectura, que deja la redacción de éste artículo es que el legislador se ha referido a la repetición de seres iguales física y síquicamente, pues como la expresión “seres humanos idénticos” no hace distinción alguna, ha de entenderse que las comprende a ambas, pero, una interpretación lógica que involucre la razón de ser del establecimiento de la norma, aparta de inmediato de ésta idea: la ciencia, hasta ahora, no nos sitúa en la posibilidad de la generación de individuos de la especie humana idénticos física y psicamente y, además, en la exposición de motivos del código, en punto a este asunto se anotó que “Igualmente se prohíbe la Clonación o Repetibilidad del ser humano. Como quiera que en la clonación lo que sucede es que se repite o copia la misma información genética “.lo que denota que el legislador no desconoce el punto de vista científico de la clonación, por lo tanto este criterio histórico para interpretar la ley penal señala el norte y guía para la inteligencia de la disposición en comento y subsana la omisión ya anotada²⁶¹.

El tipo de fecundación y tráfico de embriones humanos²⁶²

²⁶¹ IMENEZ MORENO, Juan G. óp. cit. págs. 60 – 63..

²⁶² *Ibíd.* págs. 64 – 67.

La generación de vida no puede erigirse en atentado contra la misma. En punto a la determinación del momento en que se inicia la protección penal de la vida humana, se parte de la base de la concepción o fecundación natural, es decir, a través de la copula sexual de dos individuos de la especie humana de diferente sexo. Será entonces, que es dable hablar de concepción y por consiguiente de vida, desde el punto de vista jurídico penal, en el caso de la fecundación de óvulos humanos in vitro, como parece darlo a entender el inciso primero del artículo 134 del Código Penal de acuerdo a su ubicación sistemática.

Aunque la respuesta a este interrogante fuera afirmativa, tampoco puede admitirse como adecuada la ubicación de la fecundación de óvulos humanos dentro del título I del Código Penal por las siguientes razones:

Nótese que el inciso primero del artículo 134 del Código Penal Colombiano, reprime la fecundación de óvulos humanos, siempre y cuando no tengan como finalidad la procreación o la investigación diagnóstica o curativa, esta clase de fecundación obviamente, tiene que llevarse a cabo de manera artificial o, para mejor decirlo in vitro. Como se ve, ningún cigoto se está agrediendo con esta conducta simplemente se está creando uno de manera no natural, pero inexplicablemente, el legislador lo ha introducido como un delito contra la vida, la creación en laboratorio de lo que constituye el objeto material de un atentado contra éste bien jurídico, lo que, sin lugar a dudas, puede catalogarse como un desacierto en cuanto a técnica legislativa se refiere.

La conducta que tal vez quiso reprimir el legislador, puede corresponder lo más probable a que la fecundación de óvulos con fines distintos a la procreación o a la investigación terapéutica, es decir, con fines experimentales o industriales que posteriormente traigan consecuencias como el sacrificio, la destrucción o la muerte del producto de esa fecundación, pero ya sería esta una acción ulterior que no estaría arropada dentro del verbo rector – fecunde-(fecudar), lo que permite resaltar, se reitera una vez más, la falta de técnica legislativa; si esto fue lo que quiso sancionar el legislador, debió de haber sido más claro en su redacción para no dar lugar a desconocer el principio de tipicidad inequívoca.

En cuanto al tráfico con gametos JIMENEZ MORENO, considera que traficar no es más que un negocio o comercio, indicando en el sentido de comercializar el involucramiento de las acciones de comprar y vender con fines lucrativos; el cual es ausente cuando la relación se transa dentro de los límites de la donación, carente de onerosidad; razón por la que éste tipo penal, el del tráfico o negociación con gametos, cigotos o embriones humanos reviste de licitud a quien lo haga de manera gratuita o a modo de donación.

Una de las formas de evidenciar la carencia de fundamentos sociales y legalmente soportados en el establecimiento de los tipos penales relativos a la manipulación genética, especialmente en cuanto a la concreción de los bienes jurídicos penales a proteger, es evidente a la falta de regulación en temas mucho más atractivos desde las ambiciones humanas, como lo es: la variación o alteraciones de las características y cualidades humanas y la hibridación o la

Las figuras típicas que fueron estudiadas no tienen esa capacidad lesiva en la medida en que ellas atentan contra entes diferentes a la vida o a la integridad personal, dichas figuras atentan contra la integridad genotípica en principio.

No puede dejar de incluirse la revisión surtida ante la posible inconstitucionalidad del artículo 133 al permitir por pasiva, que se atente contra la vida de una persona en su primera fase de desarrollo a un artículo que no debió ser un capítulo sino un título para evitar así el problema del ente o los entes de tutela, en el sentido en que la inclusión en los “delitos contra la Vida” presume ésta como bien jurídico tutelado al igual que la integridad.

Como resultado del análisis considero imperativo puntualizar, que la desprovista precisión de los tipos penales incluidos en la legislación Penal Colombiana, en el sentido de omitir reglamentación pormenorizada de las tantas posibilidades y variables de comportamientos y prácticas asociados a la manipulación genética desconoce de plano la finalidad²⁶⁶ de *prevención especial de la pena*. Este concepto se cumple básicamente en el momento del establecimiento legislativo de la sanción, la cual se presenta como la amenaza de un mal ante la violación de las prohibiciones²⁶⁷.

Los artículos 9º y 11º del Código Penal Colombiano disponen en su orden, la definición de conducta punible indicando que para que un comportamiento tenga tal

²⁶⁶ Además de la prevención especial se han establecido como fines de la penal, la prevención general, la retribución justa, reinserción social, y protección- C-757 de 2014.

²⁶⁷ C-806 de 2002 H.M. Clara Inés Vargas Hernández.

categoría se requiere que sea *típica, antijurídica y culpable*; y se define el concepto de Antijuridicidad como elemento de la punibilidad existente cuando *se lesione o ponga efectivamente en peligro, sin justa causa, el bien jurídicamente tutelado por la ley penal*.

Al no existir claridad en los tipos penales de la legislación Colombiana ni estudios previos a la determinación y definición inequívoca de los bienes jurídicos en riesgo con las acciones manipulativas de la genética humana, fueron determinados tipos penales que por el contrario enuncian protección a bienes jurídicos que no se lesionan; desasistiendo en protección, otros bienes jurídicos dignos de tutela como que no solo aluden la genética humana, sino también por ejemplo la genética animal.

En cuanto a la primera es llamativo que la nación colombiana se autocalifica como un país multiétnico y pluricultural²⁶⁸, conceptos que además de ser individuales, también son patrimonio cultural de la nación en riesgo con la manipulación genética. Recordemos que una de las más grandes preocupaciones de la manipulación genética es la preselección de las características físicas humanas, buscando eliminar u obtener exclusivamente determinados prototipos; al menos que en el evento futuro que en Colombia se realizaran prácticas genéticas orientadas a unificar razas; tal conducta pudiera juzgarse y sancionarse conforme

²⁶⁸ Este concepto se desarrolla a partir del reconocimiento participativo y democrático de los pueblos indígenas y afrocolombianos, desde el artículo 176 de la Constitución Política de Colombia reglamentado en la ley 649 de 2001.

al tipo penal de genocidio o apología al genocidio regulado en los artículo 101²⁶⁹ y 102²⁷⁰ de la ley 599 de 2000; y a su vez, si la circunstancias de agravación punitiva establecida en el numeral 13 del artículo 241 que trata sobre los daños a bienes que son determinados patrimonio cultural, si en efecto la diversidad multiétnica lo es, puede entenderse satisfecho con la legislación en mención siempre que sea permitida la interpretación de los juzgadores para determinar el alcance e interrelación de los tipos penales; posibilidad que podría ser limitada si se tienen en cuenta los conceptos del máximo tribunal constitucional en relación al límite al poder de configuración legislativa en materia penal:

“La Corte ha entendido que los derechos constitucionales de los asociados se erigen en límite de la potestad punitiva del Estado, de manera que su núcleo esencial y criterios de razonabilidad, proporcionalidad y estricta legalidad, constituyen límites materiales para el ejercicio ordinario de esta competencia estatal. Estos criterios se aplican tanto a la definición del tipo penal como a la sanción imponible. “1. Deber de observar la estricta legalidad. En punto a este deber, la Corte ha señalado (i) que la creación de tipos penales es una competencia exclusiva del legislador (reserva de ley en sentido material) y que (ii) es obligatorio respetar el principio de tipicidad: “nullum crimen, nullapoena, sine lege previa, scripta et certa”. De manera que

269 Artículo 101. Genocidio. El que con el propósito de destruir total o parcialmente un grupo nacional, étnico, racial, religioso o político, por razón de su pertenencia al mismo, ocasionare la muerte de sus miembros, incurrirá en prisión de treinta (30) a cuarenta (40) años; en multa de dos mil (2.000) a diez mil (10.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes y en interdicción de derechos y funciones públicas de quince (15) a veinte (20) años. La pena será de prisión de diez (10) a veinticinco (25) años, la multa de mil (1.000) a diez mil (10.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes y la interdicción de derechos y funciones públicas de cinco (5) a quince (15) años cuando con el mismo propósito se cometiere cualquiera de los siguientes actos: 1. Lesión grave a la integridad física o mental de miembros del grupo. 2. Embarazo forzado. 3. Sometimiento de miembros del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial. 4. Tomar medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo. 5. Traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo.

270 Apología del genocidio. El que por cualquier medio difunda ideas o doctrinas que propicien o justifiquen las conductas constitutivas de genocidio, o pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de las mismas, incurrirá en prisión de seis (6) a diez (10) años, multa de quinientos (500) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a diez (10) años.

el legislador está obligado no sólo a fijar los tipos penales, sino que éstos tienen que respetar el principio de irretroactividad de las leyes penales (salvo favorabilidad), y definir la conducta punible de manera clara, precisa e inequívoca. “2. Deber de respetar los derechos constitucionales. En relación con los derechos constitucionales, la Corte ha señalado que los tipos penales, se erigen en mecanismos extremos de protección de los mismos, y que, en ciertas ocasiones el tipo penal integra el núcleo esencial del derecho constitucional. Por lo mismo, al definir los tipos penales, el legislador está sometido al contenido material de los derechos constitucionales, así como los tratados y convenios internacionales relativos a derechos humanos ratificados por Colombia y, en general, el bloque de constitucionalidad. “3. Deber de respeto por los principios de proporcionalidad y razonabilidad. Respecto de la proporcionalidad y la razonabilidad del tipo penal y su sanción, la Corte ha indicado que al establecer tratamientos diferenciales se somete a un juicio estricto de proporcionalidad del tipo, así como de la sanción. La proporcionalidad, implica, además, un juicio de idoneidad del tipo penal. Así, ante la existencia de bienes jurídicos constitucionales, el legislador tiene la obligación de definir el tipo penal de manera tal que en realidad proteja dicho bien constitucional (...). “6. En suma, al igual que ocurre con el resto de competencias estatales, el ejercicio del poder punitivo está sujeto a restricciones constitucionales, tanto en lo que respecta a la tipificación como a la sanción. No podrán tipificarse conductas que desconozcan los derechos fundamentales, que no resulten idóneas para proteger bienes constitucionales o que resulten desproporcionadas o irrazonables. Lo mismo puede predicarse de las sanciones. Estas restricciones, como se indicó antes, operan frente a toda decisión estatal en materia punitiva²⁷¹”.

Ahora bien, si se trata de la protección de identidad genética animal al igual que la prohibición a las hibridaciones ya referidas y la importancia en los ecosistemas, y la de éstos últimos en la conservación de la vida humana en bienes jurídicos tutelable, tal tema tampoco fue objeto de análisis y tutela por el legislador

²⁷¹ C- 121 de 2012.

en materia penal; al menos que en este caso también el legislador encuentre protegidos estos bienes jurídicos con la reglamentación del artículo 330 ibíd. 272.

Frente a la existencia de la antijuridicidad y la culpabilidad, tiene lugar la máxima del derecho "*nullum crimen sine lege*", al no encontrarse establecidas las conductas o variables detalladas que infrinjan el ordenamiento jurídico con la exactitud que exige el legislador constitucional Colombiano y las instancias interpretativas del mismo ramo, esencialmente porque éste último no contempla las tantas posibilidades que pueden presentarse dentro del tema objeto de estudio; en consecuencia, el juicio de culpabilidad orientado a determinar si la conducta es o no atribuible al autor, carece de sentido ante la inexistencia de la prohibición expresa, criterio reforzado por el concepto de legalidad²⁷³ establecido en el artículo 6º de la ley penal; como tampoco hay lugar a la configuración de la conducta preterintencional, que aunque pueda corresponder a la práctica de eventos relacionados con la manipulación genética, que den como productos distintos a los

²⁷² Artículo 330. Manejo ilícito de microorganismos nocivos. Modificado por el art. 31, Ley 1453 de 2011. El que con incumplimiento de la normatividad existente introduzca, manipule, experimente, inocule o propague especies, microorganismos, moléculas, sustancias o elementos que pongan en peligro la salud o la existencia de los recursos fáunicos, florísticos o hidrobiológicos, o alteren perjudicialmente sus poblaciones, incurrirá en prisión de dos (2) a seis (6) años y multa de trescientos (100) a diez mil (10.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes. Incurrirá en la misma pena el que con incumplimiento de la normatividad existente realice actividades de manipulación genética o introduzca ilegalmente al país organismos modificados genéticamente, con peligro para la salud o la existencia de los recursos mencionados en el inciso anterior. Si se produce enfermedad, plaga o erosión genética de las especies la pena se aumentará en una tercera parte.

²⁷³ Artículo 6º. Legalidad. Nadie podrá ser investigado ni juzgado sino conforme a la ley procesal vigente al momento de los hechos, con observancia de las formas propias de cada juicio. La ley procesal de efectos sustanciales permisiva o favorable, aun cuando sea posterior a la actuación, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Las disposiciones de este código se aplicarán única y exclusivamente para la investigación y el juzgamiento de los delitos cometidos con posterioridad a su vigencia.

que se pretenden con la investigación, no dejan de carecer del elemento esencial de atipicidad; sin que exista oportunidad de revisar la intensidad de la investigación o práctica genética, pues resultaría inocuo entrar a determinar la existencia de elementos secundarios como el dolo o la culpabilidad si el esencial (tipicidad) es descartado.

“Artículo 10. Tipicidad. La ley penal definirá de manera inequívoca, expresa y clara las características básicas estructurales del tipo penal”.

AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

En los tipos penales existentes es posible el concurso de personas en la conducta punible, la autoría y la participación, último concepto que comprende al determinador y al cómplice, así lo establecen los artículos 28 y s.s. del Código Penal Colombiano.

Para el caso de la aplicación y desarrollo del procedimiento, deben observarse además las determinaciones de la ley 906 de 2004²⁷⁴.

FORMAS DE EJECUCION

En Colombia todas las conductas penales pueden realizarse instantáneamente, pueden ser también de ejecución permanente en el grado de tentativa y las

²⁷⁴ Código de Procedimiento Penal.

conductas omisivas; esta tipificación se deduce del artículo 84 que contempla el término de prescripción.

CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACIÓN O ATENUACIÓN PUNITIVA

El diseño normativo de la legislación penal Colombiana, precede los tipos penales de las circunstancias de agravación o atenuación punitiva en cada caso, para el caso de la manipulación genética no se incluyeron éstas.

PENAS ACCESORIAS Y CRITERIOS PARA LA DETERMINACIÓN DE LA PUNIBILIDAD.

Para todos los tipos penales tiene aplicación la decisión del juez del artículo 52 contentivo de las penas accesorias y 53 relativo al cumplimiento²⁷⁵ así mismo son aplicables las precisiones de los artículos 54²⁷⁶ y 55 relacionadas con las circunstancias de menor punibilidad, del mismo modo, las contempladas en el artículo 58²⁷⁷ de la mayor punibilidad.

²⁷⁵ Las penas accesorias. Las penas privativas de otros derechos, que pueden imponerse como principales, serán accesorias y las impondrá el Juez cuando tengan relación directa con la realización de la conducta punible, por haber abusado de ellos o haber facilitado su comisión, o cuando la restricción del derecho contribuya a la prevención de conductas similares a la que fue objeto de condena. En la imposición de las penas accesorias se observará estrictamente lo dispuesto en el artículo 59. En todo caso, la pena de prisión conllevará la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, por un tiempo igual al de la pena a que accede y hasta por una tercera parte más, sin exceder el máximo fijado en la Ley, sin perjuicio de la excepción a que alude el inciso 2 del artículo 51. Artículo 53. Cumplimiento de las penas accesorias. Las penas privativas de otros derechos concurrentes con una privativa de la libertad, se aplicarán y ejecutarán simultáneamente con ésta. A su cumplimiento, el Juez oficiosamente dará la información respectiva a la autoridad correspondiente.

²⁷⁶ Artículo 54. Mayor y menor punibilidad. Además de las atenuantes y agravantes consagradas en otras disposiciones, regirán las siguientes. Artículo 55. Circunstancias de menor punibilidad. Son circunstancias de menor punibilidad, siempre que no hayan sido previstas de otra manera: 1. La carencia de antecedentes penales. 2. El obrar por motivos nobles o altruistas. 3. El obrar en estado de emoción, pasión excusables, o de temor intenso. 4. La influencia de apremiantes circunstancias personales o familiares en la ejecución de la conducta punible. 5. Procurar voluntariamente después de cometida la conducta, anular o disminuir sus consecuencias. 6. Reparar voluntariamente el daño ocasionado aunque no sea en forma total. Así mismo, si se ha procedido a indemnizar a las personas afectadas con el hecho punible. 7. Presentarse voluntariamente a las autoridades después de haber cometido la conducta punible o evitar la injusta sindicación de terceros. 8. La indigencia o la falta de ilustración, en cuanto hayan influido en la ejecución de la conducta punible. 9. Las condiciones de inferioridad psíquica determinadas por la edad o por circunstancias orgánicas, en cuanto hayan influido en la ejecución de la conducta punible. 10. Cualquier circunstancia de análoga significación a las anteriores.

²⁷⁷ Artículo 58. Circunstancias de mayor punibilidad. Son circunstancias de mayor punibilidad, siempre que no hayan sido previstas de otra manera: 1. Ejecutar la conducta punible sobre bienes o recursos destinados a actividades de utilidad común o a la satisfacción de necesidades básicas de una colectividad. 2. Ejecutar la conducta punible por motivo abyecto, fútil o mediante precio, recompensa o promesa remuneratoria. 3. Que la ejecución de la conducta punible esté inspirada en móviles de intolerancia y discriminación referidos a la raza, la etnia, la ideología, la religión, o las creencias, sexo u orientación sexual, o alguna enfermedad o minusvalía de la víctima. 4. Emplear en la ejecución de la conducta punible medios de cuyo uso pueda resultar peligro común. 5. Ejecutar la conducta punible mediante ocultamiento, con abuso de la condición de superioridad sobre la víctima, o aprovechando circunstancias de tiempo, modo, lugar que dificulten la defensa del ofendido o la identificación del autor o partícipe. 6. Hacer más nocivas las consecuencias de la conducta punible. 7. Ejecutar la conducta punible con quebrantamiento de los deberes que las relaciones sociales o de

Los tipos penales relativos a la manipulación genética, debido a la distante posibilidad de adelantar en el territorio nacional Colombiano investigaciones clónicas no han sido objeto de estudio, análisis y establecimiento de alcance normativo como consecuencia del surtimiento de procesos penales enfocados a determinar si efectivamente pudieron o no contravenirse las restricciones.

No obstante, la Corte Constitucional Colombiana estudió con ocasión a la demanda de inconstitucional que se presentare contra artículo 133. Repetibilidad del ser humano *“El que genere seres humanos idénticos por clonación o por cualquier otro procedimiento, incurrirá en prisión de dos (2) a (6) años”* dentro del expediente D-6205²⁷⁸.

parentesco impongan al sentenciado respecto de la víctima.8. Aumentar deliberada e inhumanamente el sufrimiento de la víctima, causando a ésta padecimientos innecesarios para la ejecución del delito.9. La posición distinguida que el sentenciado ocupe en la sociedad, por su cargo, posición económica, ilustración, poder, oficio o ministerio.10. Obrar en coparticipación criminal.11. Ejecutar la conducta punible valiéndose de un inimputable.12. Cuando la conducta punible fuere cometida contra servidor público por razón del ejercicio de sus funciones o de su cargo, salvo que tal calidad haya sido prevista como elemento o circunstancia del tipo penal.13. Cuando la conducta punible fuere dirigida o cometida total o parcialmente desde el interior de un lugar de reclusión por quien estuviere privado de su libertad, o total o parcialmente fuera del territorio nacional.14. Cuando se produjere un daño grave o una irreversible modificación del equilibrio ecológico de los ecosistemas naturales.15. Cuando para la realización de la conducta punible se hubieren utilizado explosivos, venenos u otros instrumentos o artes de similar eficacia destructiva.16. Cuando la conducta punible se realice sobre áreas de especial importancia ecológica o en ecosistemas estratégicos definidos por la ley o los reglamentos.

²⁷⁸ Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 133 de la Ley 599 de 2000, “Por la cual se expide el Código Penal”.

La demanda propone en el tipo penal la violación a los preceptos superiores consagrados en los artículos 11²⁷⁹ y 42²⁸⁰ de la Constitución, al considerar en la disposición penal algún grado de prohibición y condena previa a la existencia de la persona y a la vida humana a través de la clonación o cualquier procedimiento adelantado en laboratorio excusándose en la protección del patrimonio genético. El estudio de la demanda contra el tipo penal fue surtido en Sentencia C-775 de 2006. Los argumentos del demandante, parecen impregnados de aceptación a las prácticas clónicas y a diferencia de percibirse como contraria a la vida, es una alternativa para perpetuar la especie humana, y un camino hacia el vencimiento de la muerte.

²⁷⁹ Artículo 11 de la Constitución Nacional: EL Derecho a la vida es inviolable. No habrá pena de muerte.

²⁸⁰ Artículo 42. de la Constitución Nacional La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla. El Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia. La ley podrá determinar el patrimonio familiar inalienable e inembargable. La honra, la dignidad y la intimidad de la familia son inviolables. Las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto recíproco entre todos sus integrantes. Cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad, y será sancionada conforme a la ley. Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes. La ley reglamentará la progenitura responsable. La pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos, y deberá sostenerlos y educarlos mientras sean menores o impedidos. Las formas del matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los deberes y derechos de los cónyuges, su separación y la disolución del vínculo, se rigen por la ley civil. Los matrimonios religiosos tendrán efectos civiles en los términos que establezca la ley. Los efectos civiles de todo matrimonio cesarán por divorcio con arreglo a la ley civil. También tendrán efectos civiles las sentencias de nulidad de los matrimonios religiosos dictadas por las autoridades de la respectiva religión, en los términos que establezca la ley. La ley determinará lo relativo al estado civil de las personas y los consiguientes derechos y deberes.

También encuentra en la creación de seres humanos como resultado de la manipulación genética, una opción de control para la natalidad; en suma, la restricción puede generar una especie de limitación ultra restricta para aquellas personas infértiles que bien podrían con esta alternativa ejercer el derecho a la autonomía procreativa y hacer posible uno de los tantos aspectos implicados en el concepto universal de dignidad humana. Adicionalmente se expuso en esta limitante, cercenamiento a la autonomía personal, en tanto éste debería contar con la posibilidad de acudir a las vías reproductivas que existan, distintas o relacionadas con la clonación, teniendo en cuenta que el tipo penal acusado no solo hace referencia a la clonación sino que establece la frase “cualquier otro procedimiento”.Muy importante el planteamiento al momento de hacer la confrontación o análisis de legalidad y suficiencia del tipo penal frente a la Carta Superior; expresamente la Constitución Política de Colombia que permite el afianzamiento y conformación de la familia en hijos del matrimonio tanto procreados naturalmente como aquellos creados con asistencia científica. Visto así; en efecto, es evidente la restricción que la norma penal hace sobre la disposición superior, situación que desconoce la supremacía de la constitución nacional²⁸¹y los procedimientos establecidos para restringir su alcance; asimismo es categorizado como excesivo intervencionismo estatal de índole restrictiva, frente a la posibilidad de la familia en afianzar las uniones matrimoniales o de hecho que naturalmente no pueda contar con descendientes genéticos. Finalmente se anota que “el patrimonio genético único de las personas va en contravía de un pasado transgénico del Genoma humano, y de un presente evolutivo que marca una tendencia a la

unificación del Genoma Humano acabando con las diferencias proteínicas que aún hoy subsisten”, así, la decisión de mantener irrepentible el patrimonio genético de un ser humano corresponde a la autonomía de la persona, última consideración radicalmente contraria a la formalización del genoma humano como patrimonio de la humanidad, concluyendo con la definición de una posición atinente a un punto álgido dentro del debate y los aspectos inacabados causados por las elucubraciones suscitadas por la clonación humana, y es lo relativo a la responsabilidad de la genética en el desarrollo y comportamiento humano o si por el contrario esto le es atribuible a factores externos ilustrados con el caso de los gemelos idénticos o monocigóticos que a pesar de la similitud de identidad genética su personalidad y comportamientos distan.

De la participación ciudadana permitida en estos medios de control constitucional se destacan las siguientes consideraciones analíticas, que reflejan la diversidad en relación a la percepción en cuanto al involucramiento de derechos y especialmente qué tanto responde el tipo penal a las expectativas sociales:

La norma acusada no prohíbe la reproducción humana, sino aquellas prácticas que desconocen la dignidad inherente al ser humano, que lo cosifican y lo instrumentalizan, como es el caso de generar seres humanos idénticos, considerando que la autonomía personal no permite una visión sin límite sino que debe ser interpretada no sólo en relación con la dignidad humana del ser clonado, sino también respecto de la justicia de recibir una carga genética no deseada y la libertad del clonado a su propio proyecto de vida.

- Para el director del Movimiento Raeliano Colombiano²⁸² con base en un libro llamado Sí a la clonación humana, se afirma que la creación científica también es un derecho humano que debe estar libre de influencias represivas, ya sean latentes o abiertas.
- Al decir no a la clonación humana, se le dice no a la ciencia y a los avances tecnológicos.
- La clonación permite a las personas crear sus propios hijos, con las características que cada cual considere necesarias.
- La norma acusada frena la ciencia y, por ende, obstaculiza el crecimiento de un niño.
- La clonación ofrece una oportunidad para las personas estériles.
- La clonación traería grandes beneficios a nuestra economía (Colombiana) y a la vez los estudiantes en estos campos tendrían la posibilidad de hacer realidad sus aspiraciones científicas.

²⁸² Organización atea sin fines de lucro que atribuyen la creación de la tierra a seres extraterrestres avanzados científicamente, los cuales sostienen entre sus teorías que una combinación entre la

- La ciencia es la religión del futuro, y la clonación es algo que se viene ejerciendo clandestina y legalmente en algunos países, luego Colombia debería entrar en una etapa de conciencia acerca de la era en que vivimos.
- La dignidad es un principio de carácter constitucional y por ostentar dicha condición está por encima del derecho a reproducirse y tener descendencia... las personas infértiles tienen varias opciones que la ciencia ha creado para permitirles procrear, en tanto que la clonación es una técnica que atenta contra la dignidad del posible clonado.
- La norma acusada impide a las personas infértiles tener familia.
- La ciencia busca mejorar la calidad de vida del ser humano y, por ende, debe abrirse paso a la técnica de la clonación.
- El avance de la ciencia no puede estancarse por ninguna ley.

Del Concepto de la Procuraduría General de la Nación se resaltan las siguientes expresiones:

- Recuerda la estructura de organización Colombiana como Estado Social y Democrático de Derecho, el cual supera el Estado liberal y el Estado de bienestar; apunta que en tanto más democrática y respetuosa de los derechos fundamentales de las personas, que con fundamento en la dignidad humana, busca el equilibrio entre la libertad y la igualdad, entre la autonomía individual y la solidaridad social y, por tanto, se opone a cualquier modelo totalitario o anárquico de izquierda o de derecha.

- En el Estado Social y Democrático de Derecho, la libertad sigue siendo básica e irrenunciable, más no absoluta, debiendo armonizarse con otros principios y derechos fundamentales, como la dignidad y la igualdad.
 - En el modelo de Estado social de Derecho la solución a los problemas morales, en el campo de la bioética, debe respetar la libertad y la autonomía en su múltiple faceta de derecho subjetivo, principio y valor, conciliando así lo individual con lo universal en el concepto de la dignidad humana, en el cual la identidad e individualidad es lo que distingue a los miembros de la especie humana y la sociabilidad, en términos de respeto, solidaridad y autonomía.

Esto para significar que la permisibilidad o restricción de la manipulación genética con fines clónicos debe analizarse conforme a la identidad y particularidad de los pueblos, organización, forma de gobierno y cultura, como criterios esenciales para la determinación normativa; no siendo posible concebir la clonación como un evento puramente aceptable que borre otros aspectos estructurales e históricos de determinado territorio.

- El Estado debe aplicar, de manera razonable, el principio de precaución ante la incertidumbre sobre los riesgos de las actividades científicas y tecnológicas, que amenacen la dignidad humana y ello porque la discusión jurídica planteada en la demanda está a mitad de camino entre los logros científicos y la ciencia ficción, y gira en torno al principio constitucional de la dignidad humana en el campo de la bioética.
- No puede confundirse el derecho a la vida con la reproducción, así como la reproducción sexual propia del género humano, con la producción artificial de seres humanos
- No puede sobreponerse el avance científico a la dignidad humana.

- No le es de recibo, ni desde el punto de vista constitucional ni desde la bioética, otorgarle a la ciencia por la ciencia un lugar preponderante aún por encima de la esencia misma del ser humano, como tampoco exigir que se permita todo tipo de experimentación en la persona humana, desconociendo la concepción humanista y personalista de la modernidad.
- La norma no ataca el derecho a la vida ni en abstracto ni en concreto. La clonación de seres humanos no se ha realizado aún y ni siquiera es seguro que pueda realizarse, así que resulta excesivo señalar que la preceptiva atenta contra el núcleo esencial del derecho a la vida producida en laboratorio, cuando ello sigue siendo por ahora una opción especulativa.

El estudio de la demanda normativa resulta muy ilustrativo, pese a que por incumplimiento de los requisitos y formalidades establecidos para que exista pronunciamiento por parte del alto tribunal éste último resolvió declararse inhibido y en efecto sin pronunciamiento de fondo, la apertura de esta oportunidad permite receptar las consideraciones, expectativas y percepciones que la manipulación genética especialmente para fines clónicos generales en la sociedad.

De un lado, confirma la indeterminabilidad de las variables y efectos de los procedimientos asociados a la manipulación genética, al igual que la identidad plena de los derechos fundamentales que se dicen afectados; y quizá la más relevante resulta ser lo referente a la categoría de la investigación científica como derecho, y a que orden corresponde; al igual que si los resultados ofrecidos realmente pueden llegar a ser asociados o garantizar derechos fundamentales. En sí, tantas consideraciones confirman que la clonación humana genera muchas más preguntas que respuestas.

Empero, si bien el anterior registro del estado actual de la reglamentación colombiana devela poco de los asuntos que deberían abordarse para enfrentar adecuadamente los avances de la manipulación genética la revisión de los proyectos de ley que hay sido propuestos permiten, desde un punto de vista confirmar que evidentemente hay conciencia e interés en la reglamentación y en los intentos, se ha reflejado la importancia del derecho penal en tal finalidad; y de otro, los distintos horizontes a los que apunta la reglamentación, pues en éste caso las situaciones sociales que la motiva, son diferentes a las que pueden haber sido planteadas en legislaciones de otros países.

Obsérvese, el proyecto de ley 196 de 2008 - Cámara, por medio de la cual se reglamenta en todo el territorio nacional la práctica de la gestación sustitutiva mediante las técnicas de reproducción humana asistida en el que además de definir conceptos como gestación sustitutiva²⁸³ inseminación artificial²⁸⁴ subclasificada en conyugal y con donante, fertilización artificial homóloga²⁸⁵ o heteróloga²⁸⁶, fertilización in vitro²⁸⁷, fueron planteadas definiciones de términos esenciales en la biogenética como es la reproducción humana asistida Definida como el Conjunto de técnicas médicas especiales que implican la ayuda profesional al acto conyugal con el fin de lograr la procreación de la especie humana, la obtención y utilización de gametos con tal finalidad, o la transferencia de embriones con el mismo fin. Dentro de estas técnicas se encuentra la inseminación artificial, fertilización in vitro con transferencia de embriones, el consentimiento informado como elemento central de las discusiones y posiciones que viabilidad las técnicas de manipulación genética con estricto valor a la voluntad individual, tal como lo refleja la definición:

²⁸³Gestación Sustitutiva: Conducta mediante la cual una mujer gesta en su vientre una criatura con la intención de entregar al concebido una vez se produzca el nacimiento.

²⁸⁴Inseminación Artificial es el Procedimiento técnico mediante el cual se introducen en forma artificial los espermatozoides en el aparato reproductor femenino con el propósito de conseguir la concepción o como un procedimiento para hacer llegar los espermatozoides al óvulo con fines reproductivos. Según el origen de los gametos se cataloga como inseminación artificial homóloga o inseminación artificial con donante. Inseminación Artificial Conyugal: Se produce cuando se practica mediante la utilización del semen fecundante para obtener la concepción, lo aporta el cónyuge o compañero permanente de la mujer que se hace inseminar.

Inseminación Artificial con Donante: Se produce cuando se utilice semen fecundante proveniente de persona distinta del cónyuge o compañero permanente.

²⁸⁵Fertilización Artificial Homóloga procedimiento a través del cual el esperma utilizado para la fecundación del óvulo en una probeta corresponde al cónyuge o compañero permanente y a la cónyuge o compañera permanente que constituyen una pareja, siendo transferidos el embrión o embriones al útero de la mujer.

²⁸⁶Fertilización Artificial Heteróloga: es el procedimiento de fecundación del óvulo de la mujer que conforma una pareja con su cónyuge o compañero permanente se realiza con esperma de un

“Es el procedimiento cuyo objetivo es aplicar el principio de autonomía de las partes, donde los sujetos decidan libre y voluntariamente someterse a un procedimiento del cual se encuentren completamente informados”.

Se observa también la intención de centralizar y controlar las técnicas asociadas por parte del Estado, autorizando la existencia Centro de Reproducción Asistida, como los Centros en los cuales se prestan servicios de salud en el área de la biomedicina reproductiva de acuerdo a los principios de calidad, oportunidad y racionalidad lógico científica.

La exposición de motivos reconoce la evidente carencia de reglamentación frente a los avances genéticos en los siguientes términos :

“No podemos estar ajenos al vacío jurídico que en la actualidad se encuentra en nuestro ordenamiento; cuando a todas luces conocemos que cada día la práctica reiterada de esta figura es habitual y por lo tanto hace necesaria la urgente actividad del legislador para reglamentar una situación que no puede ser ajena a la evolución de la procreación de la humanidad”.

tercero, cuando el óvulo que se fecunda corresponde a otra mujer diferente a la que conforma pareja con su cónyuge o compañero permanente y cuando el esperma y el óvulo que se utiliza para la fecundación de la mujer que conforma una pareja con su cónyuge o compañero permanente corresponden a terceros.

²⁸⁷Fertilización In Vitro: Consiste en fecundar los óvulos por fuera del cuerpo, para obtener embriones que posteriormente serán transferidos al útero para ser implantados y continuar con su gestación normal.

Posición planteada con base en el reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos, salud reproductiva, entendido como un estado general de bienestar físico, mental y social en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos, coherente con quienes encuentran en las técnicas de la manipulación genética, solución a la infertilidad.

Resulta esencial la utilización de los estudios adelantados por La profesora Teodora Zamudio quien abordó un aspecto poco decantado por los distintos autores visibles en el debate, y es, el análisis del concepto VIDA desde la concepción jurídica y desde la idea biológica, reconociendo que en ambas disciplinas su trascendentalidad.

Empero, destaca que la biología y el derecho interpretan el concepto de vida de forma distinta. Para ésta la vida resulta ser un concepto determinado por sus propias representaciones que guardan relación con el pensamiento del sector de control social dominante, imbuido por la relatividad económica, cultural y religiosa. El derecho, asimismo, garantiza a la persona humana la libertad. Ella es la representación que opuesta a la condición de servidumbre, esclavitud u otra análoga permite a la persona su expresión jurídicamente relevante, la cual obliga a responder por sus actos. Vida y libertad del sujeto de derecho, de eso se trata. Pero las nuevas biotecnociencias suscitan, para algunos pensadores, una violenta controversia en torno a la noción de libertad.

Para lograr argumentos útiles en el propósito de establecer los verdaderos derechos y bienes jurídicos en juego con la manipulación, siendo este el debate casi impreciso en razón a la diversidad de interpretaciones y alcance de los derechos, son convocados los argumentos de Hans Kelsen, en su obra *La Teoría pura del Derecho*, donde se explica la diferencia entre persona y hombre así: el hombre no es una noción jurídica que expresa una función específica del derecho; es una noción biológica, fisiológica y psicológica. Cuando una norma jurídica utiliza el concepto de hombre no le confiere por ello el carácter de una noción jurídica. El hombre solamente puede transformarse en un elemento del contenido de las normas jurídicas que regulan su conducta, cuando convierte algunos de sus actos en el objeto de deberes, de responsabilidades o de derechos subjetivos.

La distinción entre el hombre, tal como lo define la ciencia de la naturaleza, y la persona como concepto jurídico, no significa que la persona sea un modo particular del hombre, sino, por el contrario, que estas dos nociones definen objetos totalmente diferentes. El concepto jurídico de persona o de sujeto de derechos expresa solamente la unidad de una pluralidad de deberes, de responsabilidades y de derechos subjetivos, es decir, la unidad de una pluralidad de normas que determinan estos deberes, responsabilidades y derechos subjetivos

Interesante la explicación otorgada en cuanto a la adquisición de derechos como Principio de la existencia de la persona humana, propendiendo por aclarar la existencia del hombre desde la biología²⁸⁸ y desde el derecho o existencia jurídico legal²⁸⁹; siendo este aspecto fundamental cuando se trate de zanjar y finiquitar las discusiones que buscan incluso restringir la investigación genética, porque, al determinar con exactitud si gozan de derechos autónomos los órganos, tejidos y partes del cuerpo humano, como consecuencia de extender el alcance de los derechos a La persona humana en su integralidad, quedaría solo por desvirtuar todo respecto a la generación de vida atribuida exclusivamente a Dios.

Otro de los puntos álgidos es la probable desconfiguración de las líneas de parentesco, entendida como la relación recíproca entre las personas por consanguinidad, afinidad o adopción, considerando que el término clonación es entendido como la replicidad exacta de otro individuo, no siendo posible determinar la responsabilidad de uno respecto del otro como tampoco la relación parental, con más dificultad la relación consanguínea.

²⁸⁸La existencia biológica comienza desde el momento mismo de la concepción, es decir, desde el instante en que se une el espermatozoide con el óvulo y termina con la muerte o cesación de la vida.

²⁸⁹La existencia legal de las personas inicia con el nacimiento, es decir, cuando es separado completamente de su madre.

En otra ocasión reglamentaria se buscó solo reglamentar todo lo relacionado con reproducción humana con interés solo de salvaguardar el principio de la autonomía de la voluntad, se buscó circunscribir las actividades relacionadas a la reproducción humana asistida a la reglamentación de un contrato objeto, regular las técnicas de Reproducción Humana Asistida de baja y alta complejidad médica, científica y clínicamente indicadas aplicable a todas las técnicas de reproducción Humana Asistida referente a la esterilidad humana, para facilitar la procreación cuando otros tratamientos se hayan descartado por inadecuados o ineficaces y también en la prevención y tratamiento de enfermedades de origen genético²⁹⁰, cuando sea posible recurrir a ellas con suficientes garantías diagnósticas y terapéuticas y estén estrictamente indicadas. Contrato que además de constituirse en el marco de los principios de buena fe, transparencia, información, solemnidad y confidencialidad es de carácter oneroso. Por ejemplo, en la redacción de la iniciativa es visible como el derecho interviene en el campo científico al momento de establecer el Número de preembriones transferibles y aunque pareciera estar destinado a reglamentar solamente casos de fertilidad, la disposición de posibilitar el uso en la prevención y tratamiento de origen genético, abre el campo de aplicación logrando puntos convergentes a los que se han planteado en el debate de la clonación y sus fines, y frente a los que, en caso de utilizar todos los medios autorizados llegare a incurrir en una nueva categoría de delitos como tipo penal Delito de alteración de la especie humana., para el cual se propuso pena irrisoria (20) meses a cinco (5) años de prisión, nuevamente refleja la carencia de técnica jurídica al momento de

establecer tipos penales que no dejan claro cual es el bien jurídico que se protege y en consecuencia, determinar una sanción proporcional a la importancia de este en el conglomerado social, De la filiación, cuál sería la relación entre quien tramita la obtención de un ser humano a través de técnicas de manipulación genética o asistencia científica?. Otra gran preocupación es la búsqueda por visibilizar la “adopción de embriones” en el proyecto de ley 28 de 2003 cámara²⁹¹ se buscó prohibir sacar de Colombia, patentar, constituir, comercializar, apropiarse, explotar o transferir derechos de propiedad intelectual sobre el genoma humano o productos de la manipulación genética de los grupos que conforman la diversidad étnica colombiana, hasta tanto exista una reglamentación ética y jurídica que garantice los derechos fundamentales de los mismos, otra intención legislativa propuesta por temor y desconocimiento de los efectos ciertos de la investigación y manipulación genética, un poco más próximo a las normativas internacionales que ante la imposibilidad de certificar los bienes jurídicos lesionados por la manipulación genética, acudieron al establecimiento del genoma humano como patrimonio de la humanidad, un bien jurídico universal sobre el cual todos los argumentos se resumen en sentimientos altruistas de auto preservación, que además hace visible, cómo los países desarrollados acuden a otros insuficientemente normativamente para avanzar en el descubrimiento del ser humano y los intereses económicos de fondo..

De observarse la exposición de motivos:

²⁹⁰Negrilla y subraya fuera de texto.

²⁹¹por la cual se dictan normas de protección sobre el genoma humano de nuestra diversidad étnica y otras disposiciones.

“En virtud del interés científico que despierta en el derecho moderno el estudio de la genética y la reciente develación del proyecto diversidad genoma humano, cabe anotar, el porqué de la necesidad de legislar en el sentido de prohibir, sacar del país, patentar, constituir, comercializar, apropiar, explotar o transferir derechos de propiedad intelectual sobre el genoma humano o productos de manipulación genética de los grupos que conforman nuestra diversidad étnica y la creación de un Comité Interinstitucional, para que realice un inventario de las investigaciones sobre recursos genéticos humanos en grupos étnicos y productos de manipulación genética, que se han desarrollado y obtenido hasta la fecha en Colombia. Con el propósito de determinar su estado actual, seguimiento, financiación, número de muestras recogidas, su ubicación y solicitudes de derechos de propiedad intelectual e iniciar acciones posibles ante instancias internacionales para lograr la repatriación de las muestras y resultados de dichas investigaciones, así como las posibles indemnizaciones que correspondan y el retiro de solicitudes de patentes si fuere el caso. Lo anterior, en razón de que se produjo a finales del siglo pasado, una carrera entre los centros de investigación y empresas farmacéuticas para apoderarse de millones de genes que conforman el mapa genético mundial de los humanos. Dentro de la amplia diversidad de genes humanos se presentó un particular interés por los de las poblaciones indígenas y grupos étnicos aislados, pues ellos han adquirido resistencia o tolerancia a determinadas enfermedades en especial a aquellas que afectan a las poblaciones del mundo moderno²⁹² Esto produjo un gran interés por recolectar su información genética en banco de genes antes de que estas

poblaciones desaparecieran o fuesen absorbidas por poblaciones dominantes. Muchas compañías biotecnológicas han reclamado patentes sobre dichos recursos genéticos y esas muestras se han tomado sin el consentimiento de las comunidades indígenas.

En Colombia, se tomaron muestras de sangre y recursos genéticos de gran parte de las comunidades indígenas y estas fueron a parar a bancos genéticos en Estados Unidos, a algunos países Europeos y a Japón, sobre las cuales no existe ningún mecanismo legal en el campo internacional o nacional que impida su privatización...La ciencia ha proporcionado al hombre innumerables beneficios, ha disipado engaños y ha permitido que la inteligencia del hombre contemple con mayor asombro el vasto universo que todavía queda por descubrir.

El uso irresponsable de estos conocimientos científicos, aplicados a la de las características genéticas del hombre, conlleva graves peligros que atentan contra el hombre mismo; la manipulación técnica de embriones humanos, es éticamente ilícita, mientras no pretenda conservar su vida, busque la curación de patologías y los contemple en todo momento como seres humanos plenos de potencialidades biológicas y personales²⁹³”

²⁹²Negrilla y subraya fuera de texto.

²⁹³Presentado por. HR. Alonso Acosta Osio con fuentes bibliográficas Atkinson, Nicola and Brad Sherman. Intellectual Property and Environmental Protection. 1991, Adorno Roberto. El derecho frente a la nueva eugenesia la selección de embriones in vitro. Cuadernos de Bioética, Asociación Médica Mundial. Orientación genética e ingeniería genética, Trigesimonovena Asamblea Médica Mundial. Madrid, España. 1987. Beier, F. and J. Strauss. Genetic Engineering and Industrial Property. 1986.

Blanquez Niceto. Manipulación genética, BAC, Edición Católica, Madrid. 1984, Seminario interdisciplinario permanente de bioética. Pontificia Universidad Javeriana: Gilberto Cely Galindo S. J. Director. Ponente Amparo Zárate Cuello. López Munguía. Integración de tecnologías indígenas y

biotecnologías modernas: Una utopía? Interciencia Vol. 19. 1994. Muelas Lorenzo. Acceso a los recursos genéticos. Noticias desde el Senado. 1997. Melcren. Polelude to Embriogenesis in the Ciba Foundation, Human Embryo Research: Yes or not? Ed. La genética y su influencia en el derecho civil, de familia y penal.

Universidad Libre de Bogotá. 1987. Zárate Cuello Amparo. Algunas reflexiones jurídicas sobre los métodos científicos de procreación humana asistida, conferencia y genoma humano de las comunidades étnicas colombianas. Foro Fundación Norte y Sur. Bogotá. 2000. Tavostock. Londres. 1986. News Week, Revista 7 de mayo de 1994. Semillas. Revista sobre el tema de genoma humano. Número 10. 1997.

De otro lado, el PROYECTO DE LEY 166 DE 2003 294 cuyo objeto fue regular en Colombia, todos los aspectos relativos a la investigación, acceso, utilización, y manejo de recursos genéticos humanos o relativos al genoma humano, así como aspectos vinculados a éste y relacionados con otro tipo de recursos genéticos, por ser es patrimonio inalienable, no enajenable e imprescriptible, de cada ser humano, de la Nación y de la Humanidad y propendiendo porque Colombia garantice y resguarde todos esos derecho, así como la dignidad, identidad e integridad de todas las personas con relación a su patrimonio genético²⁹⁵. Este, permitiría la investigación, un tratamiento o un diagnóstico en relación con el genoma de un individuo, sólo previa evaluación rigurosa de los riesgos y las ventajas la misma, atribuyendo la responsabilidad o fracaso a los investigadores, empresas, personas naturales o jurídicas que las realicen y que generen daños a cualquier ser humano; permitido La investigación y manipulación genética sólo en los campos de la biología, la genética y la medicina para fines de diagnóstico, tratamiento y cura con el objetivo de garantizar y mejorar la salud humana. Importante el llamado a actualización periódica de cada 5 años del Código Penal, en su capítulo correspondiente, con el fin de que la legislación contemple las variaciones y avances en esta materia. Otro de los aspectos sobre los cuales se ha planteado el debate es la manipulación genética con fines de discriminación genética en el sentido de lograr a través de la herencia genética conocer la predisposición individual (enfoque predictivo de la genética) y de allí determinar factores útiles para el campo laboral, expresiones que hacen más visibles las posibles desviaciones hacia fines

²⁹⁴Proyecto de ley para la protección y buen uso de la información contenida en el genoma humano y contra la discriminación genética, reconoce los beneficios y preocupaciones del desarrollo de la ciencia en los siguientes términos:

²⁹⁵Las siguientes son las definiciones relevantes incluidas: Acceso: Obtención y utilización de los recursos genéticos con la autorización y registro del Gobierno Nacional y para fines de investigación en temas médicos y para el mejoramiento de la salud humana. Biotecnología: Toda aplicación tecnológica que utilice sistemas biológicos u organismos vivos, partes de ellos o sus derivados, para la creación o modificación de productos o procesos para usos específicos. Componente intangible: Todo conocimiento, innovación o práctica individual o colectiva, con valor real o potencial, asociado al recurso genético, o sus productos derivados o al recurso biológico que los contiene, protegido o no, por regímenes de propiedad intelectual. Condiciones in situ: aquellas en las que los recursos genéticos se encuentran en sus ecosistemas y entornos naturales. Condiciones Ex Situ: Aquellas en las que los recursos genéticos no se encuentran en condiciones in situ. Contrato de Acceso: Acuerdo entre el Gobierno Nacional y una persona natural o jurídica, el cual establece los términos y condiciones para el acceso a recursos genéticos, sus productos derivados y, de ser el caso, el componente intangible asociado. Diversidad genética: Variación de genes y genotipos entre las especies y dentro de ellas. Suma total de información genética contenida en los organismos biológicos. Ecosistema: Complejo dinámico de comunidades humanas, vegetales, animales y micro-organismos y su medio no viviente que interactúan como unidad funcional. Erosión genética: Pérdida o disminución de diversidad genética. Producto derivado: Molécula, combinación o mezcla de moléculas naturales, incluyendo extractos crudos de organismos vivos o muertos de origen biológico, provenientes del metabolismo de seres vivos. Producto sintetizado: Sustancia obtenida por medio de un proceso artificial a partir de la información genética o de otras moléculas biológicas. Incluye los extractos semiprocesados y las sustancias obtenidas a través de la transformación de un producto derivado por medio de un proceso artificial (hemisíntesis). Proveedor del componente intangible: Persona que a través del contrato de acceso y en el marco de esta ley está facultada para proveer el componente intangible asociado al recurso genético, o sus productos derivados. Recursos genéticos: Todo material de naturaleza biológica que contenga información genética de valor o utilidad real o potencial. Resolución de acceso: Acto administrativo emitido por el Gobierno Nacional que perfecciona el acceso a los recursos genéticos o a sus productos derivados, luego de haberse cumplido todos los requisitos o condiciones establecidos en el procedimiento de acceso. Regalías: Emolumentos económicos a los que tienen derecho los individuos o grupos poblacionales objeto de una investigación genética, a partir de la cual se haya derivado un producto o medicamento de origen genético.

económicos de las invenciones científicas resultantes de las biociencias. En esta oportunidad también se consagran las motivaciones, preocupaciones y esperanzas que se tienen sobre la evolución de la ciencia así: los espectaculares progresos en medicina, biología, y diferentes ramas de la ciencia en las últimas décadas, brindan potenciales beneficios para la salud y cuidado de la especie humana, sin embargo, todo avance científico no solo implica beneficios. Según el uso que se le dé, puede desencadenar situaciones nefastas para la humanidad. Nagasaki, Hiroshima, la experimentación con judíos en la Segunda Guerra, el bombardeo con agente naranja en Vietnam, las jornadas de infertilización entre las comunidades negras en EMA, entre otros casos, exigen que la sociedad y el Estado estén vigilantes para impedir que situaciones de estas características se repitan. El Estado y la sociedad en su conjunto tienen la responsabilidad de velar por el bienestar de su población, porque se les respeten sus derechos civiles, políticos, sociales, culturales y económicos estipulados en la Constitución, y ratificados en diferentes acuerdos internacionales, frente a los nuevos desarrollos de la ciencia y la tecnología. La genética es una de las ciencias dominantes en el nuevo siglo, a través de ella se pasa de una medicina preventiva y curativa a la medicina predictiva que actúa mucho antes que las posibles enfermedades se desarrollen. La ingeniería genética con el descubrimiento del genoma y el trabajo en descifrar el proteoma, da la posibilidad de producir sustancias esenciales para la vida de muchas personas, como insulina, injertos, trasplantes y terapia genética para evitar el desarrollo de enfermedades hereditarias y otras, consecuencia de malformaciones genéticas, como algunos tipos de cáncer. La genética representa gran cantidad de beneficios

que podrán mejorar la calidad de vida de la población, pero en manos inescrupulosas, puede desencadenar prácticas como la eugenesia, la discriminación y la violación de la identidad genética de las personas, o de comunidades étnicas y la clonación de individuos, entre otras. La importancia de haber descubierto el genoma humano, gracias al trabajo interdisciplinario entre laboratorios de diferentes países (E.U.A y el Reino Unido), implica descubrir el conjunto de genes que conforman a la especie humana. Los genes son junto con el ambiente los responsables de que un organismo presente determinadas características físicas y mentales. Los genes entre las funciones que presentan, se encargan de indicarles a los aminoácidos¹ que se organicen de determinada manera, en diferentes tipos de proteínas, que son el elemento constitutivo de los diferentes tipos de células que constituyen a un organismo. En el momento que se logre descifrar el conjunto de proteínas que los diferentes genes ordenan formar (el proteoma), se podrá determinar a través de una manipulación proteínica qué tipo de células se quieren producir. Por ejemplo sería posible, lograr ordenar al gen responsable de la producción de las proteínas que crean las neuronas, que produzca más o menos de éstas, según el tipo de individuo que deseamos tener, u ordenarle a un gen identificando su cadena de proteínas que genere más testosterona, u hormonas que permitan incrementar el desempeño físico de un individuo, o un regimiento. Ante las posibles situaciones que pueden presentarse y la falta de desarrollo legal de esta materia en Colombia, es primordial asumir criterios bioéticos para la práctica de la ciencia. Fortalecer los comités existentes, desarrollar reglamentación y mecanismos de protección de los derechos

fundamentales ante nuevas prácticas no tipificadas resultado de los avances científicos y que atenten contra la integridad del individuo y el bienestar de la sociedad. Un ejemplo es el de la clonación de seres humanos, que vulnera la identidad del individuo, sin su autorización afectaría su derecho al Hábeas Data Genético, y atentaría contra la diversidad y pluralidad en la sociedad.

Esta ley busca mantener un equilibrio entre el desarrollo científico y tecnológico y el respeto de los derechos humanos de primera, segunda y tercera generación, intenta promover la investigación del genoma y del proteoma de diferentes especies en el territorio colombiano, y que esto se refleje en un desarrollo para el país. Que se logre identificar y comprender la mega diversidad genética que Colombia presenta, aprovechándola en beneficio de la nación colombiana es incentivar el conocimiento de las interrelaciones, patologías, mecanismos de recombinación molecular, síntesis de proteínas y múltiples expresiones del mensaje genético.

La ley intenta promover la investigación de los aspectos generales y específicos que desencadenan el desarrollo de ciertas enfermedades, manifestaciones y otros propósitos que a través de los comités de bioética y la opinión pública se consideren útiles, benéficos y éticamente convenientes para la población colombiana, respetando siempre sus derechos inalienables consagrados en la Constitución y diferentes acuerdos internacionales ratificados...”.

4. Breve Referencia a los Tipos Penales Sobre Manipulaciones Genéticas en el Código Español

En relación a la normatividad Española partiendo de la doctrina, la regulación penal de la manipulación genética en España según el autor PERIS REIRA²⁹⁶ iniciando desde el análisis de los principios penales fundamentales y tipificación de las genotecnologías; aludiendo que se debe realizar el examen sin menospreciar otros aspectos, que en modo alguno pueden ser considerados objetivos de análisis, por incluir cuestiones que en muchos casos afectan a la propia esencia del ser humano, sin embargo para asegurar que el análisis sea exclusivamente jurídico plantea el deber de propender por separar de la interpretación, la moral, la ética, y la religión.

En búsqueda de fundamentos legales refiere lo difícil que resulta olvidar la polémica ética, religiosa y jurídica que acompañó a los primeros trasplantes de órganos, lo que demuestra hasta qué punto las actitudes frente a la biología y la medicina son *determinadas al fin y al cabo sólo por ese progreso*²⁹⁷, el trasplante de órgano actualmente es percibido mayoritariamente beneficioso, con excepción

²⁹⁶ PERIS REIRA, Jaime M. La Regulación Penal de la Manipulación Genética en España, *Principios penales fundamentales y tipificación de las genotecnologías*. 1ªed. Editorial Civitas, S.A. España. 1995.

²⁹⁷ HOFSCHEIDER, P.H., Posición de la Sociedad Max Plank sobre el Proyecto de Ley de Protección de embriones de la República Federal de Alemania, en "Ingeniería genética y reproducción asistida", ed. Marino Barbero, Madrid, 1989, pág. 129. Citado por: PERIS REIRA, Jaime M. Op. cit. p. 24-25.

de las posiciones individuales que niegan su aceptación por las ya tantas veces mencionadas creencias, posiciones éticas, de valores y orientaciones religiosas que, si en algún momento estaban conforme a la norma porque ésta restringía su aplicación; la aceptación de la sociedad dada por los beneficios, buscó privilegiar el interés general permitiendo el procedimiento, y a su vez a reglamentar la posibilidad de las personas a mantenerse en desacuerdo con ello; mediante la referida y desarrollada objeción de conciencia, libertad ideológica, y libertad de culto; posando la norma en actitud doblemente garantista, para quienes requieren del procedimiento y a la vez para quienes su estructura interna personal no les permite tolerarlo; es decir, satisfaciendo y atendiendo las disparidades sociales.

Con este antecedente es posible elucubrar sobre la forma como se dará el debate en cada país, para abordar la regulación de manipulación genética, seguramente para darle entrada, restringirlo o negarlo, haciéndose llamativas las palabras de MATOVANI al reconocer que las perspectivas que presenta la ingeniería genética constituyen una nueva e irrenunciable ocasión para redescubrir y confirmar los grandes principios para la tutela de la persona humana contra los crecientes peligros de la era moderna, científicos y no científicos, pero esto, siendo fundamental, no puede hacer olvidar que el derecho penal ha guardado una actitud de extrema prudencia frente a estas situaciones²⁹⁸. Sin embargo, se menciona la introducción de los tipos penales en blanco con el objetivo de incluir normas con

²⁹⁸ VIVES ANTÓN, T.S. y otros., Derecho Penal. Parte Especial, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, pag. 21. y MANTOVANI, F., Problemi penali della manipolazione genetica, en: Rivista it. Dir. W. proc. Penale, 1986, pag. 660. Citados por: PERIS REIRA, Jaime M. Op. cit. pp. 25-26.

una taxatividad nada exigente pero sí funcionales, siendo normas que brindaran movilidad a la hora de delimitar el ámbito de lo ilícito²⁹⁹, cumpliendo a la vez el objetivo de emplear mecanismos que evitaran ocurrencia de tecnicismos jurídicos³⁰⁰ que bajo la exigencia de las aplicaciones estrictas de la norma, limitaran la sanción penal; los tipos penales que pretendan proteger bienes jurídicos relacionados con las biotecnologías deberán permitir y justificar unos menores niveles, una mayor laxitud, de las exigencias derivadas de la taxatividad³⁰¹, lo cual trasladaría al operador judicial la responsabilidad de aterrizar la finalidad de la norma en propósito de lograr que su aplicación se encuentre contextualizada a las normas superiores y respondan a las expectativas sociales; teniendo en cuenta el perfil de la sociedad Española, que según la Carta Magna es ideológicamente plural, por lo que, como reconoce CUERDA RIEZU, en un régimen (formalmente) democrático sólo pueden servir como pautas aquellos criterios que resultan del juego de las mayorías, es decir, los criterios plasmados en la ley por obra de los representantes legítimos³⁰².

Recuerda el autor, la importancia del desarrollo científico en el derecho, por su parte, alude el juego positivo de la criminología, como ciencia multidisciplinaria con un objeto de estudio diversificado (delincuente, delito, víctima, y control social

²⁹⁹ PERIS RIERA. J.M. Delitos contra el medio ambiente, colección de estudios del instituto de Criminología y departamento de Derecho penal, Universidad de Valencia, Valencia.. 1984. Págs. 45-46.

³⁰⁰ El tecnicismo jurídico corresponde a la demasía de formalismos en la interpretación y aplicación de la norma, traducida en limitaciones del logro de la finalidad de la norma.

³⁰¹ Ibid. p. 28

³⁰² CUERDA RIEZU, A. Límites Jurídico- penales de las nuevas técnicas genéticas, en Anuario de Derecho Penal y CP, 1988, PÁG. 418. Citado por: PERIS RIERA. J.M. op. cit. p. 23.

del comportamiento desviado), aspecto ya evidenciado en el aparte desarrollado en relación con el trascendental juego de la molécula de ADN en la actuación probatoria, donde brinda una certeza casi plena en la impartición de justicia; aporte que resulta no ser menos sólido que aquel que ha brindado en el campo de la filiación y responsabilidades parentales³⁰³.

Parecería que la mayor preocupación en la estructura del derecho penal es el riesgo que corre la composición del elemento culpabilidad fundamento de las teorías deterministas o indeterministas, en cuanto a la influencia del comportamiento humano en la comisión de la conducta delictual, aspecto del cual se deslinda el mayor enfoque profundalista que pudiere llegar a ofrecer el desarrollo de la ciencia con incidencia en el derecho penal; insinuando además la posibilidad de usarle orientado en la finalidad de ahondar en la busca de certeza de predisposición criminal con base en preexistencias genéticas, determinantes en la comisión del delito; es decir, que la biotecnología y biogenética pudieran llegar a

³⁰³ A modo de referencia, la legislación colombiana a través de sentencias de las Altas Cortes ha resaltado el preponderante papel de la ciencia mediante el uso de la información genética portada en el ADN, destacando la trascendencia más allá del primario servicio de identificación valorándolo aún más en sus efectos en la garantía de derechos fundamentales como la identidad, la personalidad jurídica contemplada en el artículo 14 de la Constitución Política que señala que toda persona tiene derecho a su personalidad jurídica. Concepto desde el cual se explica que la personalidad jurídica no sólo se refiere a la posibilidad de actuar en el mundo jurídico, sino de poseer ciertos atributos que constituyen la esencia de la personalidad jurídica y aquellos que marcan la individualidad de la persona como sujeto de derecho. Estos últimos, son aquellos atributos de la personalidad, dentro de los cuales claramente se encuentra el estado civil de un individuo, el cual depende –entre otras– de la relación de filiación. Éste último concepto jurídico también es un derecho innominado consagrado en el artículo 94 superior; razón por la cual los procesos de paternidad son fundamentales y en ellos la certeza que ofrece el ADN, resultado de la evolución científica; exigiendo para la adopción de decisiones recurrir a la ciencia por medio de las pruebas antroheredobiológicas; asociando la precisión filial con el principio de la dignidad humana bajo el argumento que todo ser humano tiene derecho a ser reconocido como parte de la sociedad y de una familia. T- 160 de 2013. MP. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

suministrar la certeza que no logró CESARE LOMBROSO³⁰⁴, cuando, basado en estudios que asociaban coincidencias morfológicas externas del individuo, pretendió encasillar las características propias comunes a los delincuentes estableciendo y asociando por ejemplo la similitud de asimetría de rostro, umbral del dolor, sensibilidad, recordación, autocontrol, grado de fortaleza de los hemisferios corporales y agudeza de la visión, como características identificativas del infractor penal; planteamientos que si bien han sido valiosos para la criminología, hoy día pudieran aniquilarse si efectivamente el comportamiento facineroso del ser humano tuviera su origen en la existencia o mayor prominencia de determinada célula, que atizada por el entorno social, detonara hacia la comisión de la conducta prohibida; desmoronando las llamadas constataciones que logró LOMBROSO basado en argumentos que bien podrían ser variaciones propias de la individualidad infinita de la especie humana.

Esto para significar que el aporte de la biociencia y la biotecnología no sólo se presenta como un mecanismo para replantear las estructuras jurídicas tradicionales, sino que además suprimiría las teorías establecidas a través de la historia que ha fundamentado en gran parte el estudio del derecho penal desde la criminología, y la perspectiva del individuo; variaciones que son apenas sensatas considerando

³⁰⁴ CESAR LOMBROSO, criminólogo, antropólogo y médico italiano nacido, estudioso que basó sus publicaciones en planteamientos soportado en análisis biológico –criminólogos, desde los cuales emergió la teoría del criminal o delincuente nato. Autor de las obra: el Hombre delincuente (1.876), la Mujer delincuente (1893), el Genio y la Locura (1864), el antisemitismo y la ciencia moderna (1.894), el Crimen, Causa y remedios (1.899); los fenómenos de hipnotismo y espiritismo (1.909).

que en la época de éstos aportes y planteamientos del derecho; se estaba distante del descubrimiento excepcional del ADN, entre los cuales dista casi un siglo.

Retomando el análisis de las biotecnologías en la legislación Española, se tiene que en lo que al derecho penal se refiere la pregunta de más alcance se centra en el ámbito tradicional entre deterministas e indeterministas, haciendo parecer posible afirmar que, con independencia del nivel de conocimiento que se logre del análisis del genoma, no va a encontrarse la clave única del comportamiento humano (esa que permitiera desentrañar su hipotética causalidad³⁰⁵), y que, por tanto, estas investigaciones no llegaran a sacudir como dice KOCH, los fundamentos del concepto de culpabilidad, ya que no será posible, a través de procedimientos analíticos de genes, llegar a la explicación de la estructura genética a la etiología del delito que es tan vieja como propia criminología.³⁰⁶

La clarificación del código genético humano no va a suponer alternación de las estructuras dogmáticas. En principio no presenta especificidad alguna pero sí puede constituir un gran punto de apoyo a la hora de comprender mejor ese puente de unión que transcurre entre las características somáticas del individuo y las bases de la responsabilidad penal, esas categorías que reconocen la madurez biopsíquica como esencia de la autodeterminación socialmente estimable y, con ella, de la capacidad de culpabilidad normativamente exigible: la imputabilidad³⁰⁷. Mejorando

³⁰⁵ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. El legado genético y el principio de culpabilidad penal, en *El Derecho ante el Proyecto del Genoma Humano*, Fundación BBV (en prensa) citado por: PERIS RIERA. J.M. op. cit. p. 31.

³⁰⁶ PERIS RIERA. J.M. op. cit. p. 31.

³⁰⁷ BUENO ARÚS, F., *El genoma Humano: Aspectos legales*, en *El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano*, Fundación BBV(en presan) citado por: PERIS RIERA. J.M. op. cit. p. 33

no sólo su conocimiento, su origen sino ofreciendo instrumentos de prueba más idóneos. Estos análisis, por mucho que no lleguen a sacudir, como afirma KOCH, los fundamentos del concepto de culpabilidad, sí que pueden desempeñar una tarea prácticamente muy relevante, aunque de categoría dogmática secundaria, en el momento de la valoración forense de la capacidad jurídico penal³⁰⁸. Téngase en cuenta que se admite pacíficamente hoy el que, a la vista de los resultados actuales suministrados por el análisis genómico mediante el método del ADN, con la ayuda de los métodos de investigación tradicionales, tal procedimiento es capaz de facilitar la determinación de requisitos biológicos para la no culpabilidad³⁰⁹; resaltando de la evolución del derecho variaciones que evidencian bifurcación de finalidades que además de la sanción pretenden alimentar la prevención como instrumento más favorable para la sociedad.

Conforme a lo anterior, el autor propone³¹⁰:

- a) Que por mucha trascendencia que se desee otorgar al análisis genético, como elemento de prognosis, éste sería uno más de los factores intervinientes, a valorar en unión de otros.

³⁰⁸ KOCH, H.G., Análisis del Genoma Humano. Cit. loc, cit. citado por : PERIS RIERA. J.M. op. cit. p. 33.

³⁰⁹ TRIFFTERER, O. Legado genético y culpabilidad, cit. en prensa. Citado por: PERIS RIERA. J.M. op. cit. p. 33.

³¹⁰ PERIS RIERA. J.M. op. cit. p.35

- b) Ante la temida terapia genética, ésta como medida postdelictiva, no es constitucionalmente viable, desde ninguna óptica (a pesar la de insatisfacción que produzca en las ópticas abrumadas por la defensa social.
- c) El ámbito de las actuaciones terapéuticas anteriores a la comisión del delito, en el supuesto en que se hubiese individualizado una peligrosidad del sujeto debido a predisposiciones genéticas, debe quedar fuera del derecho penal y ser incluido en el marco de una política sanitaria acorde a las exigencias constitucionales de respeto a la dignidad de la persona.

De las parciales conclusiones del autor, puede considerarse entonces, que en el evento en que una conducta delictiva esté originada en preexistencias genéticas, el individuo podría considerarse inimputable (seria enfermedad), en razón a que no existía el determinismo que exige la culpabilidad, y porque la peligrosidad está dada por cuestiones incontrolables, impredecibles del individuo. Escaparía la inclinación delictiva de la voluntad personal.

Ya abandonando planteamientos como el estudio de la genética y la relación con el comportamiento humano, para adentrar puntalmente a las tipologías de la manipulación y los bienes amenazados, es innecesario avanzar en los conceptos generales de la genética para intuir que muchos bienes jurídicos protegibles como la vida, integridad física, salud, dignidad de la persona, consentimiento del sujeto o ambiente, pueden estimarse amenazados de forma grave, en un juicio apriorístico y precipitado, por determinadas técnicas de genética humana. Sin embargo, como es sabido, acudir directamente a una

prohibición, sin más, desconociendo otras vías de regulación que puedan adaptarse mejor a los objetivos de protección y a la clase de peligro amenazante, puede llevar a unas tipologías inútiles, olvidando algo que cabe disculpar al no jurista, pero nunca al legislador, y en especial si es penal, que al dar vida a nuevas incriminaciones éste debe preocuparse en especial de los factores que condicionan su eficacia práctica³¹¹; tal posición devalúa la inoportunidad legal, cuando la primera posición de la norma, busca coartar, presentándose restrictiva, sancionatoria, y limitante, permitiendo la fundamentación en elementos ilusorios supuestos, infectivos e hipotéticos respecto de los efectos.; resultando ser contrario a los principios demandados por la tipificación penal, sobre el conocimiento y certeza del efecto nocivo frente a bienes jurídicos tutelables³¹².

³¹¹ FIANDACA, G. „il bene giuridico come problema teorico e come criterio di polizia criminale, en “revista italiana di dir. E proc. Pen.”, 1982, pág. 80. Citado por: PERIS RIERA. J.M. op. cit. p. 43.

³¹² Los continuados argumentos permiten comprender las diversas finalidades del derecho penal que no sólo están dadas a la sanción, pues la remisión al derecho penal como estatuto sancionatorio debe operar únicamente cuando las medidas incorporadas para controlar los fenómenos antisociales han sido puestas en marcha sin éxito o cuando éstas son insuficientes para someterlos. El derecho penal está enmarcado en el principio de mínima intervención, lo que supone que el ejercicio del poder de punición tiene que ser el último recurso disuasivo que puede utilizar el Estado para controlar desmanes transgresores de la vida en comunidad. Esta limitante implica que al tiempo que el legislador no está obligado a criminalizar todas las conductas que suponen un daño para la sociedad, tampoco le está permitido hacerlo con las que no ofrecen verdadero riesgo para ella. En aplicación de este criterio de control, la Corte Constitucional ha declarado la inexequibilidad de conductas cuya penalización ha encontrado desproporcionada, precisamente por estimar innecesario que el Estado recurriera al sistema penal para castigar conductas que podían castigarse con mayor eficacia por la vía de la potestad sancionatoria de la administración. Así, la decisión de criminalizar una conducta sólo puede reputarse legítima cuando responde a la necesidad de sancionar comportamientos atentatorios de los derechos y libertades individuales y colectivos, y en razón de la imposibilidad de reprender el ilícito con mecanismos menos invasivos de los derechos fundamentales, pues la incursión del derecho penal en la regulación del comportamiento humano debe considerarse como el último recurso posible para enderezarlo o reprenderlo. En consecuencia, dada la falta de idoneidad del tipo penal ultraje a emblemas y símbolos patrios para proteger la existencia y seguridad del Estado, tampoco resulta necesario tipificarla penalmente para proscribirla o sancionarla, precisamente porque existen otras más idóneas para preservar este bien jurídico. Además, existen

Así, resulta ser Bastante ilustrativa la posición de FIANDACA, al utilizar palabras de HANACK, resalta la idea según la cual toda incriminación que no se traduce adecuadamente a casos concretos, atenúa al igual que ocurre con todo delito con excesiva cifra oscura, al respecto de la ley y envilece su eficacia³¹³, en suma exige, hay que ser sumamente precavidos, por tanto, a la hora de constituir las nuevas tipologías de manipulación genética, sin olvidar que además de estas consideraciones de política – criminal rigen para su construcción todos los principios generales del derecho penal contemporáneo; instando al reconocimiento del importancia del derecho en los avances científicos, en la medida en que el ordenamiento jurídico, ante un exposición clara de los intereses legítimos de la investigación, tiene dispuesto un instrumental completamente capaz de diferenciar las situaciones y afrontar los diversos peligros con regulaciones también de distinto nivel³¹⁴, abordaje que deberá realizarse partiendo desde la certeza tanto del bien jurídico que se pretende proteger como del daño que determinado comportamiento signifique para él.

Se plantea en el tema de la manipulación genética que las normas expedidas están más motivadas en el temor que en la veracidad de los dos aspectos referidos (bien jurídico tutelado – daño al bien jurídico); situación que da espacio a los

disposiciones que permiten la misma finalidad y que son de naturaleza administrativa, que no llevan aparejadas las consecuencias negativas de la condena penal aun cuando la sanción impuesta sea la misma. Corte Constitucional, expediente D-7584, Magistrado Humberto Antonio Sierra Porto.

³¹³ FIANDACA, G., óp. cit., loc. Cit.

³¹⁴ ESER, A. ¿gen-ética, Derecho genético? Reflexiones político- jurídicas sobre las actuaciones en la herencia human, traducción de C.M. Romeo Casanova, en la Ley, núm. 1, 1986, pág. 1142. Citado por: PERIS RIERA. J.M. óp. cit. p. 38.

planteamientos que develan el estado normativo de la manipulación genética como el producto de la ponderación de los argumentos contrarios y favorables a la tipificación penal de un hecho; argumentando no parecer que los prelegisladores y los legisladores de otros países europeos, hayan sopesado adecuadamente las consideraciones utilitaristas de necesidad de pena con las garantistas de merecimiento penal, admitiendo que en este caso más que en otros, se hace especialmente difícil la concreción de tal merecimiento debido a las especiales connotaciones que supone el principio de proporcionalidad³¹⁵; sólo con la certeza del daño causado y constatación de la importación de los diversos aspectos implícitos en las practicas biomédicas y biotecnológicas se puede establecer con exactitud de la reprochabilidad social y en consecuencia la estimación de los mininos y máximos penales, a través de los cuales se satisface la razonabilidad y proporcionalidad de la sanción.

PERIS REIRA exige tener en cuenta que respecto de determinadas conductas propias de la biomedicina y la biotecnología existe ya una cobertura normativa general muy reciente que marca un espacio de licitud a las manipulaciones genéticas, argumentando que con razón a la inexistencia normativa de determinada época se entendían permitidas las practicas relacionadas, de modo que mientras un determinado comportamiento manipulador no se lesionara o pusiera en peligro

³¹⁵PERIS RIERA. J.M op. cit. 43., retoma en apartes argumentos de AMELUNG incluidos por la autora SILVIA SANCHEZ, J.M. , Sobre la relevancia jurídico – penal de la no inmediatez en la producción de resultados,, en Estudios Penales en memoria del Prof. Agustín Fernández – Albor, Santiago de Compostela, 1989. Págs. 677 y s.s.

un bien jurídico tutelado por el Derecho penal o administrativo no era viable de sanción Jurídica³¹⁶.

El análisis de licitud e ilicitud en España, respecto de las actividades relacionadas con la manipulación genética comienza por hacer referencia a la viabilidad que otorga la Constitución Política de 1.978 desde donde pareciera encontrarse legitimada la investigación genética³¹⁷; autorización que traslada la responsabilidad al derecho penal de establecer e identificar desde los derechos fundamentales que siempre gozaran de estimación como bienes jurídicos tutelables, cuáles son las restricciones al ejercicio de la investigación científica.

En esta discusión sobre los límites de la investigación científica y la búsqueda de protección a bienes jurídicos son llamativas las posiciones que no otorgan derechos a estadios de formación humana anteriores al nacimiento humano, son aquellas que permiten viabilizar la incursión de las biotecnologías de la manipulación genética; al desconocer principalmente la existencia y exigencia del derecho a la vida; cerrando desde ese argumento la posibilidad de aceptar

³¹⁶ CUERDA RIEZU, A., Los delitos relativos a la manipulación genética y a la inseminación artificial no consentida en el proyecto del Código Penal de 1992, en: El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano, Fundación BBV (en prensa) citado por: PERIS RIERA. J.M. p. 45.

³¹⁷ Los artículos 44.2, 148.1.17 y 149.1.15 reglamentan la libertad de investigación científica. Artículo 44.2 dice: los poderes públicos promoverán y tutelarán el acceso a la cultura, a la que todos tienen derecho. Artículo 148.1.17: las comunidades autónomas podrán asumir competencias en las siguientes materias: el fomento de la cultura, de la investigación y, en su caso, de la enseñanza de la lengua de la comunidad autónoma. Artículo 149.1.15: el Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: Fomento y coordinación general de la investigación científica. De igual forma, de manera indirecta se hace referencia al artículo 20 literal a) dispone: se reconocen y protegen los derechos a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción; este último artículo resulta ser más impreciso que los anteriores, sin embargo su estructura permitiría dar alcance a las libertades propias de la investigación científica, para permitir su viabilidad mediante interpretación propositiva del mismo.

menoscabados los derechos sobre aquel que desde dicha óptica aún no los ejerce; en consecuencia, entraría en juego la voluntad de las personas en cuanto a permitir la práctica u obtención de elementos corporales básicos para la realización de las mismas; éste último también genera, pese a la libertad y autodeterminación del individuo, intromisión del Estado por cuanto a éste le corresponde proteger en ocasiones recurriendo a las bondades de ser autoridad, actuar como limitante de la libertad personal salvaguardando los intereses comunes a la sociedad; para evitar alteraciones del estándar de individuo, propendiendo por la preservación de la especie humana, argumento poseedor del mayor fundamento normativo entre los esgrimidos en torno al porqué de la restricción de las técnicas biotecnológicas.

Los avances en el conocimiento del genoma humano y las posibilidades de intervención sobre él por medio de la ingeniería genética han planteado nuevas necesidades de protección jurídica de los bienes jurídicos implicados o de reforzar la misma, en caso de dotarse con tal protección. En este sentido son inimaginables en el ámbito de la genética diversos caminos de regulación entre los cuales se deben enunciar:

- El auto control individual o deontológico de la comunidad investigadora.
- Garantías administrativas de carácter procedimental
- A introducción de tipos civiles de Protección o su fortalecimiento
- Prohibiciones penales³¹⁸.

³¹⁸ROMEO –CASANOBA., Carlos M., genética y derecho penal: los delitos de lesiones al feto y relativos a las manipulaciones genéticas. En revista DS vol. 4. Núm 2, Julio – Diciembre 1996.

La regulación de las biotecnologías y las ciencias biomédicas exigen flexibilidad adecuada de modo que esté asegurada la mayor libertad posible en la investigación y que se prevengan al mismo tiempo de manera eficaz las derivaciones de ella no deseables socialmente.

El análisis referente al problema para ejercer el control penal de las manipulaciones genéticas es realizado en el marco de los principios del derecho penal contemporáneo. Inicialmente la necesidad de regulación penal es causada por la exigencia de la sociedad, pues antes no existía interés en determinar si en efecto se generaba daño a bienes jurídicos tutelables; situación que enfrentaba nuevamente las vertientes que encuentran en la identificación y sanción de las conductas, el camino para controlar la ilicitud, contraria a las encaminadas a demostrar que la prevención es más efectiva que la sanción, es decir, las corrientes penalizadoras versus las despenalizadoras.

Este evento, el de la manipulación genética, confirma que la norma penal por lo general es sobreviviente a la aparición de los hechos, al menos que se trate como al comienzo de la positivización normativa, de adoptar con ajustes, disposiciones legales desarrolladas en otros países; es apenas natural en el entendido que la conducta humana en realidad es imprevisible. Hoy día la sociedad se encuentra en la disyuntiva de establecer la forma más correcta de abordar la manipulación genética, bajo el riesgo de confirmar con los resultados del futuro que seguramente

serán logrados, que las restricciones legales deben someterse exclusivamente a lo probado, evitando así absorber con la prohibición el incentivo de buscar soluciones a las problemáticas individuales y sociales como los que ofrece la investigación científica; objetivos que muchas veces deben atravesar primero medios aparentemente prohibidos para lograr poner al servicio de la comunidad descubrimientos útiles.

El autor compara la vacilación legal en cuanto a la forma de abordar la manipulación genética, con situaciones anteriores como las relacionadas con el medio ambiente y con la delincuencia económica, argumentando que con la independencia de lo que se dirá después, esos eventos sirven para sugerir la cautela con la que hay que proceder a la hora de penalizar en materias como ésta; para ilustrar, destaca a LUTGGER³¹⁹el proceso dinámico a que se ha visto sometido el juicio de la ciencia respecto de temas como por ejemplo, el de la endemia nación artificial; donde en breve espacio de tiempo ha pasado de recomendar enfervorizadamente su penalización a defender su total rechazo de la misma.

Señala de la doctrina la ocupación de legislar la manipulación genética más de lege ferenda que de lege data³²⁰, es decir emitiendo leyes que más adelante puedan ser reglamentadas a cambio de proferir normas que puntualmente aborden y desarrollen el asunto, dando espacio a existencia de posiciones contradictorias pero

³¹⁹LUTGGER, H. Medicina y Derecho Penal. Publicaciones del instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid. Edersa. Madrid, 1984. Pág. 13.

³²⁰Ibid. P. 72.

válidas, como es el caso de permitir y fomentar la investigación científica en categoría de derecho fundamental, limitando la protección de bienes jurídicos; estos últimos de los cuales pareciera no existir certeza en cuanto a su lesividad.

Son incorporadas posiciones a favor de la penalización de las técnicas manipuladoras de la genética, insinuando que el camino del derecho penal debe ser coherente con los desarrollos previos, mantener la línea de restricción que ya se ha establecido en otros casos con posibles menores impactos sociales; tal exhortación pareciera ser similar a lo que en la normatividad Colombiana y sus respectivas técnicas y enfoques de interpretación se conoce como precedente judicial³²¹, el, cuál es establecido en caso de aplicación, pero hasta ahora no abordado en cuando a la obligación de encausar y limitar la existía de las normas a una sola línea; es decir, si lo que se busca es reglamentar un tema, cada norma posterior que se emita debería guardar similitud en motivación, enfoque y finalidad para evitar universos

³²¹Bajo el propósito de evitar interpretaciones contrarias, las Altas Cortes colombianas han afianzados e incluso incorporado en normas, las figuras de precedente judicial y jurisprudencia como criterio de partida para la interpretación y aplicación normativa. Esto prácticamente significa que el sentido en el que se analice un caso y los argumentos que lo fundamenten, deberán ser tenidos en cuenta en hechos futuros con similitud de objeto. En términos propios de la Sentencia T-360 de 2014 se define Por precedente, por regla general, aquella sentencia o conjunto de sentencias que presentan similitudes con un caso nuevo objeto de escrutinio en materia de (i) patrones fácticos y (ii) problemas jurídicos, y en las que en su ratio decidendi se ha fijado una regla para resolver la controversia, que sirve también para solucionar el nuevo caso. Para ello ha diferenciado dos clases de precedentes teniendo en cuenta la autoridad que profiere la providencia previa: el horizontal y el vertical. El primero hace referencia a aquellas sentencias fijadas por autoridades de la misma jerarquía o el mismo operador judicial. El segundo, se relaciona con los lineamientos sentados por las instancias superiores encargadas de unificar jurisprudencia dentro de la respectiva jurisdicción o a nivel constitucional. Así, para la mayoría de asuntos, el precedente vertical que deben seguir los funcionarios judiciales lo determina la Corte Suprema de Justicia o el Consejo de Estado, como órganos de cierre dentro de su respectiva jurisdicción. En los casos en los que no son susceptibles de ser revisados por las autoridades mencionadas, son los tribunales los encargados de establecer criterios hermenéuticos para los operadores judiciales inferiores.

de normas jurídicas que en el campo de la interpretación permitan la existencia de posiciones evidentemente contrarias.

Esta insinuación podría incluso permitir economía judicial, en el entendido que mediante esto se tendría por imperativo a adopción de los argumentos y principios que rigieron el análisis previo de la misma materia objeto de reglamentación.

Se conservaría el análisis de utilidad de la amenaza penal y de intervención penal,

Lo anterior facilita sintetizar la posición en que todo el esfuerzo legislativo que se hubiere invertido para analizar la permisibilidad, restricción o limitación de la manipulación genética, sin importar la modalidad, debe ser mantenido como soporte para cualquier otra expresión de ésta. Si esta posición es interpretada respecto de la declaración Universal del Genoma Humano como patrimonio común a la humanidad, y en consecuencia éste concepto se traduce en el bien jurídico objeto de tutela, cualquier práctica manipulatoria sobre aquel, se entendería prohibida sin necesidad de incurrir en análisis especiales, porque previamente a establecer que el Genoma Humano es un bien jurídico tutelable, se entiende agotada una profunda revisión que cierra la posibilidad de encontrar argumentos en cualquier variedad de manipulación sobre éste, conducente a permitirla.

En suma es traída de presente, la interpretación de MONTAVANI³²², aun mostrándose favorable a la penalización de ciertas conductas con sujeción a los principios mencionados, orienta el recurso de tutela penal hacia el racional principio

³²²MONTAVANI, F. *Delitticontrol'essereumano*, cit. Pags. 453 y 454.

leges non sunt multiplicandae sine necessitate (entendido que también en el específico marco de las actividades biomédicas debe hacerse frente al fenómeno de la inflación penal especial y la degradación de la técnica legislativa), y afrontar la tutela desde la centralización del Código Penal, aunque para ello se deba acudir, también y solo cuando sea necesario, a un derecho penal preventivo eligiendo de entre los modelos, aquellos de importancia primaria ya adoptados en la legislación italiana y en los proyectos, sin descartar la revisión que debe hacerse de los antes catalogados como bienes jurídicos dignos de tutela, en tiempos en que la tecnología no hacía parte de la cotidianidad.

También hay referenciación de grupos menos radicales, que ven como suficiente, para la transgresión de los límites permitidos en el ámbito de las nuevas técnicas genéticas, la imposición de sanciones administrativas que, en nuestra legislación, son ya de una enjundia muy notable.

De la anterior contextualización doctrinal se procede hacer alusión de los tipos penales existentes, por su parte la legislación penal Española consagra en sus artículos 159 y s.s.

Tipos penales:

Artículo 159.

1. Serán castigados con la pena de prisión de dos a seis años e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio de siete a diez años los que, con finalidad distinta a la eliminación o disminución de taras o enfermedades graves, manipulen genes humanos de manera que se altere el genotipo. 2. Si la alteración del genotipo fuere realizada por imprudencia grave, la pena será de multa de seis a quince meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio de uno a tres años.

Artículo 160.

1. La utilización de la ingeniería genética para producir armas biológicas o exterminadoras de la especie humana, será castigada con la pena de prisión de tres a siete años e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio por tiempo de siete a 10 años. 2. Serán castigados con la pena de prisión de uno a cinco años e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio de seis a 10 años quienes fecunden óvulos humanos con cualquier fin distinto a la procreación humana. 3. Con la misma pena se castigará la creación de seres humanos idénticos por clonación u otros procedimientos dirigidos a la selección de la raza.

Artículo 161. 1. Quien practicare reproducción asistida en una mujer, sin su consentimiento, será castigado con la pena de prisión de dos a seis años, e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio por tiempo de uno a cuatro años. 2. Para proceder por este delito será precisa denuncia de la persona agraviada o de su representante legal. Cuando aquélla sea menor de edad, persona con discapacidad necesitada de especial protección o una persona desvalida, también podrá denunciar el Ministerio Fiscal.

Artículo 162. En los delitos contemplados en este título, la autoridad judicial podrá imponer alguna o algunas de las consecuencias previstas en el artículo 129323 de este Código cuando el culpable pertenezca a una sociedad, organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedique a la realización de tales actividades.

³²³ Artículo 129.1. En caso de delitos cometidos en el seno, con la colaboración, a través o por medio de empresas, organizaciones, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que, por carecer de personalidad jurídica, no estén comprendidas en el artículo 31 bis, el juez o tribunal podrá imponer motivadamente a dichas empresas, organizaciones, grupos, entidades o agrupaciones una o varias consecuencias accesorias a la pena que corresponda al autor del delito, con el contenido previsto en las letras c) a g) del apartado 7 del artículo 33. Podrá también acordar la prohibición definitiva de llevar a cabo cualquier actividad, aunque sea lícita.2. Las consecuencias accesorias a las que se refiere en el apartado anterior sólo podrán aplicarse a las empresas, organizaciones, grupos o entidades o agrupaciones en él mencionados cuando este Código lo prevea expresamente, o cuando se trate de alguno de los delitos por los que el mismo permite exigir responsabilidad penal a las personas jurídicas.3. La clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial podrán ser acordadas también por el Juez Instructor como medida cautelar durante la instrucción de la causa a los efectos establecidos en este artículo y con los límites señalados en el artículo 33.7.

De ellos pueden proponerse lo ilustrativas que resultan las consideraciones de la doctrina que pese a ser dispares en cuanto a sus opiniones respecto de la inclusión en la normatividad penal; algunos consideran que estas actividades deben regularse especialmente en normatividad exclusiva; propendiendo por que ésta pueda acondicionarse y resulte flexible; de manera que satisfaga las variables que presenten los insospechados avances permitiendo su adaptación con mayor facilidad a los imparable avances científicos; teniendo como base que desde el prisma del bien jurídico protegido, el delito se presenta como un tipo de “peligro abstracto” enfocado hacia la tutela de las condiciones de supervivencia de la especie humana frente al peligro que deriva de la ingeniería genética como medio de producción de las armas biológicas o exterminadoras³²⁴, visión real y contraria a aquella demostrativa de que en la manipulación genética hay aplicación positiva cuando sirve al tratamiento de enfermedades genéticas y al estudio del sistema inmunitario. la normativa va encaminada a asegurar el castigo a las acciones manipulatorias; situación representativa del cambio, en el sentido de haberse impregnado de vitalidad las disposiciones, en razón a la fehaciente realidad de las prácticas reglamentadas o que el código penal castiga los aspectos negativos que pueden derivarse de la manipulación genética de forma muy amplia e imprecisa provocando acertadas críticas sobre la ambigüedad de las acciones típicas susceptibles de sanción.

³²⁴ AGUILERA CABRERA, Denis Adán. Op. cit. p. 25.

Hasta hace poco se consideraba que el Código penal tenía una función simbólica en esta materia, sin embargo los avances de los investigadores, que, en algunos casos, están trabajando ya en la clonación de un ser humano, parecen dar la razón a los que estiman que la legislación administrativa no es suficientemente coercitiva y que hay que permitir que la legislación penal intervenga para limitar las consecuencias nefastas de la manipulación genética.

Empero, buscando identificar cuáles son los bienes jurídicos que están en juego y motivan los tipos penales de la manipulación genética, CASTELLO NICAS³²⁵ considera como punto de partida para dicho análisis la determinación plena del momento en que se pone en peligro una vida humana bien sea por que se niegue el uso de experimentaciones genéticas o porque se permita la experimentación; se sugiere la necesidad de encontrar punto de equilibrio que permita la investigación y el avance científico en el contexto del respeto por la humanidad, resaltando que las tipologías de manipulación genética deben construirse como figuras centradas en la protección de todos aquéllos intereses jurídicos que, desde una perspectiva constitucional, suponen el entramado de propiedades y características inherentes a la persona humana, revisar la asertividad en la identificación correcta del bien jurídico a proteger y si éste tiene rango constitucional y en efecto establecer la naturaleza de los bienes jurídicos propendiendo por determinar si corresponden al contexto individual o colectivo.

³²⁵ CASTELLO NICAS, Nuria, El bien Jurídico en el Delito de Manipulaciones Genéticas del artículo 159 del Código Penal Español. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. RECPC 04-04 (2002). En: criminet.urg.es.

En la revisión que hace la autora del tipo penal o delito del artículo 159 del Código Penal considera:

“La conducta que sanciona dicho precepto consiste en la manipulación de genes humanos de manera que se altere el genotipo”.

Ello supone que de manera directa no se está lesionando un bien jurídico de naturaleza individual como puede ser la vida humana, ya sea de carácter dependiente, ya de naturaleza independiente, puesto que no se están castigando actuaciones homicidas o abortivas; mucho menos la salud de las personas, desde el momento en el que se excluye de la punición aquéllas conductas tendentes a la eliminación o disminución de taras o enfermedades graves, además de que tampoco se incide inmediatamente sobre personas (lesiones) o fetos (lesiones al feto) .

Lo mismo puede decirse de un bien jurídico tan personal como falto de concreción como es la dignidad humana, aunque "Todos ellos adquieren un protagonismo cierto en la configuración de estas conductas en el marco penal, en sus diferentes tipologías y títulos, y en sede administrativa". Esto es, todos ellos son referente último y razón última de ser de la prohibición de estas actuaciones, pero de manera directa no se puede decir que el objeto de protección sea la vida o la salud o la dignidad personal”.

Afirma que en el evento en que el legislador castiga la manipulación de genes humanos de manera que se altere el genotipo, lo que quiere evitar es precisamente modificaciones en la esencia del ser humano.

- Por ende el tipo penal busca proteger la inalterabilidad de determinadas características de la especie humana al tiempo que su pluralidad y variedad genética.
- Se propende por la protección integral la especie humana y su normal desarrollo.
- Cumple una doble función, protección y prevención.
- El tipo penal es una referencia indirecta, rebozada de conexidad con los bienes jurídicos de la vida y salud.
- Cumple función simbólica en cuanto no es posible determinar acualmente el sinnumero de experimeintos e investigaciones símiles que podrán adelantarse a futuro.

Estas disposiciones pueden encajar en los tipos penales nominados “en blanco”³²⁶ dejando la precisión y alcance en la reglamentación de norma

³²⁶En Colombia el referente más importante para analizar la visión legal que ofrece la normatividad en relación con la permisibilidad o no de los tipos penales en blanco, se encuentra en la jurisprudencia constitucional; que ha denominado ésta clasificación tipológica como “delitos y penales indeterminados o tipos penales abiertos; La Corte ha entendido que los derechos constitucionales de los asociados se erigen en límite de la potestad punitiva del Estado, de manera que su núcleo esencial y criterios de razonabilidad, proporcionalidad y estricta legalidad, constituyen límites materiales para el ejercicio ordinario de esta competencia estatal. Estos criterios se aplican tanto a la definición del tipo penal como a la sanción imponible. “1. Deber de observar la estricta legalidad. En punto a este deber, la Corte ha señalado (i) que la creación de tipos penales es una competencia exclusiva del legislador (reserva de ley en sentido material) y que (ii) es obligatorio respetar el principio de tipicidad: “nullum crimen, nulla pena, sine lege previa, scripta et certa”. De manera que el legislador está obligado no sólo a fijar los tipos penales, sino que éstos tienen que respetar el principio de irretroactividad de las leyes penales (salvo favorabilidad), y definir la conducta punible de manera clara, precisa e inequívoca. “2. Deber de respetar los derechos constitucionales. En relación con los derechos constitucionales, la Corte ha señalado que los tipos penales, se erigen

administrativa; mientras que en otros asuntos también asociados a la manipulación genética como lo es la fecundación de óvulos a través de técnicas de reproducción asistidas, ya existe en la legislación española reglamentación mediante la ley 14 de 2006³²⁷ y el Real Decreto 2132 de 2004³²⁸ *ente otros*.

en mecanismos extremos de protección de los mismos, y que, en ciertas ocasiones el tipo penal integra el núcleo esencial del derecho constitucional. Por lo mismo, al definir los tipos penales, el legislador está sometido al contenido material de los derechos constitucionales, así como los tratados y convenios internacionales relativos a derechos humanos ratificados por Colombia y, en general, el bloque de constitucionalidad. “3. Deber de respeto por los principios de proporcionalidad y razonabilidad. Respecto de la proporcionalidad y la razonabilidad del tipo penal y su sanción, la Corte ha indicado que al establecer tratamientos diferenciales se somete a un juicio estricto de proporcionalidad del tipo, así como de la sanción. La proporcionalidad, implica, además, un juicio de idoneidad del tipo penal. Así, ante la existencia de bienes jurídicos constitucionales, el legislador tiene la obligación de definir el tipo penal de manera tal que en realidad proteja dicho bien constitucional (...). “6. En suma, al igual que ocurre con el resto de competencias estatales, el ejercicio del poder punitivo está sujeto a restricciones constitucionales, tanto en lo que respecta a la tipificación como a la sanción. No podrán tipificarse conductas que desconozcan los derechos fundamentales, que no resulten idóneas para proteger bienes constitucionales o que resulten desproporcionadas o irrazonables. Lo mismo puede predicarse de las sanciones. Estas restricciones, como se indicó antes, operan frente a toda decisión estatal en materia punitiva. La jurisprudencia ha reconocido un amplio espacio de configuración legislativa en orden a determinar que bienes jurídicos son susceptibles de protección penal, las conductas que deben ser objeto de sanción, y las modalidades y la cuantía de la pena. No obstante, debe tratarse de una prerrogativa sujeta a límites. Estos límites están dados fundamentalmente por el respeto a los derechos constitucionales de los asociados, el deber de respetar el principio de legalidad estricta, y los criterios de razonabilidad, proporcionalidad, aplicables tanto a la definición del tipo penal como a la sanción imponible. Dentro de las garantías que involucra el principio de legalidad estricta se encuentra la prohibición de delitos y penas indeterminadas. En relación con este aspecto se han estudiado los tipos penales en blanco, respecto de los cuales la jurisprudencia ha admitido su constitucionalidad siempre y cuando la remisión normativa permita al intérprete determinar inequívocamente el alcance de la conducta penalizada y la sanción correspondiente. Dentro de los límites constitucionales que se imponen al legislador para el ejercicio de la potestad de configuración de los delitos y de las penas, se encuentra también el debido proceso (Art. 29), y como una garantía a él adscrita la prohibición de doble incriminación, a la que se hará referencia a continuación³²⁶.

³²⁷Según el artículo primero tiene como finalidad: regular la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida acreditadas científicamente y clínicamente indicadas, la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida en la prevención y tratamiento de enfermedades de origen genético, siempre que existan las garantías diagnósticas y terapéuticas suficientes y sean debidamente autorizadas, al igual que los supuestos y requisitos de utilización de gametos y preembriones humanos crio conservados, a la vez de prohibir la clonación de seres humanos con fines reproductivos.

³²⁸ Regula el destino de los preembriones humanos supernumerarios que hayan sido crioconservados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 45/2003, de 21 de noviembre, por

En todo caso, desde el campo de la subjetividad las conductas realizadas deben ser dolosas, intención que solo puede ser determinada una vez se realiza el estudio de la finalidad de la acción tipificada; igualmente deben converger, la libre voluntad para evitar la configuraciones de causales de exclusión de responsabilidad, y la ilicitud respecto de la cual debe corresponder efectivamente a la prohibición, que es la repetición de un ser humano, enfatizando en que en materia de manipulación genética tendientes a obtener seres humanos, está permitidas todas aquellas asociadas a la infertilidad y caso de no identificarse con exactitud absoluta la modalidad de la conducta podría carecer de ilicitud el procedimiento realizado.

Para AGULAR CABRERA³²⁹, los tipos penales de la legislación española están tendencialmente dirigidos a la tutela de aquellos valores sociales fundamentales según el sistema valorativo de la ideología que la sustenta; fundamentada en el principio de ofensividad del bien jurídico penal; es decir, que la conducta que lesione el bien jurídico debe tener determinada previamente la sanción penal y estar consignada en el correspondiente tipo penal, es lo que en Colombia se resume en el concepto de preexistencia normativa que otorga legalidad³³⁰ a los procesos y

la que se modifica la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida, y tiene por finalidad determinar las condiciones específicas para que las estructuras biológicas obtenidas en el momento de su descongelación puedan ser utilizadas con fines de investigación dentro de los límites y en las condiciones previstas en la disposición final primera de dicha ley. Asimismo se establece el procedimiento mediante el cual los centros de reproducción humana asistida que tengan preembriones que hayan sido crioconservados con anterioridad a la entrada en vigor de la citada ley deberán solicitar el consentimiento informado de las parejas progenitoras, o de la mujer en su caso, para tal destino.

³²⁹ AGUILERA CABRERA, Denis Adán. Op. cit. p. 33.

³³⁰Es claro que en el artículo 29 el Constituyente de 1991 consagró de manera expresa el denominado principio de legalidad, “nullum crimen, nullapoena sine lege”, principio tradicionalmente reconocido y aceptado como inherente al Estado democrático de derecho, sobre el cual se sustenta

actuaciones que se deriven; este criterio es fundamental en la política criminal³³¹; este no es el único de los aspectos a abordar en el breve análisis de prerrogativas a sancionar en los tipos penales de la legislación española; está impregnada de una mayor dificultad para la protección penal y en consecuencia la correcta aplicación de las disposiciones penales, cuando como se ha registrado en otras líneas un determinado episodio resultante de la manipulación genética, puede terminar en un suceso no previsto expresamente por la norma, siendo este fuerte fundamento, de quienes proponen en asuntos de biotecnología y manipulación genética, el establecimiento de tipos penales abiertos, que permitan al juzgador e instancias expertas como los comités, participar en la concreción de la conducta, la valoración de la gravedad del daño para determinar el quantum punitivo dentro del rango de los mínimos y máximos establecidos para cada delito, por supuesto, siempre que

la estricta legalidad que se predica del derecho penal, característica con la que se garantiza la no aplicación de la analogía jurídica en materia penal, la libertad de quienes no infringen la norma, y la seguridad para quienes lo hacen de que la pena que se les imponga lo será por parte del juez competente, quien deberá aplicar aquella previamente definida en la ley, apartes de la Sentencia C-739/2000. Atinente a este principio fundamental en la actuación y juzgamiento penal la jurisprudencia ha señalado que para imponer sanciones penales, “no basta que la ley describa el comportamiento punible sino que además debe precisar el procedimiento y el juez competente para investigar y sancionar esas conductas (CP arts. 28 y 29)”. Por ende, para que se pueda sancionar penalmente a una persona, no es suficiente que el Legislador defina los delitos y las penas imponibles sino que debe existir en el ordenamiento un procedimiento aplicable y un juez o tribunal competente claramente establecidos. El principio de legalidad equivale a la traducción jurídica del principio democrático y se manifiesta más precisamente en la exigencia de *lex previa y scripta*. De esta forma, al garantizar el principio de legalidad se hacen efectivos los restantes elementos del debido proceso, entre ellos la publicidad, la defensa y el derecho a la contradicción. Desde esta perspectiva, interesa al juez constitucional que el legislador observe dichos elementos. Desde ese punto de vista, la vigencia de la ley conlleva su “eficacia jurídica...” Sentencia C-444/11.

³³¹ *Ibíd.* p. 34.

los referidos análisis se hagan en estricta observancia y cumplimiento de las garantías propias del proceso penal.

CAPÍTULO VI

CONCLUSIONES

En el desarrollo de ésta investigación he confirmado lo intrincado que resulta establecer conclusiones en materia de desarrollo tecnológico en el campo de la genética y a su vez, en la determinación del posible alcance y aplicación del derecho penal; precisamente porque en cada etapa desarrollada solo me ha sido posible confirmar que, desde el indeterminado universo de la investigación científica y en todo aquello que sea resultado de la invención y adelanto humano no se pueden establecer últimas palabras sino que por el contrario, estimo como lo más conveniente establecer criterios sólidos cimentado en inamovibles perennes; misma deducción aplicable a las conclusiones en materia de derecho y específicamente en el derecho penal , basado en utópico que resultaría hoy determinar cuántas caras, matices o tonalidades deberá desliar el derecho penal.

En consecuencia a lo anterior, la leyes naturaleza han demostrado su efectividad, cuando revisamos el presente y evidenciamos como éstas han permitido el desarrollo social, individual, persona, familiar; la protección de garantía, el establecimiento de deberes, cumplimientos de derechos; siendo estas las que mayor preocupación despiertan en los debates sobre los temas aludidos.

Esta primera preocupación se fundamenta esencialmente en el riesgo que representa la anulación de las bases sociales y por supuesto jurídicas; estas bases se resumen en los conceptos de ética, moral y valores. No en vano la definición de “base” es, “el fundamento o apoyo principal de algo”; razón por al cual mi posición frente a la permisibilidad y desarrollo de la investigación científica genómica y del derecho está en la obligación de mantener indemnes estos conceptos; en mi criterio personal me uno a las intenciones de la mayoría de organismos internaciones que fehacientemente han promovido la prohibición de la manipulación genética con fines clónico- humano.

Al igual que la mayoría de invenciones registradas a través de la historia, las biotecnologías con fines de manipulación genética tienen esencialmente dos rostros, uno muy favorable para la vida y la salud de las personas, máximos valores o bienes jurídicos por excelencia y otro desconocido. En el último caso las prerrogativas normativas deben ser irrefutables, de manera que la destinación del desarrollo solo sea favorable a la sociedad y su vez se proteja la investigación científica como un agregado social, se respeten los derechos del personal científico, el libre desarrollo de la personalidad, el ejercicio seguro de la profesión y el cumplimiento y logro de los fines altruistas que les motiva la práctica científica.

En cuanto al derecho penal, la naturaleza sancionatoria y coercitiva del mismo pareciera representar la mayor dificultad, considerando que la aplicación exige muchas garantías como es el caso de la preexistencia normativa, por ser el criterio que asegura la mayoría de las garantías fundamentales propias del proceso; digo dificultad, porque precisamente los efectos de las acciones manipulatorias no puede determinarse ni plasmarse con certeza.

Esta situación da a los tipos penales en blanco el valor como la alternativa más adecuada en pro de la investigación y sanción de las conductas asociadas, aunado al establecimiento de órganos e instancias consultivas tanto del campo de la ciencia genética como del derecho penal que de manera previa coadyuven con la identificación puntual de los bienes jurídicos tutelables y dentro de los procesos investigativos otorguen instrumentos irrefutables sobre la lesividad de la conducta y el grado de conocimiento del infractor, la evaluación de la intensión y en consecuencia así, poder determinar la existencia de los requisitos esenciales para la imposición de una sanción penal o administrativa según corresponda.

Lo cierto es que son tantas las finalidades de la manipulación genética y es tan importante contar con las características diferenciales de cada nación para

poder desarrollar las normas. España se ha ocupada bastante del tema y por esa razón han sido empleados en esta investigación los elementos comparativo sus pronunciamientos institucionales al igual que las colmadas investigaciones ofrecidas por la doctrina; en suma, cuenta con instituciones tanto de orden públicas como privadas dedicadas a mejorar la calidad de vida de las personas con apoyo en el desarrollo científico, sin embargo, pese a que por ejemplo en el continente asiático el interés por el desarrollo de la investigación científica – genética está orientado a encontrar alternativas para la satisfacción de la demanda alimenticia y en Colombia a pesar a que el común de la justificación de los países está enfocado a encontrar soluciones a problemas degenerativos de la salud, en mi país la situación se ha enfocado más a la preservación de la diferencia étnica, sobre las cuales hay evidencia de inmunidad sobre enfermedades que azotan frecuentemente otras poblaciones, es apenas normal toda vez que en materia de preservación y recuperación de salud, aún existen condiciones que no requieren de soluciones encontradas en las biotecnológicas que no son aseguradas a la población.

En los avances normativos hay un gran esfuerzo por afrontar la manipulación genética desde el derecho penal, administrativo, ética de los científicos y organismos vinculados; falta desarrollo en el campo empresarial y comercial que determine, no sea que las preocupaciones del Dr. CASTRO MORENO en otras esferas donde los intereses económicos evolucionan orientados a encontrar incluso espacios geográficos sobre los cuales no recaiga aplicación normativa, las grandes empresas que encuentran en la manipulación genética un verdadero fortín, acuda a estas opciones materializando riesgos temidos como es la ineficacia normativa y la clandestinidad. Ya hemos visto como cada día más el tráfico de órganos se convierte en un mercado fuerte, por lo que las normas en materia comercial también deberá articularse al propósito de protección de bienes jurídicos.

A modo de conclusiones:

- Los valores, la ética, la moral y las costumbres naturales también son patrimonio común a la humanidad.
- No se puede determinar con precisión cuantos y cuales derechos fundamentales están en riesgo con el desarrollo científico con fines genéticos, se consideran involucrados valores socialmente históricos que pueden gozar de la calificación de derechos como la dignidad humana, la salud, la identidad, la familia como patrimonio común a la humanidad y base de la organización social y política.
- Sin duda alguna, son muchos los beneficios que pueden desprenderse de desentrañar la cartografía del genoma humano; situación respecto de la cual, una vez finalizada con exactitud dicho cartograma podría tratar de establecerse un listado de opciones, conductas y en consecuencia una más completa tipología de conductas, así como de bienes jurídicos a tutelar.
- El concepto Libertad es común tanto en el derecho penal como el derecho de la población científica, e incluso del personal sanitario. La libertad es el centro del Derecho Penal, es el elemento subjetivo de la objeción de conciencia y es el motor de la investigación científica.
- El desarrollo científico es necesario dentro de una sociedad que ha generado tantas invenciones que en consecuencia causan nuevas enfermedades y deterioro a la propia salud.
- El empleo de la manipulación genética en el propósito de obtener armas biológicas o destructoras de la especie humana, es uno de los principales.

- A través de la historia se ha librado muchas luchas para eliminar la discriminación, a través de la manipulación genética con enfoque eugenésico se abre nuevamente la posibilidad. Este debe ser una de las más sólidas restricciones y en consecuencia debe establecerse como un bien jurídico digno de tutela, el de la diversidad étnica universal.
- Se encuentre en los tipos penales en blanco la mayor probabilidad de acreditar el elemento culpabilidad, establecer la atipicidad de la conducta y demostrar la intencionalidad en la conducta realizada. Mismo que aportan a análisis de inimputabilidad o ausencia de responsabilidad. El derecho penal debe ser estable y permanente.
- En materia de objeción de conciencia deberá estudiar el ejercicio hipotético de este derecho a personas individuales que trabajan para entes ficticios, en el caso de Colombia jurisprudencialmente la objeción de conciencia no es institucional sino exclusivamente individual.
- El consentimiento informado representa un deber y a su vez un derecho, instrumento afianzador de las garantías fundamentales.
- Estamos más seguros dejando el don y milagro de la Vida exclusivamente a Dios.

GLOSARIO

- BANCO GENÉTICO:** Es el archivo del material biológico humano (o de otra procedencia) consistente en genes o productos que impliquen su existencia y demuestren con precisión su naturaleza, así como también el archivo debidamente custodiado de la información médica computada, que con determinadas restricciones de alcance, acceso y duración en el tiempo, puede ser consultado por la autoridad competente con fines precisos y sin interferir con los derechos constitucionales de las personas.
- BIODERECHO:** Es la rama del Derecho que regula el desarrollo de la genética y su influencia en el ser humano, las especies animales y vegetales y el medio ambiente, de manera directa o indirecta.
- BIOJURISPRUDENCIA:** Consolidado de jurisprudencia emitidas por los altos tribunales relacionadas con el desarrollo de la genética y el impacto sobre los derechos de las personas.
- CÉLULAS:** Unidad anatómica fundamental de todos los organismos vivos, generalmente microscópica, formada por citoplasma, uno o más núcleos y una membrana que la rodea.

CÉLULAS MADRES: Son células no especializadas que tienen la asombrosa capacidad de convertirse en muchos tipos de células diferentes del cuerpo. Al servir como una especie de sistema de reparación para el cuerpo, pueden dividirse potencialmente sin límite para reponer otras células que se hayan dañado.

CLONACION

REPRODUCTIVA: Representa el uso de las técnicas de manipulación genética para la obtención de seres humanos idénticos o repetidos.

CLONACIÓN

TERAPEÚTICA: Representa el uso de las técnicas de manipulación genética para el cultivo y reprogramación de células propias de una persona para reponer tejidos con disfunciones o deterioros.

CRIOCONSERVADOS: Es la técnica de conservación de material genético que se aplica manteniendo los embriones a menos de -130°C a punto donde el material embrionario queda parado. Deberá ser reversible y que se mantenga la integridad celular.

EUGENESIA:	Estudio de los métodos de control de las características de futuras poblaciones mediante emparejamiento selectivo.
FENOTIPO:	Constituye la expresión o manifestación del genotipo. El fenotipo puede referirse a una característica morfológica (longitud de los cuernos), productiva (peso del animal al destete), de comportamiento (querencia), fisiológica (niveles de estradiol en sangre), etc. y siempre será el resultado de la expresión de los genes de que es portador un individuo (genotipo) moldeada por multitud de factores ambientales.
GENOTIPO	Conjunto de factores hereditarios de un individuo o una especie.
GENES:	Son partículas submicroscópicas cargadas de información, portadora de todas las células humanas, animales, vegetales, bacterianas, por lo virus, por los priones y seguramente por toda la estructura viva aún no conocida.

GENÉTICA:	Ciencia que estudia la herencia biológica, es decir la transmisión de caracteres morfológicos y fisiológicos de un individuo a su descendencia.
GENOMA:	Conjunto de todos los genes de un organismo, de todo el patrimonio genético almacenado en el conjunto de su ADN o de sus cromosomas.
MEDICINA PREDICTIVA:	Disciplina que tiene como finalidad evaluar los factores de riesgo de cada persona frente a la enfermedad, y anticipar la respuesta al tratamiento con base en información genética.
MULTIPOTENCIA:	Característica o habilidad de las células madres que representa la cualidad de especializarse, renovarse.
TERAPIA GÉNICA:	Es el tratamiento consistente en la introducción de genes específicos en las células del paciente para combatir ciertas enfermedades.
TOPIPOTENCIA.:	Es la habilidad de una célula para dividirse y producir todas las células diferencias en el organismo.

PREEMBRIONES: es un concepto recientemente incorporado por algunos científicos al debate bioético con intención de diferenciar los primeros 14 días de desarrollo del embrión o cigoto humano del resto. Se trataría, por tanto, de la primera etapa de desarrollo, la etapa embrionaria.

PROYECTO GENOMA

HUMANO: Programa de investigación consistente en determinar la secuencia completa de nucleótidos de los cromosomas de la especie humana y de organismos modelos utilizados en experimentación.

BIBLIOGRAFIA

ABELLÁN, F., ANTEQUERA VINAGRE, José M., GARCIA GARCÍA. Ricardo., LARIOS RISCO, David., MARTIN SANCHEZ Isidoro., SANCHEZ CARO Javier., Libertad de Conciencia y Salud. Comares. Granada 2008.

AGUILAR CABRERA, Denis Adán. La Manipulación Genética y sus Repercusiones en el Derecho Penal en blogspot.com.

ALONSO OLEA, Manuel. Comentario a la STC 19/1985, en Jurisprudencia constitucional sobre trabajo y seguridad social, t. III (1985). Civitas Madrid. 1986.

ALVAREZ DE NEYRA KAPPLER., Susana. La prueba de ADN en el Proceso Penal. Editorial Comares. Albolote Granada. 2008.

ANDRIEU, philippe. ¿están locos los científicos? Clonación y manipulación de los seres vivos. 1ª edición. Libros del escarabajo. México. 2007.

ANGIONO, Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico, ed. Giuffre, Milano. 1983.

APARISI MIRALLES, Ángela. Bioética, Bioderecho y Biojurídica, las reflexiones desde la filosofía del Derecho en: www.boe.es.

Argumentos católicos contra experimentos de clonación en [:aciprensa@aciprensa.com](mailto:aciprensa@aciprensa.com)

ARIZA ROBLES, María Amelia. La objeción de conciencia a tratamientos médicos en la Jurisprudencia del tribunal Constitucional, en Boletín de la Facultad de Derecho, UNED, núm. 8-9 (1995).

ARRIETA, Juan Ignacio. “Las objeciones de conciencia a la ley y las características de su estructura jurídica” en Derechos Humanos. Órgano informativo de la Comisión de Derechos Humanos del Estado de México, número 54. Toluca, 2002,

BALLESTEROS, Jesús. Biotecnología y Posthumanismo. Primera Edición 2007. Editorial Aranzadi S.A. Pamplona.

BARRANCO AVILÉS, María del C. La teoría jurídica de los derechos fundamentales, Universidad Carlos III de Madrid y Dykinson, Madrid, 2000.

BARRIOS GARCÍA. Bárbara. “La Clonación: un Reto a la Responsabilidad de los Hombres”, revista latinoamericana de Bioética.

BATTAGLINI, Giulio, Direito penal, PG, trad. Paulo José da Costa Jr. Armida BergaminiMiotto y Ada Pellegrini Grinover, vol. 1, Saraiva, Sao Paulo, 1973.

BEIER, F.K. and STRAUSS, J. Genetic Engineering and Industrial Property.1986.

BENEYTO PÉREZ, J.M., artículo 16. Libertad ideológica y religiosa, en comentarios a las Leyes Políticas. Constitución Española. ALGAZA VILLAMIL, O. (dir), t. II, Edersa, Madrid, 1996.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, “El Medio Ambiente como bien jurídico Tutelado” en el Delito Ecológico. TROTTA, Madrid, 1992.

BERGEL, SALVADOR DARÍO. “Los Derechos Humanos entre la Bioética y la Genética” (2.002).

BERNAL PULIDO, Carlos. El Derecho de los Derechos, Escrito sobre la aplicación de los derechos fundamentales. Colombia. 2008.

BLAZQUEZ, Niceto. Manipulación genética, BAC, Edición Católica, Madrid. 1984.

BOTERO BERNAL. J. Fernando, De la Manipulación Genética en el Nuevo Código Penal Colombiano. 1ª edición 2001. Librería Jurídica Sánchez R. Ltda. Colombia.

BROCOLA, Teoría General del reato, Novissimo Digesto Italiano, T. XX, Torino 1973.

BUENO ARÚS, F., El genoma Humano: Aspectos legales, en El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano, Fundación BBV.

BUSTOS JAIMES I, CASTAÑEDA PATLÁN C, HERNANDEZ, J, RENDÓN HUERTAS E., REYES VIVAS H. y ROMERO ALVAREZ.I. Clonación humana: implicaciones biológicas y éticas. EN: <http://bq.unam.mx/mensajebioquimico>.

CAÑAL GARCIA, FRANCISCO J. Perspectiva jurídica de la Objeción de conciencia del personal sanitario. Cuadernos de Bioética. 1994/3ª.

CASTAÑEDA. Maria De Jesús Laura. Clonación. EN: Revista Digital Universitaria (10 de marzo de 2004) Volumen 5 Número 2• ISSN: 1067-6079.

CASTAÑEDA PARTIDA, María De Jesús Laura. "clonación". 2004.

CASTELLO NICÁS, Nuria, El bien Jurídico en el Delito de Manipulaciones Genéticas del artículo 159 del Código Penal Español. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. RECPC 04-04 (2002). En: criminet.urg.es.

CASTRO de ARENAS, Rosa H. Manipulación genética y sus implicaciones ético jurídicas. Ediciones doctrina y ley. Santa Fe de Bogotá. 1999.

CERNICCHIARO L.V./ COSTA JR., P.J., Direito penal na Constituicao, RT, Sao Paulo, 1990.

CIENFUEGOS, Natalia. Feres, Antonia. Traub, Bernardita. "CLONACIÓN, Ya nadie es único". Universidad Adolfo Ibáñez. 2008.

Clones y clones. Hechos y fantasías sobre la clonación humana (M.C. Nussbaun y C.R. Sunstein, eds, Cátedra, Madrid.

Comité de Derechos Humanos, Naciones Unidas, Observación General No. 22 del 30 de julio de 1993.

Comité de expertos sobre bioética y clonación (1999): Informe sobre la clonación: en las fronteras de la vida, Instituto de Bioética de la Fundación Ciencias de la Salud, Ediciones Doce Calles, Madrid.

CORDÓN BOFILL, Joan Carlos, "Previsiones del Derecho Internacional Sobre la Clonación".

Cuadernos de Bioética, Asociación Médica Mundial. Orientación genética e ingeniería genética, Trigesimonovena Asamblea Médica Mundial. Madrid, España. 1987.

CUERDA RIEZU, A. Límites Jurídico- penales de las nuevas técnicas genéticas, en Anuario de Derecho Penal y CP, 1988.

CUERDA RIEZU, A., Los delitos relativos a la manipulación genética y a la inseminación artificial no consentida en el proyecto del Código Penal de 1992, en: El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano, Fundación BBV (en prensa).

DAZA DUARTA, Sandra Patricia y QUINCHE PINZÓN. Rafael Humberto. Finalidad de los Principios y Valores Constitucionales en el contexto del Estado de Derecho en Colombia.

DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. El legado genético y el principio de culpabilidad penal, en El Derecho ante el Proyecto del Genoma Humano, Fundación BBV (en prensa).

DE LA TORRE RANGEL, Jesús Antonio. Libro “El Derecho como Arma de Liberación en América Latina, Sociología Jurídica y usos alternativos de los derechos”

DÍAZ GARCÍA. L. Iván. Derechos fundamentales y decisión judicial. Algunos criterios para la mejor aplicación del Derecho penal. Getafe, junio de 2009. Trabajo de grado (Tesis Doctoral) Universidad Carlos III De Madrid.

DIÉGUEZ MÉNDEZ, Yurisander “El Derecho y su Correlación con los Cambios de la Sociedad”

Encíclica Quod Apostolici Muneris. núm. 6.

ESCAJEDO SAN EPIFANIO, Leire. Identidad Genética y Libertad de Ciencia, 2013.

ESER, A. ¿gen- ética, Derecho genético? Reflexiones político- jurídicas sobre las actuaciones en la herencia human, traducción de C.M. Romeo Casanova, en la Ley, núm. 1, 1986.

Estls. CERESO MIR, J. Curso de Derecho Penal Español, PG. Vol. 1. Tecnos, Madrid, 1985.

Estls. MAURACH, R/ ZIPF, H. Strafrecht, t. G. Verlag, Heidelberg, 1983.

Estls. MERLE, R./VITU, A., Traité de DroitCriminel, PG, vl. 2, Cujas, París, 1997.

Estls. POLAINO NAVARRETE, M. Op. Cit. pp-96-97 GONZALEZ RUS, J,J, op. cit. pp. 10-11; vid. Aún ENGISCH, K. Introducaoaopensamento jurídico, trad. J. Baptista Machado, 3ª Ed. CalousteGulbenkian, Lisboa.

Estls. ZAFFARONI, Eugenio Raúl: Manual de Derecho Penal. México, Cárdenas editor y distribuidor, Ciudad de México D.F., 1986.

FARMIÑAN GILBETH, J.M de, Los Bienes intangibles de la especie humana (el genoma humano como patrimonio común de la humanidad), en persona humana y Derecho internacional, LiberamicorumHector Gros Espiell, Ed. Bruylant, Bruxelles, 1997.

FERRATER MORA, José. Diccionario de Filosofía. Editorial Ariel Referencia. 1ª edición revisada. Tomo III. Pág. 2759. y ANDORNO, Roberto Bioética y Dignidad humana., tecnos, Madrid, 1998.

FERREIRA DOS SANTOS, Mario. Diccionario de filosofía e ciencia culturais. Vol. 1. Matese. Sao Paulo.

FIANDACA, G. ,il bene giuridico come problema teorico e come criterio di polizia criminale, en “revista italiana di dir. E proc. Pen.”, 1982.

FLOREZ MENDOZA, Fátima. La objeción de Conciencia en Derecho Penal, editorial COMARES. Albolete . Granada. 2001.

GALEANO REY, Juan Pablo. Manipulación Genética y Derecho en: blogspot.com.

GARCIA BARRENO, Pedro. Estrategias Terapéuticas para el Nuevo Milenio del Genoma a la Terapia Génica pág. 57. Internet: (<http://www.rac.es/ficheros/doc/00368.pdf>).

GARCIA HUIDOBRO, Rodolfo Figueroa. Concepto de Derecho a la Vida. En. Revista Ius Et Praxis. 2014. No. 1.

GARCIA MÁYNEZ, Eduardo, Filosofía del derecho, Porrúa, México, 1998.

GARY, Williams. “Clonación: Avance Científico o Atentado ético”. Pág. 2. I-Books.

GAYO SANTA CECILIA, María E. y MUÑOZ DE BAENA SIMÓN, J.L. Introducción a la teoría del derecho. Madrid, UNED. 2010.

GHERSI. Carlos A. Derechos Fundamentales de la Persona Humana. 1ª ed. LA LEY. Argentina: 2004.

GÓMEZ BENITEZ, J. Manuel; sobre la teoría del bien jurídico, revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 1983.

GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. Estudios de Dogmática en el Nuevo Código Penal. 2ª. Ed. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Colombia, 2004.

GOODEY, Chris. Genetic markers for intelligence.

GONZALEZ CONTRÓ. Mónica. Reflexiones sobre el derecho a la identidad de niños, niñas y adolescentes en México. Boletín Mexicano de derecho comparado, nueva serie año XLIV, número 130. Enero – abril de 2011.

GONZALEZ VALENCIA. Juliana. Genoma Humano y Dignidad Humana. 1ª Ed. 2005. España.

GOYENA COPELLO, Héctor R, DURÁN ACUÑA, Luis D., LACADENA, Juan R., GONZALEZ DE CANCINO, Emilssen, SESTA, Michele, IGUARAN ARANA, Mario G., ALARCÓN ROJAS, Fernando; MIRANDA LUNA, Eduardo, ANTÓN Ricardo E; RENGIFO GARCIA, Ernesto, MORENO Gustavo D, RIVERA SIERRA, Jairo, BALLESTEROS BELTRÁN, Jaime; RODRIGUEZ RAMOS Antonio M, CAMARGO DE LA HOZ, Carlos D.; SILVA RUIZ, Pedro F; COLL DE PESTAÑA, Ivett, YUNIS TURBAY, Emilio. Familia, Tecnología y Derecho. 1ª Edición. 2002. Colombia. Panamericana.

GUÍA ACADÉMICAS OCHUMMUN UNISABANA 2015 internet: (http://www.unisabana.edu.co/fileadmin/Imagenes/Inscripciones_y_Adminisiones/MUN_UNISABANA/MUN_Unisabana_2015/SOCHUM.pdf).

HERRERA M. Gladys. La Manipulación Genética a la luz del Derecho Penal. 1ª. Edición. Bogotá. 2001. Lito Perla Impresores.

HOTTOIS, Gilbert. Información y saber genético. En: Revista de derecho y Genoma Humano, núm. 11, 1999.

HODGKIN, Rachel y Peter Neweell. Manual de aplicación de la Convención Sobre los derechos del Niño. Primera edición. 2001. UNICEF, UNICEF HAUSE. NEW YORK.

HOFSCHNEIDER, P.H., Posición de la Sociedad Max Plank sobre el Proyecto de Ley de Protección de embriones de la República Federal de Alemania, en "Ingeniería genética y reproducción asistida", ed. Marino Barbero, Madrid, 1989.

HUGUET SANTOS, Paloma. de la Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Ciencias Biológicas, Departamento de Genética, documento "Clonación Humana, Aspectos Bioéticos y Legales 2004.

HUERTA GUERRERO, Luis A y ZANELLI FLOREZ, Jerico.; Protección de los Derechos Humano. Lima. 1997. Los Sauces.

HUGUET SANTOS, Paloma. "Clonación Humana, Aspectos Bioéticos y Legales". 2004.

HURTADO OLIVER. Xavier. El Derecho a la Vida ¿y a la muerte? 2ª Edición. México D.F. Editorial Porrúa, 2000.

IHERING. Rudolf Von. El fin del Derecho. La Mecánica Social o Motores del Movimiento Social Pág. 62 en Biblioteca virtual UNAM. Madrid 1911 ed. 1ª.

IDUARTE, Marta Morineau y IGLESIAS GONZÁLEZ, Román. Derecho Romano. 4ª Edición., Oxford, México.

Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos Aplicables a la Administración de Justicia Estudio constitucional comparado. (2.012).

ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga. Análisis lógico de los delitos contra la vida. ed. Trillas, México, 1991.

ITURRALDE, Manuel. La Objeción de Conciencia como un derecho. Estrategia Jurídica para su reconocimiento frente al servicio militar. 1ª Edición. Editorial Kimpres Ltda. 2004. Bogotá.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. Op.cit, v.3, p- 103; ZAFRONI, E, tratado de Derecho Penal, Vol. 3, Ediar, Buenos Aires, 1982.

JIMENEZ MORENO, Juan G. Aproximación a la manipulación genética en el nuevo Código penal. Colombia: Leyer. 200.

JOAQUIN RODRÍGUEZ – TOUBES MUÑIZ, En revista *DireitoViol.* III No. 2 pág. 159- 186 en: dspace@usc.es.

KAUFMANN, A., Teoría de las normas, trad. Enrique Bacigalupo y Erneso Garzón Valdés, Depalma, Buenos Aires, 1977.

LAÑES PAREJA, Enrique. *“Clonación: Aspectos Científicos”* 1998.

LAÑES PAREJA, Enrique. Clonación: Aspectos Científicos, Para un resumen histórico y conceptual, J.R. La cadena (1998): “La clonación humana”, en Actas del 2º Congreso de bioética de América Latina y del Caribe, Santafé de Bogotá.

LENIOR. N. La bioética en la Comunidad Europea, en el Derecho ante el Proyecto Genoma Humano. Fundación BBV (ed.).vol. 1, Bilbao. (.1994).

LENOIR N. B, Mathieu. “Les normes internationales de la bioéthique” París. 1998.

LEÓN ZULETA, P. Guillermo. Dignidad Humana y clonación, Posición de la Iglesia Católica. EN: Revista Latinoamericana de Bioética.

LEWONTIN, Richard. El sueño del Genoma Humano y Otras Ilusiones. España PAIDOS, 2000.

LOPEZ CASTILLO, A. Libertad religiosa en la jurisprudencia constitucional. Arazando, 2002.

LÓPEZ MORATALLA Natalia y SUEIRO VILLAFRANCA Enrique, en el informe científico sobre la relación materno – filial en el embarazo, Células Madre y vínculo de apego en el cerebro de la mujer, Universidad de Navarra, Madrid 2008.

LUIZI, LUIZ, Os. Principios Constitucionaispenais, Sergio Antonio Fabris, Proto Alegre, 1991.

LUTGGER, H. Medicina y Derecho Penal. Publicaciones del instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid. Edersa. Madrid, 1984.

LLANOS, Alfonso. La Economía y las ansias de poder van a llevar a que el hombre se clone. Tomado de la revista de El Espectador. No. 34. Domingo de marzo de 2011.

Manipulación genética: metodología, aplicaciones y bioética. 2001. T. Palomeque, M. Martínez y P. Lorite (Editores). UNED. Centro Asociado "Andrés de Vandelvira". Jaén.

MANTOVANI, Ferrando. Problemas jurídicos de la manipulación genética. EN: Revista Derecho Penal y criminología. Revista del instituto de Ciencias Penales y Criminología, Volumen XV, número 51, Septiembre/ Diciembre de 1993.

Manual de Ética Médica, Capítulo III - el Médico y la Sociedad

MANTOVANI , F., Problemi penali della manipolazione genetica, en: Rivista it. Dir. W proc. Penale, 1986.

MARCEL PLANIOL y Georges Ripert, Derecho Civil. Harla, México.

MARÍN CASTÁN. Maria Luisa. "En torno a la dignidad humana como fundamento de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO"

MARTINEZ LEÓN, Mercedes y RABADÁN JIMENEZ, José. La objeción de conciencia de los profesionales sanitarios en la ética deontológica. 199,. En: www.aebietica.org.

MARTINEZ MORAN. M y B. DE CASTRO. Diecisiete Lesiones de Teoría del Derecho. Madrid, Universitas. (2.011) 2ª Ed.

Melcren. Polelude to Embriogenesis in the Ciba Foundation, Human Embryo Research: Yes or not? Ed. La genética y su influencia en el derecho civil, de familia y penal Universidad Libre de Bogotá. 1987.

Memorias del IX Congreso Mundial Sobre Derecho de Familia. “ Derecho Familiar, Unidad y Acción para el siglo XXI” Tomo I. Centro de Convenciones Atlapa. Septiembre 22 al 27 de 1996.

MENDEZ RODRIGUEZ, Cristina. Los Delitos y sus técnicas de tipificación, servicio de publicaciones de la facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid y el Centro de Estudios Judiciales, Ministerio de Justicia Madrid, 1993.

MILLAN GARRIDO, Antonio. La Objeción de conciencia. Tecnos, Madrid. 1990.

MITCHELL. JEFF J. Dolly, la oveja rechazada. EN: El País. (30 de septiembre de 2014).

MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional, V. 1, Coimbra, 1981.

Miriam DAHME ET. AL, Disruption of the mouse L1 gene leads to malformations or the nervous system.

MOMETHIANO S, Javier Ysrael. La estructura penal del tipo clonación humana. The Penal Structure of the Human Cloning. LEX N° 15 - AÑO XIII - 2015 - I / ISSN 2313 – 1861.

MORALES REYNOSO, María de Lourdes. La Objeción de Conciencia como derecho fundamental. 1ª ed. Porrúa. 2013. México.

MORENO DÍAZ, Juan Manuel. El Derecho de Objeción de Conciencia. Caracterización general. Su Aplicación Específica a las Prestaciones de Servicios Sanitarias. Sevilla 2003. Trabajo de grado (Tesis Doctoral).

MOTAZZO DE ROMUALDI, Liliana A, Coordinadora de la Comisión nacional para estudio de la Bio- ciencia y Derechos Humanos del Ministerio del Interior, Argentina. La Biotecnología y el derecho a la Identidad. Cuadernos de Bioética 1996/1.

MUELAS, Lorenzo. Acceso a los recursos genéticos. Noticias desde el Senado. 1997.

MUÑOZ CONDE, Francisco. Introducción al Derecho penal, Bosh, Barcelona, 1975.

MUÑOZ CONDE, Francisco. Derecho Penal y Control Social, Fundación Universitaria de Jerez, Jerez, 1985.

NationalBioethicsAdvisory Comisión (2000): “Ciencia y aplicación de la clonación” (parte del informe original de 1997 de la NBAC).

NAVARRO VALLS, J. MARTINEZ – TORRÓN y M.A. JUSDADO, La Objeción de conciencia a tratamientos médicos: Derecho comparado y Derecho español, en Persona y Derecho, núm. 18 (1988).

NICOLÁS JIMENEZ, Pilar. La Protección Jurídica de los datos genéticos de carácter personal. Bilbao – Granadas, 2006.COMARES.

NIETZSCHE, F. La generación de la Moral; tratado Segundo, epígrafe XVI, Alianza, Madrid. 2006.

Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, División de la Ética de las Ciencias y de las Tecnologías , Sector de

Ciencias Humanas y Sociales, rue Miollis - 75732 Paris Cedex 15 – Francia
www.unesco.org/shs/ethics SHS/EST/BIO/06/1© UNESCO, 2002.

PACHECO ESCOBEDO, Alberto. “Ley y conciencia”, en Derechos Humanos. Órganos informativos de la Comisión de Derechos Humanos del Estado de México, número 54, Toluca, 2002.

PALOMEQUE MESSÍA, Teresa, CARRILLO ÁVILA, José Antonio y LORITE MARTÍNEZ, Pedro. En publicación “Manipulación genética: metodología, aplicaciones y bioética”.(2001).

PASTOR GARCÍA, Luis Miguel. “Consideraciones Bioéticas Sobre la Clonación Humana y Animal”, Universidad de la Sabana. Internet: (<http://personaybioetica.unisabana.edu.co/index.php/personaybioetica/article/view/634/1810>).

PEÑARANDA QUINTERO. Héctor Ramón y QUINTERO DE PEÑARANDA. Olga. Impacto de las Altas Tecnologías en el Derecho de Personas. EN: Nómadas. Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas. (2010.3).

PETTINARI, Julia. “El camino hacia la clonación”2013.

PERIS REIRA, Jaime M. La Regulación Penal de la Manipulación Genética en España, Principios penales fundamentales y tipificación de las genotecnologías. 1ªed. Editorial Civitas, S.A. España. 1995.

PERIS RIERA. Jaime M. Delitos contra el medio ambiente, colección de estudios del instituto de Criminología y departamento de Derecho penal, Universidad de Valencia, Valencia.. 1984.

POLAINO NAVARRETE, M.; el Bien Jurídico en el Derecho penal, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 1974.

POLAINO NAVARRETE, RUDOLPHI, H.J. El fin del Derecho Penal del Estado y las normas de imputación jurídico- penal, en ECHUNEMANN, B, El sistema moderno del Derecho penal. Trad. Jesús: María Silva Sánchez, Tecnos, Madrid, 1991.

PRADO, Luiz Regis. A Dilectiva Juspositivistaem tomo da nacao de Estado de Direito, Contitucional e ciencia política. N 4, forense, rio de Janeiro, 1985.

PUY, Francisco. Derechos humanos, volumen 2, Imprenta Paredes, Santiago de Compostela. 1983.

QUINTERO VALENCIA, Enrique. “La Clonación ante la ética y el Derecho”

R. OLIVA. Alteraciones moleculares y patrones de herencia.

RAVAIOLI, Luis Aldo. “La clonación de seres humanos” (1.999).

REGIS PRADO, Luiz. Bien Jurídico – penal y Constitucional. 3ª Edición. ARA Editores AE.I.R.L. Perú. 2003.

REMI J. CADORET/George WINOKER, Genpetics and affective disorder.

RENDÓN LÓPEZ, Alicia. El Bioderecho como Investigación Interdisciplinaria: Una Respuesta Jurídica. En: Revista Amicus Curiae. Año IV, No. 6.

RETORTILLO BAQUER, L. Martin. Derechos Fundamentales en tensión ¿puede el juzgador ordenar una transfusión de sangre en peligro de muerte, aun contra la voluntad del paciente?, en poder judicial, núm. 13. (1984).

RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A. "Delitos relativos a la manipulación genética". Tema 5 de "Delitos. La parte especial del Derecho Penal" Colex, Madrid 2015, Pags 107 y ss.

RODRIGUEZ CALCAÑO. Rafael. Una Oveja Llamada Dolly. Caracas: D'VINNI, 2005.

RODRIGUEZ R, Libardo. Estructura del Poder Público en Colombia. 14ª Edición. Editorial Themis S.A. 2012. Bogotá D.C.

ROLLNERT GÖRAN, Liern., La libertad ideológica en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (1.980 – 2001). Taravilla. Madrid. 2002.

ROMEO CASABONA, Carlos M. La objeción de conciencia en la praxis médica en libertad ideológica y derecho a no ser discriminado, M.L. MAQUEDA ABREU (dir) y otros, Cuadernos de Derecho Judicial.

ROMEO CASABONA, Carlos M., genética y derecho penal: los delitos de lesiones al feto y relativos a las manipulaciones genéticas. En revista DS vol. 4. Núm 2, Julio – Diciembre 1996.

ROMERO CASABONA, Carlos M., Biotecnología, desarrollo y justicia. Bilbao - Granadas. Comares, 2008.

ROMEO CASABONA, Carlos María. La objeción de conciencia en la praxis médica en libertad ideológica y derecho a no ser discriminado, M.L. MAQUEDA ABREU (dir) y otros, Cuadernos de Derecho Judicial.

ROMERO CASABONA. Carlos María, BENITO DE CASTRO CID Jesus Ayllon, IÑIGO DE MIGUEL, Beriaín, RAFAEL JUNQUERA de Estefani, LOPEZ MORATALLA. Natalia. VIDAL GARCIA. Marciano, MARCOS DEL CANO. Ana María, PEREZ LUÑO. Antonio Enrique, LORENZO de Ricardo, MARTÍN SANJUAN, Crisitna y JORQUI AZOFRA. María. , Biotecnología, Derecho y Dignidad Humana. Editorial Comares. Arbolete, Granada. 1ª. Edición 2003.

ROMERO TEQUEXTLE, Gregorio., Importancia del Bien Jurídico Penal en la Construcción de Tipos Penales. 1ª edición. Porrúa. México. 2012.

ROZIN, C. Problemas fundamentais de Direito penal, trad. Ana Paula dos Santos y Luis Natscheradetz, Vega, Lisboa.

RUIZ SALAZAR, José A., Derecho Político, Aspectos sustantivos y procedimentales. Editoriales leyer. Bogotá D.C. 2004.

SALAS, Javier. Celia no logra resucitar. EN: El País. (15 de diciembre de 2014).

SERRANO SUAREZ, Over Humberto. y LOPEZ LOPEZ, Hernan. Manipulación Genética: Innovaciones, Retos y Prospectiva en el Derecho Penal Colombiano, en: Revista de Derecho y Ciencias Sociales, Misión Jurídica.

Seminario interdisciplinario permanente de bioética. Pontificia Universidad Javeriana: GilbertoCely Galindo S. J. Director. Ponente Amparo Zárata Cuello. López Munguía. Integración de tecnologías indígenas y biotecnologías modernas:

Una utopia?Interciencia Vol. 19. 1994.

SILVA SÁNCHEZ, María. Tecnos, Madrid, 1991.

SILVA ROJAS, Alonso. Humanismo y Bioética en la Universidad, Cultura y Derecho a la Vida. 2ª Edición. 2008. EIVOS. Colombia.

SILVIA SANCHEZ, J.M. , Sobre la relevancia jurídico – penal de la no inmediatez en la producción de resultados,, en Estudios Penales en memoria del Prof. Agustín Fernández – Albor, Santiago de Compostela, 1989.

STUART Mill, J. Sobre la lineta- Edaf., 2004.

TAVOSTOCK. Londres. 1986.News Week, Revista 7 de mayo de 1994.Semillas. Revista sobre el tema de genoma humano. Número 10. 1997.

TOLEDO, Francisco de Assis, Principios básicos del Derecho Penal, Saravia, Sao Paulo, 1986.

Universidad del Rosario, Fundación Konrad Adenauer, programa Estado de Derecho Para Latinoamérica Instrumentos Internacionales sobre derechos humanos aplicables a la administración de justicia *Estudio constitucional comparado.8ª ed. 2012.*

URREGO, Jarlin D, GALLEGO RENDÓM, Edgar N, GARCIA VALENCIA, Eliana y otros. Manipulación Genética y Bien jurídica Protegido monografía de universidad de Medellín.

VELASO PARRADO, Nancy. Manipulación Genética: Análisis científico, ético y legal. En: http://www.policia.gov.co/imagenes_ponal/dijin/revista_criminalidad/vol47/08.pdf.

VERRUNO. Luis; HAAS Emilio J.C., RAIMONDI Eduardo H y Barbieri Ana M., Banco Genético y el Derecho a la Identidad. Buenos Aires- Argentina: Abeledo – Perrot. 1988.

Vid. PRADO, Luiz Regis, A Dilectiva Juspositivis taem tomo da nacao de Estado de Direito, Contitucional e ciencia política. N 4, forense, rio de Janeiro, 1985.

VILAJOSANA. Josep M. Funciones del Derecho: Un Marco Conceptual. Pág. 278. – I- Book.

VILLAMAYOR. Fabián. Protección Jurídica del Derecho a la Identidad en la Adopción: incidencia de la Convención de los Derechos del Niño. I- Book.

VIVES ANTÓN, T.S. y otros., Derecho Penal. Parte Especial, ed.Tirant lo Blanch, Valencia, 1993.

VON LISZT, Franz, Tratado de Derecho penal, tra. Luis Jiménez de Asúa, 3ª Ed., t. 2; Reus, Madrid.

WATSON, James. Double Helix, (2003) DNA, The Secret of Life. Y de Francis Crick, What MA Pursuit.

WELZEL, Hans, Derecho Penal Alemán, PG, trad. Bustos Ramirez y Yáñez Pérez, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1970.

YARA ASSEF, José. “cloning Human Beings. Ethical Judicial and Social Aspects”, Clonación en Seres Humanos. Aspectos Éticos, Jurídicos y Sociales. Internet:http://bvs.sld.cu/revistas/mciego/vol10_sulp1_04/articulos/a2_v10_supl104.htm.

ZAFFARONI, Eugenio. Tratado de Derecho Penal, Vol. 3, Ediar, Buenos Aires, 1982.

ZÁRATE CUELLO, Amparo. Algunas reflexiones jurídicas sobre los métodos científicos de procreación humana asistida, conferencia y genoma humano de las comunidades étnicas colombianas. Foro Fundación Norte y Sur. Bogotá. 2000.

ZUBEROA, Marcos. EN: revista muy Interesante. AÑO 22. No. 262. ISSN 0122-3577.

ZULETA S., Guillermo León. Dignidad Humana y clonación, Posición de la Iglesia Católica. EN: Revista Latinoamericana de Bioética.

FUENTES JURISPRUDENCIALES

Sentencia Corte Constitucional C-817 /11

Sentencia Corte Constitucional T-131 de 2014

Sentencia Corte Constitucional T-018/12

Sentencia Corte Constitucional T-823/02

Sentencia Corte Constitucional T- 406/92.

Sentencia Corte Constitucional C-365/12

Sentencia Corte Constitucional C-640 /10
Sentencia Corte Constitucional C- 314/09
Sentencia Corte Constitucional C-351/13
Sentencia Corte Constitucional T-634/13
Sentencia Corte Constitucional T-349/93
Sentencia Corte Constitucional T-260 /12
Sentencia Corte Constitucional C-757/14.
Sentencia Corte Constitucional C-806 /02
Sentencia Corte Constitucional C-757/14.
Sentencia Corte Constitucional C-806 /02
Sentencia Corte Constitucional C- 121/12.
Sentencia Corte Constitucional C-415 /12
Corte Constitucional expediente D-7584
Sentencia Corte Constitucional C-739/2000
Sentencia Corte Constitucional C-444/11.
Sentencia Corte Constitucional C-067/03.
Sentencia Corte Constitucional Sentencia C- 137/96.
Sentencia Corte Constitucional C-334/10.
Sentencia Corte Constitucional C-.388/2009
Sentencia Corte Constitucional C-314/14
Sentencia Corte Constitucional T-823/02
Sentencia Corte Constitucional T- 406/92.

WEBGRAFÍA

(http://www.unisabana.edu.co/fileadmin/Imágenes/Inscripciones_y_Adminisiones/MUN_UNISABANA/MUN_Unisabana_2015/SOCHUM.pdf).

https://es.wikipedia.org/wiki/Anexo:Animales_clonados

<http://www.rac.es/ficheros/doc/00368.pdf>

<http://personaybioetica.unisabana.edu.co/index.php/personaybioetica/article/view/6>

34/1810

<http://bq.unam.mx/mensajebioquimico>

<http://dcarrizalestorres149.blogspot.com/>

aciprensa@aciprensa.com

dspace@usc.es

WWW.UNESCO.ORG

http://bvs.sld.cu/revistas/mciego/vol10_sulp1_04/articulos/a2_v10_supl104.htm

<http://revistes.ub.edu/index.php/RBD/article/view/12069>

<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2290/3.pdf>.

<http://www.unesco.org/bpi/esp/bio98/#legis>

<http://www.uam.es/otros/ceiuam/Documentos/ley%2042-88.pdf>

http://elpais.com/diario/2003/02/15/sociedad/1045263601_850215.html

[BUSTOS JAIMES I, CASTAÑEDA PATLÁN C, HERNANDEZ, J, RENDÓN](#)

[HUERTAS E., REYES VIVAS H. y ROMERO ALVAREZ.I. Clonación humana:](#)

[implicaciones biológicas y éticas. EN: <http://bq.unam.mx/mensajebioquimico>.](#)

aciprensa@aciprensa.com

<https://www.icrc.org/spa/assets/files/2014/general-principles-of-criminal-icrc-spa.pdf>.

<http://har-megiddo-apocalipsis16-16.blogspot.com.co/2013/09/mezcla-humanos-animales-hibridos.html> y

http://www.policia.gov.co/imagenes_ponal/dijin/revista_criminalidad/vol47/08.pdf.

https://es.wikipedia.org/wiki/Anexo:Animales_clonados

<https://lamatrixholografica.wordpress.com/2012/08/29/mas-de-150-hibridos-humanoanimal-han-sido-desarrollados-solo-en-el-reino-unido/>

