

LA PROTECCION DEL GENOMA HUMANO

Dra. M^a Dolores Vila-Coro

Profesora de Bioética

Univ. Rey Juan Carlos y Univ. San Pablo-CEU. Madrid

La fecundación humana extracorpórea ofrece la posibilidad de manipular el genoma humano: con fines científicos; para complacer a los padres encargando los llamados "niños a la carta"; con objeto de lograr razas mejor dotadas; produciendo híbridos o clónicos... La Ciencia ha logrado ya producir los denominados animales transgénicos o "knock out", en los cuales se sobreexpresa o elimina, respectivamente, del genoma del animal el gen elegido. Cabe pensar si estas tecnologías serán extrapolables a la especie humana. Es también objeto de preocupación la posibilidad de aplicar terapia génica no sólo en línea somática sino también en línea germinal. El riesgo que comportan estas técnicas no sólo atañe a individuos concretos, sino que pone en peligro la esencia específica del hombre. Ante esta amenaza la UNESCO, a propuesta de su Director General el Profesor Federico Mayor Zaragoza, ha creado un Comité Internacional de Bioética -CIB- que está redactando una Declaración Universal para la protección del Genoma Humano.

Para que dicha protección sea verdaderamente efectiva hay que partir de una definición integral del genoma humano que incluya el hábitat prenatal, pues la que hasta ahora se ha manejado en ámbitos científicos era la común a todos los seres vivos, limitada por tanto al aspecto físico-químico del genoma. No era preciso ampliar la definición por-

que la integridad del genoma humano como tal no estaba amenazada, y era un concepto apenas manejado en ámbitos filosóficos y menos todavía en los jurídicos.

La característica más relevante del genoma humano es que no está fijado, no está sujeto al mecanicismo de la naturaleza propio del mundo vegetal y animal. En el hombre el hábitat -ambiente que comprende la cultura y los estímulos emocionales y psicológicos- tiene tal importancia, juega un papel tan decisivo, que no sólo influye en la expresión de los genes sino que, en relación dialéctica "hábitat-código genético", predetermina al propio sujeto.

Si se limita el genoma a los términos físico-químicos del concepto, olvidando su dinamismo, al declarar su invulnerabilidad se evitará solamente la manipulación de los genes. Pero si por ejemplo un embrión humano se implanta en el útero de un animal, la traducción del mensaje genético al lenguaje de las proteínas se habrá realizado en un hábitat no humano ¿habremos protegido realmente el genoma? ¿No se habrá alterado permanentemente la estructura genética durante tan aberrante gestación? Este ejemplo muestra la necesidad de que se tengan en cuenta otros factores que comprendan estímulos de distinta naturaleza. Todos aquellos que son inherentes a la esencia específica de lo humano, a su índole, a lo que le configura como perteneciente a nuestra especie.

El Comité Internacional de Bioética de la UNESCO, en la **Declaración Universal para la protección del Genoma Humano** que está elaborando, propone considerarlo patrimonio común de la Humanidad y un derecho de las generaciones futuras. Pero antes de admitir tales supuestos conviene reflexionar acer-

ca de: a) Si las generaciones futuras pueden ser sujeto de derecho. b) Cuál es la naturaleza jurídica del genoma humano; si le corresponde verdaderamente el concepto de patrimonio. c) si debe ser realmente la Humanidad el sujeto titular para quien se ejerce la protección.

LOS DERECHOS DE LAS GENERACIONES

La problemática genética no se puede plantear desde un punto de vista exclusivamente individualista; ni ignorar la conexión de la estructura genética con las generaciones futuras, ya que la manipulación de la línea germinal supone mutaciones transmisibles. Hay una dotación genética colectiva de toda la especie humana, y hay una dotación genética única de cada individuo.

El Profesor Mayor Zaragoza, que a su condición de bioquímico y humanista une la experiencia de sus vivencias como político de ámbito nacional e internacional, en una conferencia organizada por la Fundación Areces manifestaba su preocupación por el futuro, por el legado que vamos a dejar a nuestros hijos y a las generaciones venideras. Urgía en su disertación la necesidad de proteger el ecosistema natural y el cultural. Afirmaba que con la manipulación genética de la línea germinal se cierne un nuevo peligro sobre nuestros descendientes, que pueden encontrarse con mutaciones no siempre deseables. La dificultad radica, terminó afirmando el conferenciante, en cómo proteger los derechos de quienes no han nacido, de quienes todavía no existen.

La misión ética fundamental de la UNESCO, que es también una de sus principales preocupaciones, es responder a la cuestión:

“¿Qué clase de mundo legaremos a las generaciones futuras?”. Con objeto de responder a tales inquietudes y progresar en el análisis de esta problemática, se organizó en la Universidad de La Laguna los días 25 y 26 de Febrero de 1994, una reunión con la participación de expertos de la UNESCO y del equipo Cousteau, bajo la presidencia del Director General de la UNESCO. Los expertos de todas las regiones del mundo adoptaron unánimemente la **Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Generaciones Futuras**. A tenor de su artículo 3 “las personas pertenecientes a las generaciones futuras tienen derecho a la vida y al mantenimiento y perpetuación de la Humanidad, en las diversas expresiones de su identidad. Por consiguiente, está prohibido causar daño a cualquier forma de vida humana, en particular con actos que comprometan de modo irreversible y definitivo la preservación de la especie humana, así como el genoma y la herencia genética de la Humanidad, o tiendan a destruir, en todo o en parte, un grupo nacional, étnico, racial o religioso”.

Una vez concluida la Declaración de La Laguna el Director General la presentó al Consejo Ejecutivo de la UNESCO que, durante sus deliberaciones, examinó el concepto de “derechos de las generaciones futuras” tratando de perfilar su alcance e implicaciones: “¿son derechos jurídicos o solamente morales? ¿habrán de entenderse como derechos humanos o como derechos en el sentido lato del derecho internacional? ¿habrán de ser presentados como derechos individuales de las personas pertenecientes a las generaciones futuras o como derechos colectivos de las generaciones venideras?”(1). El Consejo Ejecutivo concluyó que

era necesario revisar detenidamente la Declaración de La Laguna.

Algunos miembros se inclinaron por que "los derechos de las generaciones futuras" se sustituyeran "por intereses y necesidades de las generaciones futuras"; se propuso también que la Declaración tuviera simplemente fuerza moral en lugar de ser un instrumento jurídico vinculante.

Nueva versión de la Declaración de La Laguna.

A la vista de cuanto antecede se preparó una nueva versión de la Declaración titulada **Anteproyecto de Declaración sobre las responsabilidades de las generaciones actuales para con las generaciones futuras**. Se enumeran las responsabilidades relativas a la conservación del planeta, del medioambiente ecológicamente equilibrado y protegido, a la perpetuación de la Humanidad y a la conservación y transmisión del patrimonio genético mundial, cultural y natural, y al uso responsable del patrimonio común de la Humanidad. Se subraya el deber de evitar a las futuras generaciones el flagelo de la guerra, ... El Anteproyecto, al referirse a las responsabilidades de las generaciones actuales respecto de las futuras, reconoce la índole ética y moral de la Declaración propuesta; que si bien entra de lleno en los fines de la UNESCO y es parte esencial de la misión ética de la organización, no constituye propiamente un instrumento jurídico.

En mi opinión se trata más bien de un Declaración de buena voluntad. Como el propio Preámbulo subraya se deben establecer "vínculos nuevos, equitativos y globales, ya que jurídicamente entre las generaciones presentes y las futuras no existe ningún tipo

de vínculo exigible". Más difícil todavía es transmitir a las generaciones futuras el deber de obligar a las generaciones sucesivas.

Los individuos que pertenecen a las generaciones futuras no son, como tales individuos, sujetos de derecho. La ley no puede amparar lo que no existe; la nada no puede ser objeto de garantía o protección, el no-ser no puede gozar de la tutela del orden jurídico. Las legislaciones vigentes en nuestra área occidental protegen el derecho del concebido no nacido a la herencia del padre; pero sólo si y nada más que si la madre se halla encinta al fallecer el causante. La razón es que el "nasciturus", a pesar de opiniones en contra, es sujeto de derecho. La prueba está en que sus derechos a los apellidos, nacionalidad, tutela, patria potestad, alimentos, herencia,... del padre le corresponden desde que ha sido concebido. La "causa iuris" no es el nacimiento sino la concepción. Lo cual no impide que a efectos civiles la personalidad quede determinada, que no instituida, a partir del nacimiento. Ni es obstáculo para que los derechos queden pendientes de condición resolutoria hasta que se produzca el nacimiento con los preceptivos requisitos legales. De donde se deduce que quien no ha sido todavía concebido no tiene ni puede tener derechos, porque no hay sujeto que los soporte ni ontológica ni jurídicamente.

¿Derechos jurídicos o morales?

Respecto a los bienes patrimoniales y culturales, como pueden ser los bosques, ríos, reservas petrolíferas, obras de arte, ... se puede comprometer moralmente a los ciudadanos que habitan actualmente el planeta Tierra a conservarlos para las generaciones futuras; pero no establecer vínculos legales

con sujetos inexistentes ni con sujetos indeterminados. Pero aunque así fuera ¿cómo transmitir el compromiso sucesivamente de generación en generación?

Hay otro obstáculo que vencer, que trataré de mostrar más adelante: el genoma humano no es para las generaciones futuras, porque es el genoma de las generaciones futuras; es el genoma de la especie humana a la que pertenecen todas las generaciones que fueron, son y serán. Las generaciones futuras estarán protegidas si lo está **la especie humana**, que es en mi opinión el "vínculo nuevo y exigible" solicitado.

EL PATRIMONIO COMÚN DE LA HUMANIDAD

El **Proyecto de Declaración Universal para la protección del Genoma Humano** redactado por el Comité Internacional de Bioética de la UNESCO en sus versiones, de Septiembre 1994, Marzo 1995 y Octubre 1996, afirma que el genoma humano es un componente fundamental del **patrimonio común de la Humanidad**, que necesita ser protegido para salvaguardar la integridad de la especie humana como **un valor en sí mismo**, y la dignidad y derechos de cada uno de sus miembros. En este trabajo se pretende, precisamente, dilucidar si la naturaleza jurídica del genoma es de índole patrimonial; si es el objeto de un derecho subjetivo; o es un derecho de la personalidad, o se trata, más bien, de un **derecho de la especie humana** a su identidad específica, derecho inherente al ser y previo a los derechos atribuibles a la existencia como el propio derecho a la vida.

¿Qué es el patrimonio? La doctrina coincide al definir el concepto como la suma de los bienes susceptibles de ser estimables eco-

nómicamente de una persona, de una colectividad o asignada a un fin como en el caso de las fundaciones.

El artículo 2312 del Código argentino precisa el concepto de patrimonio: "Los objetos inmateriales susceptibles de valor e igualmente las cosas, se llaman bienes. El conjunto de bienes de una persona, constituye su patrimonio".

Romeo Casabona (2) arguye que la palabra patrimonio permite varias acepciones entre ellas una de naturaleza económica. Trae a colación el párrafo 31 del Preámbulo de la **Declaración Universal para la protección del Genoma Humano** citada. En él se alude a la Convención Universal sobre Copyright de la UNESCO de 6 de Septiembre de 1952, y a las Convenciones WIPO sobre Copyright y Patentes, ... El artículo 1 de la propia **Declaración** -que declara al genoma humano patrimonio de la Humanidad- puesto en conexión con el párrafo 3º citado del Preámbulo, se transforma en una proclamación esencialmente económica. Romeo propone que se suprima del párrafo 3º del Preámbulo las referencias a los Convenios sobre Copyright y Patentes para evitar contaminaciones economicistas. Retengamos esta oportuna observación del Prof. Romeo ya que incluir el genoma humano en el concepto de patrimonio tiene unas inevitables connotaciones económicas.

Antecedentes

La idea de patrimonio común de la Humanidad tiene su origen en el Derecho internacional. Andrés Bello, nacido en Santiago de Chile a finales del siglo XVIII, fue Profesor y Rector de la Universidad de Santiago y redactor del Código de Derecho Chi-

leno. Utiliza la denominación de patrimonio para ciertos bienes que pueden servir a todos sin menoscabarse ni deteriorarse.

La expresión de patrimonio común de la Humanidad se ha incorporado definitivamente al Derecho Internacional en lo que se refiere a los océanos -Convención sobre el derecho del mar del 10 de Diciembre de 1982-. También en el Acuerdo que rige las actividades de los Estados en la Luna y otros cuerpos celestes de 18 de Diciembre de 1979 se hacía mención a este principio. A tenor del artículo 4º la exploración y utilización de la Luna incumbirá a toda la Humanidad en provecho e interés de todos los países teniendo en cuenta "los intereses de las generaciones actuales y venideras".

Para Harold Edgar, miembro del Comité Internacional de Bioética de la UNESCO, "El derecho del mar regula en realidad unos derechos de propiedad universales. Es un conjunto de leyes sobre el patrimonio común que dice 'vamos a explotar comercialmente el mar en beneficio del mundo y no sólo de algún estado'. Yo no creo que la Declaración de la UNESCO -explica Harold Edgar- esté pensada para permitir la utilización económica máxima del genoma. Pero la pregunta sigue siendo: ¿Existe el riesgo de que se interprete de esa manera?" Ruego también la atención del lector sobre este punto.

Gros Espiell en su artículo "**El patrimonio común de la Humanidad y el Genoma Humano**" afirma que "la aplicación del principio del patrimonio común de la Humanidad a ciertos espacios y bienes tiene como consecuencia el establecer una relación jurídica entre un sujeto de derecho, la Humanidad, y dichos espacios o bienes"; la relación jurídica se establece entre un sujeto de dere-

cho que es la Humanidad y los espacios o bienes. Más adelante, en ese mismo artículo el autor vincula la conservación del genoma humano, patrimonio común de la Humanidad, a las generaciones presentes. Asímila el concepto genoma humano al de patrimonio.

Aunque al decir de Gros Espiell "la idea de 'patrimonio común' en el derecho internacional tiene un sentido más amplio, distinto, y un contenido mucho más vasto y complejo, que el concepto de patrimonio en el derecho civil, que estaba caracterizado por una idea económica, por la relación entre una o varias personas físicas o morales y un conjunto económico, de valor pecuniario, en beneficio de una persona física y jurídica. En el derecho internacional este concepto ha evolucionado, cambiado y enriquecido, incluyendo otros elementos. Se ha transformado en algo distinto".

Pero por mucho que se amplíe el concepto de patrimonio no se modifica su índole, no ha habido ningún cambio en su naturaleza jurídica. El **concepto "patrimonio" indica un bien exterior al sujeto por lo que no puede comprender al genoma humano**. Las culturas han sido creadas por el hombre; unos pueblos se pueden apropiarse de las culturas de otros, sufrir sus influencias, estar bajo su dominio como ha ocurrido a lo largo de la Historia en multitud de ocasiones. Su carácter inmaterial no impide que sean exteriores al sujeto, ni las priva de su naturaleza de patrimonio. Sin embargo **el genoma es un elemento que constituye al propio sujeto**.

En el caso del mar, los Estados se comprometen a no explotar las zonas de la plataforma internacional de los océanos más que en determinadas circunstancias. Cada uno de los Estados hace una cesión de soberanía en

beneficio de la Humanidad a la que se reconoce, aunque no sea en forma explícita, como un sujeto a quien pertenece el patrimonio que los Estados van a proteger en su beneficio. Se la eleva "de facto" a la condición de persona jurídica, que es una ficción creada por el Derecho a la que se otorga personalidad. Pero el genoma se debe proteger no por ser patrimonio de la Humanidad, sino porque es la esencia de lo humano hasta el punto de que si se modifica sustancialmente el genoma la especie humana deja de ser tal. Será otra especie pero no humana puesto que el genoma es lo que determina, entre otros factores, a la especie.

Por otra parte al incluir el genoma en el concepto de patrimonio cabe la duda razonable expresada por Harold Edgard de permitir, entre otras, su utilización económica, y se justifican los reparos expuestos por Romeo.

El carácter de bien aplicado al genoma no es equiparable a otros bienes como pueden ser los océanos, plataformas marinas, yacimientos petrolíferos, monumentos, ciudades,... porque el genoma es un elemento constitutivo, como ya se ha dicho, no del patrimonio común sino de la propia especie humana. Zannoni señala que ni el cuerpo ni la psique son "cosas" exteriores al ser del hombre, la unidad psico-somática es inescindible en el ser humano (5).

El genoma humano

Si no le conviene el concepto de patrimonio ¿cuál es la naturaleza jurídica del genoma humano?

Siguiendo a Castán podemos afirmar que los bienes de las personas que obtienen la protección del Derecho son de diversa naturaleza: personales como la vida, el nombre y

el honor; patrimoniales, de carácter económico y bienes familiares y sociales, que representan el poder de la persona dentro de las organizaciones en que el sujeto se desenvuelve. La primera de estas categorías se traduce en los llamados derechos de la personalidad; son aquéllos que, a diferencia de los patrimoniales, "garantizan al sujeto el señorío sobre una parte esencial de la propia personalidad"(6); o bien "aquéllos que tienen por objeto los modos de ser, físicos o morales de la persona"(7), en cuanto partes de la propia persona. "Los llamados 'derechos de la personalidad', pretenden garantizar a la persona -ya no sujeto de Derecho, ni tampoco objeto, sino simplemente persona (nada más y nada menos) - el goce y respeto de su propia entidad e integridad en todas sus manifestaciones físicas y espirituales. Su fundamento último es la dignidad de la persona"(8).

El reconocimiento de los derechos de la personalidad es relativamente reciente. Los códigos penales han tipificado los delitos contra la integridad física y la vida. En el siglo XIX no se tuvieron, todavía, en consideración. Los ordenamientos jurídicos centraron su atención y privilegiaron la protección del patrimonio, a pesar de su carácter instrumental, sobre el hombre mismo. Las consecuencias de las dos guerras mundiales y la influencia de las filosofías existencialistas propiciaron la preocupación por la tutela legislativa de los derechos de los seres humanos.

¿Cuáles son los derechos de la personalidad?

La doctrina reconoce ya sea como derechos particulares de la personalidad o como derechos sobre la propia persona: el derecho a la vida y a la integridad física y moral; al

propio cuerpo; a la libertad; al honor; a la propia imagen y a la intimidad o privacidad. **El derecho a la inviolabilidad del genoma humano** se integra perfectamente en los derechos de la personalidad. Tiene sin embargo unas características o peculiaridades que le son propias.

1º El genoma de la especie humana se refiere a la identidad, a la esencia de lo humano única e indivisible. De él participan los individuos.

2º La integridad del genoma se altera si se modifica su función y su expresión.

3º La inviolabilidad del genoma exige evitar la manipulación de los genes. Exige también el respeto al hábitat o ambiente natural en que éstos vayan a expresarse.

EL SUJETO DE DERECHO

Para proteger debidamente al genoma necesitamos un sujeto a quien atribuir la titularidad del derecho.

En el artículo de Gros Espiell se afirma que “la Humanidad en sí misma no es una figura jurídica que posea un titular que la represente. Pero puede decirse que en el mundo de hoy, la Humanidad se institucionaliza a través de las Naciones Unidas y es el Derecho Internacional, que emana directa o indirectamente de la organización de las Naciones Unidas, el que determina cómo la Humanidad se hace representar, cómo se forma y se integra su patrimonio y cómo se le protege y defiende jurídicamente”(9). Por esta vía si el genoma se integrase en el concepto de patrimonio quedaría al albur de las Naciones Unidas.

A mayor abundamiento como dice Gros Espiell **la Humanidad** desde una perspectiva política es el conjunto de individuos, naciones y pueblos que se agrupan constituyendo

las Naciones Unidas. Pero hay grupos y comunidades que no están integrados en las Naciones Unidas o cuya presencia en ellas es tan minoritaria que aunque tengan voz, su voto no tiene ninguna relevancia y que se verían discriminados. Pero no podemos perder de vista que el genoma humano es parte constitutiva de todos y cada uno de los seres humanos, pasados, presentes y venideros.

Antes de seguir adelante conviene precisar dos conceptos que pertenecen a ámbitos distintos que se confunden con frecuencia. Una cosa es **la especie humana** como tal especie “entidad abstracta e indivisible” como el propio autor afirma; pero algo distinto es **la Humanidad**, se institucionalice o no a través de las Naciones Unidas.

Humanidad / especie humana

El concepto “Humanidad” no equivale al de “especie humana”. En todos los conceptos se distingue **comprensión** de **extensión**. La comprensión es el conjunto de características o notas inteligibles de un concepto; las referencias mediante las cuales el concepto expone su objeto. La extensión es el conjunto de individuos a los que se aplica, a los que caen bajo el concepto.

El concepto **hombre** tiene extensión y comprensión. La Humanidad enfatiza las notas que expresan la extensión del concepto tiene una connotación **cuantitativa**; es un concepto colectivo. Los conceptos colectivos se refieren a un todo constituido por una pluralidad de objetos homogéneos. El concepto Humanidad ha partido de considerar la extensión: conjunto de todos los hombres, suma de individuos.

La **especie** expresa la esencia del hombre, toda la esencia. Tiene una connotación **cuali-**

tativa. Nos dice cómo es el hombre, cada hombre en particular que existe, ha existido y existirá. La esencia se realiza, efectivamente, en cualquiera de los individuos.

Si protegemos a la Humanidad, protegemos a la colectividad de los hombres como suma de individuos. Si protegemos a la especie humana preservamos lo esencial del hombre, lo que le define como tal, independientemente del número de individuos; y, al mismo tiempo lo esencial de la colectividad humana.

Cuando la UNESCO procura la protección del genoma humano quiere **preservar lo cualitativo**: la especie. La razón que le mueve es el **beneficio** de las generaciones presentes y futuras que desde la perspectiva cuantitativa constituyen la Humanidad.

La **Humanidad** es por tanto la colectividad, el conjunto de personas que pueblan la Tierra. Es independiente que esté políticamente reunida en Comunidad de Naciones, Pueblos u organismos de la índole que se quiera. También lo es que sea dueña o administradora del mar o de los espacios estelares. Los delitos que atacan sus derechos tienen que ver con la extensión del concepto; implican un número amplio de sujetos afectados. Por ejemplo el delito de genocidio.

La especie humana sujeto de derecho

La especie humana, como hemos visto, no está en función del número de individuos. Cuando por exigencias del ecosistema biológico o por razones culturales, estéticas, ... se protege una especie vegetal o animal para evitar su extinción, es la especie lo que se quiere preservar; no es el bosque sino el árbol: un sólo árbol testimonia la presencia de la especie; materializa expresa o realiza la

especie. Porque es, fundamentalmente, la esencia encarnada con sus rasgos, características y peculiaridades lo que se quiere proteger.

Los pueblos, igual que la Humanidad de la que son parte, indican la extensión del concepto hombre. No deben confundirse los derechos de los pueblos, reconocidos en diversos instrumentos internacionales, con los de la especie, porque son de otra índole. En aquéllos el sujeto es la suma de los individuos. El **Pacto de Derechos Civiles y Políticos**, y el **Pacto internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales** reconocen a esos pueblos como titulares de derechos al permitirles disfrutar y utilizar plenamente sus recursos y riquezas naturales para el logro de sus fines. Lo mismo puede decirse del **Convenio sobre Prevención y Castigo del Delito de Genocidio**, que se refiere a colectividades integradas por individuos. Así como los delitos contra las personas, como el homicidio, asesinato... etc, se refieren a las personas individualmente consideradas, en el genocidio el injusto pone el énfasis en la cantidad, en el número de personas. Es lo cuantitativo lo que le configura y le da un carácter propio como delito.

El delito de genocidio no se comete por matar a un único judío o musulmán, el tipo del delito exige lo colectivo, y la protección se circunscribe a grupos determinados con peculiaridades raciales propias o agrupados en naciones. Recientemente se ha iniciado en el Tribunal de la Haya el primer juicio por crímenes de guerra, desde los tristemente famosos procesos de Nüremberg y Tokio celebrados hace 50 años. Al serbo-bosnio Dusko Tadic se le imputan asesinatos, torturas y violaciones cometidos en un campo de

concentración en Bosnia en 1992, cegado por el odio a los musulmanes de su ciudad. El fiscal al acusarle ha definido el delito con estas palabras "se puede decir que Tadic ejemplifica bien lo que se denominó a lo largo del conflicto en la antigua Yugoslavia limpieza étnica serbia". Se les llama delitos contra la Humanidad: que, como se ha dicho, expresa la extensión del concepto hombre.

En cambio implantar un solo embrión de un único miembro de la especie humana en el útero de una mona, no es un delito contra la Humanidad; conculca el derecho de la especie a su propia identidad, a su ser específico, a su esencia que expresa la comprensión del concepto hombre; independientemente de que violen también los del individuo en cuestión. Así lo entiende Promm al reconocer que "un individuo representa la especie humana. Pero sucede que a la vez es él y es todos: es un individuo con sus peculiaridades, y en este sentido es único; y al mismo tiempo es representante de todas las características de la especie humana"(10).

Cuando la UNESCO ha declarado que ciertos bienes son patrimonio de la Humanidad la ha reconocido como titular de ese patrimonio. Habría un sujeto de derecho colectivo: la Humanidad titular de un derecho patrimonial a los océanos, plataformas marinas, yacimientos petrolíferos, monumentos, bienes culturales,... Por otra parte hay que considerar independientemente de la Humanidad a la especie humana, cuyo derecho a su propia esencia específica le otorga la titularidad del derecho a la integridad de su genoma.

Al proclamar sujeto de derecho a la especie humana, cuya existencia es cierta y actual,

se deben enumerar y reconocer todos los derechos que le competen como especie. Por una parte a su **identidad**, la identidad se refiere al **ser**, es decir, a la permanencia en su ser específico que implica la integridad de su genoma, que sus genes no sean manipulados; también implica que el genoma se exprese en el hábitat humano que le es propio. Por otra parte supone el derecho a **mantenerse en la existencia**, a la conservación de la vida de sus individuos con las connotaciones que le son propias; la vida se refiere al existir, a permanecer en la existencia.

La especie anticipa la idea de existencia; su esencia concentra todos los caracteres que definen lo humano. Cada individuo participa de una parte de los caracteres que corresponden a la especie, que le transmiten sus progenitores.

La dignidad de la especie humana

¿Está legitimada la especie con base en su dignidad para ser sujeto de derecho? La especie es un universal que está subordinada al género y supraordinada al individuo. El **género humano** sólo expresa una parte de la esencia que es común a otras especies. El hombre es, en cuanto a su género, animal; le falta la diferencia específica, racional para completar su definición. Las generaciones futuras no pueden ser sujeto de derecho porque no existen todavía. Pero la especie tiene una existencia real: existe. La especie es el vínculo que une a las generaciones presentes y a las futuras (11). Es el "vínculo nuevo" que se solicitaba en la Declaración de La Laguna.

La especie humana tiene derechos que son emanaciones de su propia esencia, porque tiene dignidad, entendida ésta como la excelsitud o índole "sui generis" que la sitúa

en un plano superior a lo puramente orgánico. Es de notar que si el hombre tiene dignidad es por ser hombre, y es hombre por pertenecer a la especie, de la que participa porque ha sido generado por dos miembros de la especie humana. Si los derechos son inherentes a la dignidad del hombre también la especie tiene derechos inherentes a su dignidad como especie.

Ruiz Vadillo coincide en la necesidad de una nueva concepción de la dignidad humana: "Cuando se consigue modificar la dotación genética interviniendo el sistema de reproducción humana, no sólo se manipula en la forma deseada a la persona directamente afectada sino a todos los descendientes. Y con ello se está influyendo en la misma esencia de la persona. Ello supone dar un paso radical que está demandando una nueva concepción de la dignidad humana"(12).

El sujeto "especie humana" trasciende al individuo.

Hay ciertas manipulaciones genéticas que afectan a la integridad del genoma humano, pero su protección sólo se puede llevar a cabo desde el derecho a la inviolabilidad genética de la especie humana: es el caso de la clonación a partir de células, no de embriones; y la hibridación o unión de gametos humanos y de otra especie animal. Hay una forma de clonación, que es la división en una o más porciones del óvulo ya fecundado, del embrión humano. En este caso se conculca el derecho a la vida prenatal en sus primeras fases evolutivas, porque el ser humano existe ya. Su defensa afecta a la protección de los derechos del individuo.

Pero es muy distinto el supuesto de sustitución del núcleo de un óvulo por el núcleo

de una célula somática que da lugar a un nuevo ser que es un clónico del causante de la célula somática. Debemos tener en cuenta A: el causante de la célula somática, B: el óvulo utilizado y C: el nuevo ser producto de la manipulación. El individuo causante de la célula somática tiene, efectivamente, el derecho a no ser copiado. Su defensa es perfectamente asumible desde el propio sujeto. ¿Y si hubiera fallecido? La clonación también se podría llevar a efecto si el cadáver conservara células sanas. ¿Tiene derechos un muerto? Ha perdido los derechos inherentes a la vida pero conserva los derechos que le son propios por pertenecer a la especie. Estos últimos son intemporales y no están vinculados a la existencia. El derecho del muerto a su identidad, a ser único e irrepetible podrían reivindicarlo sus herederos. Como se reivindica, incluso ante los Tribunales, el honor y el buen nombre aun después de la muerte, porque éstos son también derechos del ser, no del existir y del tener, competen a su esencia, a su identidad. En nuestro Derecho está previsto mediante un recurso de revisión ante el Tribunal Supremo rehabilitar el honor y la fama de un reo si aparecen pruebas, después de su fallecimiento que demuestran su inocencia. Los derechos del causante de la célula somática se podrían, por tanto, proteger desde el propio individuo.

El óvulo a quien se ha sustituido el núcleo es una simple célula sin derecho alguno ¿y el nuevo individuo? La clonación vulnera también el derecho a la unicidad e irrepetibilidad del nuevo individuo. Pero todavía no existe cuando se lleva a cabo la clonación; no tiene presencia en la realidad ni ontológica ni jurídica. En el "nasciturus" podemos decir que algunos derechos se

“anticipan” al momento del nacimiento, como pueden ser los de sucesión. Pero no es el caso de quien no ha sido ni siquiera concebido; al carecer de titularidad no hay derechos a cuya defensa podemos apelar. El bien jurídico tutelado en este tipo de clonación no es “la protección de la vida prenatal en sus primeras fases evolutivas” a la que se refiere González Cussac”, porque cuando se sustituye el núcleo de un óvulo sin fecundar por el núcleo de una célula somática, la vida prenatal del nuevo ser no existe todavía. Por eso he introducido los **derechos del ser**, de la esencia que pertenecen a la especie y son previos al existir.

Este supuesto es semejante a la hibridación que se hace a partir de una célula humana que como tal no tiene ningún derecho. La protección del genoma se debe hacer en este caso a partir de la especie.

PROTECCION EFECTIVA DE LOS DERECHOS DE LA ESPECIE

Al proceder a una efectiva protección de los derechos de la especie humana surge la pregunta de si la especie humana es verdaderamente titular de un derecho subjetivo. En sentido técnicojurídico no podemos hablar de un verdadero derecho subjetivo ya que la especie humana carece de la facultad o poder para su ejercicio, lo cual no quiere decir, dicho sea de paso, que quedara sin sanción la lesión de sus derechos; la propia degradación que sufriría la Humanidad sería la venganza de la especie.

No podemos olvidar que el Derecho es un instrumento cuyas categorías se inventan y utilizan para ser útiles a las personas. En este caso concreto, estamos ante una categoría de interés público y social de las que dice

Beltrán de Heredia que no representa un deseo subjetivo de satisfacción sino que es una necesidad pública, social, colectiva supraindividual. “El bien común o público que esta necesidad entraña representa siempre algo objetivo, supraindividual, cualquiera que sea la fórmula que se utilice para su definición; tanto en la forma marxista del interés social expresivo de un interés de clase... como en el denominado interés de solidaridad o de categoría. Incluso la clásica fórmula de la Revolución Francesa del interés general. Con más precisión se configura como algo que interesa a la cosa pública, a la colectividad, no en un sentido de ella, sino para ella. La tutela es pública, objetiva, a la manera que puede observarse en la esfera penal o en la administrativa”(14). El autor hace una referencia a santo Tomás (15) y a su concepto de bien común.

El bien que se protege carece de existencia objetiva distinta de la propia especie humana, porque constituye su misma esencia que afecta a su ser a su identidad específica. El bien es protegible porque representa un interés común.

Según Fernández Sessarego un sector de la doctrina no logra desprenderse del pesado lastre que significa una formación intelectual de corte individualista y patrimonialista que privilegia la tutela de los bienes sobre la persona, cuya protección quedaba encomendada a las disposiciones contenidas en el código penal. Las nuevas ideas de la doctrina actual de raíz personalista no toleran que se trate con las mismas categorías e instrumentos de los que se vale la ciencia jurídica para referirse a los bienes objetos que le sirven al ser humano para realizarse como persona: como ser libre y creador, calidad de la que se

deriva su propia dignidad. La protección de la persona humana exige una tutela pronta y eficaz no necesariamente vinculada a la previa existencia de derechos subjetivos típicos (16).

Retomando la pregunta del principio de esta ponencia ¿Podemos decir que protegemos el genoma humano si no garantizamos también la Integridad del hábitat natural que como ser humano le es propio? La interacción con el entorno es constante a lo largo de toda la vida. Habida cuenta de que el genoma recibe continuamente el impacto ambiental y que éste condiciona la expresión de los genes, para concretar la protección del genoma en una Declaración Universal es conveniente limitarse a la etapa prenatal. En primer lugar porque es en esa etapa cuando es mayor la trascendencia del ambiente. Segundo porque a partir del nacimiento más que el genoma en sí mismo se puede decir que se protege al propio hombre en todos los múltiples aspectos de su personalidad.

Desde el punto de vista del sujeto, individualmente considerado, no podemos ignorar que al colocar al embrión en un útero distinto del útero original queda desprotegido el propio genoma en su expresión. "Nos hallamos en el límite de nuevas tecnologías que van a separar la reproducción humana de la creación de nuevos seres humanos"(17). En el caso de un huevo humano fertilizado e implantado en el útero de una vaca como madre subrogada, podemos esperar un rechazo ético unánime por motivos, entre otros, de respeto hacia la dignidad de la persona. Enfatizamos el derecho legalmente protegido de todo ser humano a desarrollarse en su hábitat prenatal libre de estímulos nocivos y de sustancias dañinas. A pesar de

que aún no conocemos todos los efectos de la manipulación prenatal, sí lo suficiente para prevenirnos de su importancia. Cuando alteramos la gestación y degradamos su papel íntimo en el desarrollo de un individuo estamos, de hecho, creando un grupo distinto de personas, es decir personas desarrolladas fuera de los úteros de sus madres, en medios manipulados (18). La Constitución de la UNESCO "rechaza las desigualdades entre hombres y razas".

Al proclamar a la especie humana como sujeto de Derecho se preservan los derechos de todos los seres humanos presentes y por venir. De acuerdo con Hondius(19) el genoma humano es la herencia que recibirán las generaciones futuras, que se verán afectadas por la manipulación de los genes que hoy realicemos. El Proyecto Genoma Humano y sus aplicaciones afectarán a la Humanidad de los siglos venideros: su regulación jurídica es fundamental. Nuestra responsabilidad y compromiso ante las generaciones futuras nos impone el deber de evitar daños irreparables en el futuro (20).

CONCLUSIÓN

La definición del genoma humano debe comprender el hábitat prenatal en el que éste se expresa. Para que su protección sea efectiva debe extenderse a ese entorno íntimo y natural de estímulos y respuestas de índole orgánica, psicológica y emocional que constituye el aspecto dinámico del propio genoma.

El genoma humano es un elemento constitutivo de la especie humana. Esta tiene el derecho inherente a su dignidad, a la inviolabilidad de su genoma.

La especie trasciende al individuo y a la Humanidad. Es un "prius" antropológico y

ético en el que el hombre se reconoce a sí mismo por el carácter transpersonal del genoma. A la especie humana por su propia dignidad conviene la condición de sujeto de derecho para preservar la identidad e inviolabilidad de la esencia de lo humano. La especie es el vínculo que permite proteger los derechos de las generaciones presentes y futuras.

NOTA. Este trabajo corresponde a la Ponencia pronunciada en las Jornadas de reflexión sobre el genoma humano celebradas en la Sede y bajo el patrocinio de la Fundación Ramón Areces. Tenemos la satisfacción de comprobar que la Declaración Universal de Protección del Genoma Humano de la UNESCO 11 Noviembre 1997, en su redacción definitiva, hace la salvedad de que "el genoma humano es patrimonio de la humanidad en sentido simbólico". Acoge las reflexiones que hemos realizado en cuanto a la naturaleza jurídica del genoma humano.

Notas bibliográficas:

1. Documento de la 28 Reunión de la Conferencia General de UNESCO, 28c/inf.20, 4 de Noviembre de 1995, punto 4.5 del Orden del día.
2. ROMEO CASABONA, C. "El Proyecto de Declaración de la UNESCO sobre Protección del Genoma Humano: observaciones a una iniciativa necesaria" en Revista de Derecho y Genoma Humano 3(1995), Universidad de Deusto, Bilbao, p. 161 y ss.
3. OTCHET, Amy. "La ley de los genes", Fuentes UNESCO, n, 74, noviembre 1995.
4. GROS ESPIELL, H. "El patrimonio común de la humanidad y el genoma humano" en Revista de Derecho y Genoma Humano, 3(1995), Ed. Universidad de Deusto, Bilbao, p. 96: El concepto de patrimonio común de la Humanidad, aplicado a espacios u objetos, lo ha señalado FELIPE PAOLILLO "Naturaleza Jurídica del Principio 'Patrimonio Común de la Humanidad'", Anuario Hispano Luso Americano de Derecho Internacional, Vol.II, 1984. Ver BEDJAQUI, M: "Le Génome Humain comme patrimoine commun de l'Humanité ou la génétique de la peur a l'espérance", en MAYOR, F: Amicorum Liber, Bruylant, Bruselas, 1995, Vol. II, p. 913; ARMAS BAREA, C. "Patrimonio Común de la Humanidad: Naturaleza jurídica, contenido normativo, perspectivas", Anuario Hispano Luso Americano de Derecho Internacional, T.10, Madrid, 1992; RISS, A.L. "La notion de patrimoine commun de l'Humanité, Recueil des Cours", Academie de Droit International, T.175-II, 1982. Citados por GROS ESPIELL, H. en "El Patrimonio Común de la Humanidad y el Genoma Humano" en Revista de Derecho y Genoma Humano 3(1995), Ed.Universidad de Deusto, Bilbao, p. 97.
5. ZANNONI, E. "El transexualismo desde la perspectiva ético-jurídica", en Derecho de Familia, 1990-4-142.
6. GIERKE, Deutsches Privatrecht, Tomo 1, Allgemeiner Teil und Personenrecht, p. 702. Citado por CASTAN TOBENAS, J.M. Derecho Civil Español: Común y Foral, Tomo II, Reus, Madrid, 1978, p. 336.
7. DE CUPIS, I diritti della personalità, Milano, 1950, p. 32 ss.
8. LACRUZ BERDEJO, J.L.; SANCHO REBULLIDA, F; y otros. Parte General de Derecho Civil. Volumen II. Personas. Ed. Bosch, Barcelona, 1990, p.38
9. GROS ESPIELL, H. en "El Patrimonio Común de la Humanidad y el Genoma Humano" en Revista de Derecho y Genoma Humano 3 (1995), Ed. Universidad de Deusto, Bilbao, p. 98.
10. FROMM, E. Man for Himself: an Inquiry into the Psychology of Ethics. Reinhart. Nueva York 1947, p.38
11. La especie es un universal que es la realidad misma del individuo en su variada o múltiple concreción. Este universal representa, como dice HEGEL la totalidad del concepto. Logik III, sec.1, cap. 1. Dijo San Agustín que la especie "es la idea que tiene Dios del hombre".
12. RUIZ VADILLO, E. Algunas reflexiones sobre las manipulaciones genéticas. Ponencia presentada en las "Jornadas de reflexión sobre el genoma humano".

Fundación Ramón Areces. 19 y 20 de Febrero de 1997. Madrid, p. 8

13. GONZALEZ CUSSAC, J.L. "Reproducción asistida y manipulación genética en la Reforma penal española". *Revista de Derecho y Genoma Humano* 3 (1995)

14. BELTRAN DE HEREDIA y CASTAÑO, J. Discurso de recepción en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 29 Marzo 1976, p.70-71.

15. SANTO TOMAS, Summa, II, LVIII, 7, 2.

16. FERNANDEZ SESSAREGO, C. *Derecho a la Identidad Personal*. Astrea. Buenos Aires, 1992, p. 234 ss.

17. HARRISON, M., "Psychological Ramifications of 'Surrogate' Motherhood" *Psychiatric Aspects of Reproductive Technology*, Editor: N.L. Stotland, M.D. (American Psychiatric Press, Washington, D.C., U.S.A., 1990), p. 98.

18. Vid. VILA-CORO M.D., "La reproducción asistida en la mujer sola", *Revista General de Derecho*, 572(1992), Valencia.

19 Subsecretario General de la Comisión Internacional del Estado Civil (Estrasburgo, Francia).

20 Cf. HONDIUS. F. "La libertad humana y el genoma humano". *El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano*. V.I. Fundación BBV, Bilbao, 1994, p. 189.