

ALCANCE DEL BIEN JURÍDICO TUTELADO DE LA VIDA Y LA INTEGRIDAD
PERSONAL DESDE LA PERSPECTIVA DE LOS DELITOS DE MANIPULACIÓN
GENÉTICA

ESTUDIANTES:

SERGIO ESTEBAN ACOSTA FRANCO

ALEJANDRO MEJÍA CASTRO

UNIDAD CENTRAL DEL VALLE DEL CAUCA

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y HUMANÍSTICAS

PROGRAMA: DERECHO

TULUÁ, VALLE DEL CAUCA

2019

ALCANCE DEL BIEN JURÍDICO TUTELADO DE LA VIDA Y LA INTEGRIDAD
PERSONAL DESDE LA PERSPECTIVA DE LOS DELITOS DE MANIPULACIÓN
GENÉTICA

ESTUDIANTES:

SERGIO ESTEBAN ACOSTA FRANCO

ALEJANDRO MEJÍA CASTRO

MONOGRAFÍA PARA OPTAR AL TÍTULO DE ABOGADO

DIRECTOR: ALFONSO GONZÁLEZ LÓPEZ

UNIDAD CENTRAL DEL VALLE DEL CAUCA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y HUMANÍSTICAS
PROGRAMA: DERECHO
TULUÁ, VALLE DEL CAUCA

2019

Nota de aceptación

Aprobado por el Comité de Trabajos de Grado en cumplimiento de los requisitos exigidos por la Unidad Central del Valle Tuluá, para optar al título de Abogado

Director

Jurado

Jurado

AGRADECIMIENTOS

A Dios y a nuestras familias en su constante e incansable esfuerzo para ver realizado el mismo logro profesional al que aspiramos.

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	7
1. Alcance del bien jurídico tutelado de la vida y la integridad personal desde la perspectiva de los delitos de manipulación genética	8
2. DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA	8
2.1. Planteamiento del problema	8
2.2. Formulación del problema	10
3. justificación	11
4. OBJETIVOS	12
4.1. Objetivo general	12
4.2. Objetivos específicos	12
5. MARCO REFERENCIAL.....	13
5.1. Marco teórico.....	13
5.2. Marco conceptual	17
5.3. Marco legal.....	18
6. DISEÑO METODOLÓGICO.....	20
7. RESULTADOS Y DISCUSIÓN	21
7.1. Principios que fundamentan la institución del bien jurídico tutelado y su importancia.....	21
7.2. hECHOS históricos que determinaron el surgimiento de la manipulación genética como práctica nociva a los intereses de la sociedad	32
7.2.1. Las Leyes de Mendel.....	33
7.2.2. Promulgación de la Teoría del Origen de las Especies	33
7.2.3. Se acuña el término “gen”	34

7.2.4. Se descubre el diseño de doble hélice de la estructura del ADN	35
7.2.5. Se descifra el Código Genético	35
7.2.6. Reacción en cadena de polimerasa.....	36
7.2.7. La Clonación.....	37
7.2.8. Proyecto Genoma Humano	38
7.2.9. Bebés <i>in vitro</i>	38
7.3. tratamiento jurídico asignado a la práctica de la manipulación genética humana a nivel internacional.....	40
7.3.1. Regulación en Colombia.....	40
7.3.2. Regulación peruana.....	44
7.3.3. Regulación en Inglaterra.....	45
7.3.3.1. Frente a los Embriones:.....	46
7.3.3.2. Frente a células germinales:.....	46
7.3.3.3. Frente a los gametos:	46
8. CONCLUSIONES	47
9. BIBLIOGRAFÍA	51

INTRODUCCIÓN

La antijuridicidad de toda conducta punible supone, además de la concurrencia de otros elementos, la transgresión efectiva de su correspondiente bien jurídico tutelado; no obstante, el alcance de la tutela de los bienes jurídicos no puede ser revelado mediante la simple enunciación o lectura de su denominación como título enmarcado en la sistemática de la normativa sustancial penal, por cuanto existen casos en que los tipos penales, con sus elementos descriptivos y normativos, resultan de tal complejidad y magnitud que su materialidad o ejecución aparentan estar más relacionados con la vulneración de cualquier otro valor o principio, antes que con el quebrantamiento del bien a que hace referencia la literalidad y simplicidad del rótulo que el legislador ha asignado al bien jurídico correspondiente. Tal es el caso de los delitos de manipulación genética, previstos en el Título I del Libro Segundo de la Ley 906 de 2004, denominado “de los delitos contra la vida y la integridad personal”.

Con el presente trabajo investigativo se piensa estudiar dicho aspecto comprendido en la normativa penal, a objeto de exponer el alcance, valor o trascendencia que guarda el bien jurídico de la vida y la integridad personal, más allá del sentido interpretativo que pueda dársele desde su mera literalidad. Éste tópico resulta importante en el contexto académico y de aplicación de la norma, ya que del concepto integral que pueda establecerse de esa institución legal, es posible contribuir y exponer a la academia un carácter de la norma no del todo pacífico, al tiempo que se aporta un nivel de consideración o reflexión al proceso mismo de la aplicación normativa si se tiene en cuenta que para predicar la antijuridicidad de una conducta en el momento de su juzgamiento, se debe hallar configurada una real afrenta o amenaza sobre su correspondiente bien jurídico tutelado.

1. ALCANCE DEL BIEN JURÍDICO TUTELADO DE LA VIDA Y LA INTEGRIDAD PERSONAL DESDE LA PERSPECTIVA DE LOS DELITOS DE MANIPULACIÓN GENÉTICA

2. DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA

2.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El derecho penal, como conjunto de normas que tiene por finalidad regular el poder punitivo en cabeza del Estado para prevenir y castigar los comportamientos de los individuos que resulten lesivos al orden social, cuenta con una serie de principios esenciales en función de límites a ese poder sancionatorio. Uno de tales principios es el de la mínima intervención o *última ratio* que predica el carácter fragmentario del mismo derecho penal, según el cual, la potestad represora del Estado se encuentra supeditada a la protección de ciertos bienes, valores o intereses jurídicos significativos como criterio fundamental para que su intervención resulte mínima y exclusivamente dirigida a las conductas que enseñen una grave o real afectación a dichos intereses del conglomerado.

En ese sentido, los bienes jurídicos constituyen intereses sociales considerados primordiales por la comunidad para la vida en armonía, los cuales a su vez son reconocidos y protegidos por el Derecho para asegurar su respeto. Pese a los principios de legalidad y taxatividad que también deben orientar el derecho punitivo, los bienes jurídicos tutelados no se encuentran concretamente descritos, definidos o significados en la normativa sustancial penal, al menos no para el caso de la legislación colombiana, pues allí estos últimos se consignan solamente con su respectivo nombre o denominación dentro de la sistemática normativa en forma de “Títulos” que se conforman precedidos de la proposición “delitos contra la (el)”, de donde se derivan el conjunto de tipos penales que tienen por finalidad

sancionar la transgresión al bien jurídico que los contiene; de modo que su definición corresponde conocerla a través de su denominación, la inferencia de los delitos que comprende su tutela y/o a través de los criterios doctrinarios y jurisprudenciales que sobre tales instituciones de derecho se hayan propuesto.

En el caso del bien jurídico de *La Vida y la Integridad Personal*, previsto en el Título I de la parte especial de la Ley 599 de 2000, su significación se hace pacífica en términos de comprensión frente a delitos como el *Homicidio* y las *Lesiones Personales*, pues de manera explícita, con la realización de tales conductas, se transgrede para cada caso la vida y la integridad personal de determinado individuo. No obstante, ese bien jurídico, en forma de título dentro de la sistemática penal patria, comprende también otros delitos que no revisten claridad en cuanto al objeto de protección o alcance de su tutela. Estos son los delitos de *Manipulación Genética*, *Repetibilidad del Ser Humano*, y *Fecundación y Tráfico de Embriones Humanos*, debido a que su descripción típica se refiere a circunstancias o supuestos que vistos en términos exactos, no sugieren un compromiso frente a valores como la vida humana y la integridad personal, haciendo difusa su comprensión desde la óptica de aquello que pretende proteger en ese específico caso el bien jurídico, o también, de cómo o en qué manera y contra qué sujeto de derechos esas conductas se configuran en delitos contra la vida y la integridad personal.

Bajo tal perspectiva, resulta necesario cuestionar cuál es el alcance del bien jurídico de la Vida y la Integridad Personal cuando se habla de delitos de manipulación genética, en tanto resulta claro que la literalidad del rótulo o nombre dado a ese bien jurídico no es suficiente para definir lo que realmente pretende y autoriza proteger la normatividad cuando enmarca dicha serie de conductas en un tratamiento penal, precisamente en razón de considerarlas tan trascendentes como para vulnerar un valor jurídico significativo a los intereses de la sociedad.

2.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

Para despejar tal abstracción contemplada en la normatividad sustancial penal, se plantea la siguiente pregunta de investigación: ¿Cuál es el alcance del bien jurídico tutelado de la vida y la integridad personal desde la perspectiva de los delitos de manipulación genética?

3. JUSTIFICACIÓN

La ciencia jurídica, desde todos los ángulos posibles, ha intentado regular los comportamientos de los miembros de la sociedad. No obstante, existen diferentes avances tecnológicos, sociales y académicos que han influenciado en el desarrollo de la comunidad y modifica tanto las necesidades como las posibilidades de las personas.

Por tanto, dadas las evoluciones de la sociedad la ciencia jurídica se ha visto en la obligación de evolucionar también, en aras de garantizar una auténtica protección de los bienes jurídicos tutelados. Es de vital importancia que las generaciones de nuevos juristas y profesionales del derecho, conozcan a fondo los comportamientos y las cuestiones que implican riesgos para la sociedad, tal como ocurre con los delitos de manipulación genética, los cuales surgen a la vida jurídica a partir de los avances que en esta materia logró la ciencia médica.

Así las cosas, es fácil argumentar que esta investigación se reviste de importancia y actualidad, en la medida que ofrece una discusión profunda y académica sobre la manera como la ciencia jurídica ha de regular de manera profunda las actividades de la comunidad científica en materia de manipulación genética, pues esta puede ser usada como una herramienta, como se verá más adelante, para perjudicar la estabilidad y la integridad de la sociedad.

Para nosotros es muy importante esta investigación, porque desde la perspectiva profesional es bastante complejo tener conocimiento de la materialización de este tipo de delitos, implicando con ello que es necesario que las autoridades, los abogados y los administradores de justicia, estén informados acerca de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que los delitos que se relacionen con la manipulación genética puedan materializarse.

4. OBJETIVOS

4.1. OBJETIVO GENERAL

Establecer la naturaleza del bien jurídico que se protege con la tipificación penal de conductas relacionadas con la manipulación genética.

4.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS

-Abordar los principios que fundamentan la institución del bien jurídico tutelado y su importancia.

-Precisar los hechos históricos que determinaron el surgimiento de la manipulación genética como práctica nociva a los intereses de la sociedad.

-Identificar el tratamiento jurídico asignado a la práctica de la manipulación genética humana a nivel internacional.

5. MARCO REFERENCIAL

5.1. MARCO TEÓRICO

Todo avance tecnológico con suficiente influencia en la vida en sociedad supone su reconocimiento o consideración por parte de las instituciones del Derecho, en la medida que el desarrollo de aquellos afecte en menor o mayor parte la convivencia pacífica de los individuos de la comunidad, entendiendo la regulación de esta como su primordial tarea. De allí que las tecnologías sobre genética humana y su manipulación, cualquiera sea su finalidad, sean objeto de regulación por parte del Estado, a efectos de evitar su utilización en los supuestos que afecte determinados intereses individuales o colectivos. Dado que la ejecución de la actividad tecnológica y sus consecuencias varían en un sentido u otro, dependiendo de si resultan más o menos perjudiciales para la sociedad, la ordenación reglamentaria de dicha actividad se dispondrá en diferentes áreas, desde lo administrativo hasta lo penal.

Dar un tratamiento penal a las conductas relacionadas con la manipulación genética, resulta una disposición implementada desde no hace mucho tiempo – desde el año 2001 en Colombia, cuando entró en vigencia la Ley 599 de 2000- por varios países, como medida de prevención de conformidad con instrumentos internacionales como el Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina, y la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos, ambos promulgados en 1997.

El hecho de que las conductas sobre aplicación de biotecnología en genética sean para el legislador reprochables penalmente, ha invitado con anterioridad a hacer reflexiones para determinar genuinamente cuál es el valor o interés esencial que

se quiere proteger o resguardar con la penalización determinadas actividades científicas.

Pero han sido las preocupaciones que se han generado a partir de las investigaciones y manipulaciones hoy en día posibles, las que han puesto una voz de alerta para que los legisladores limiten las intervenciones que tengan cualquier carácter eugenésico. Es así como en Colombia se han determinado tres conductas que son reprochables desde la perspectiva jurídico-penal:

- Manipulación Genética
- Repetibilidad del ser humano
- Fecundación y Tráfico de Embriones Humanos

Por eso llama profundamente la atención la manera como la Fiscalía General de la Nación, expone los motivos que animaron la regulación penal de estas conductas, tal como lo cita el tratadista Antonio José Cancino Moreno¹:

Así mismo, la propuesta prohíbe la manipulación genética, poniéndose a tono con los avances de la ciencia; se brinda especial protección al genoma humano que, de acuerdo con la Declaración Universal sobre el 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 unidad y diversidad intrínsecas. En sentido simbólico, el genoma humano es el patrimonio de la humanidad. Se busca también la protección del genotipo entendido como conjunto de genes 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 esta forma se da desarrollo legal a la referida Convención².

No obstante, dadas las manifestaciones de la Fiscalía General de la Nación en su exposición de motivos, no resulta diamantino el bien jurídico que se desea proteger con la tipificación de estas conductas. A nuestro juicio, los tipos penales que se encuentran dentro del Título I del Libro 2º, nombrado como “Delitos contra

¹ Cancino Moreno, Antonio José. *Genética y Derecho Penal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia y Academia Colombiana de la Abogacía. 2005.

² *Ibidem*.

la vida y la integridad personal”, no guardan una estrecha relación transversal entre lo que se tipifica en el tipo penal y el propio bien jurídico tutelado, lo cual se soporta en los estudios adelantados por la investigadora Emilsen González de Cancino:

Hemos estado en desacuerdo con esta clasificación pues, por las razones que expondremos al tratar este delito en particular, entendemos que la clonación no es un delito contra la vida o la integridad personal, que es el bien jurídico protegido en el título I, del cual hace parte este capítulo. Es muy dudoso que lo sea el tráfico de cigotos o embriones y no puede serlo el de gametos³.

No obstante lo anterior, existen autores como Edgar Hernán Fuentes Contreras, que han entendido que el bien jurídico tutelado o protegido por los tipos penales de la manipulación genética, tienen un ámbito dual:

La defensa que se ha efectuado sobre la pertenencia de su inclusión en el título a referencia, se construye desde un presunto concepto dinámico del bien jurídico vida, donde se vislumbra no sólo la del individuo concreto sino al de su propia especie. Con todo, más que un sentido dinámico del bien jurídico vida parece existir un bien jurídico frente a los tipos de la manipulación genética que difiere con la consignación realizada por el Legislador Colombiano. Las legislaciones internacionales y la doctrina, alude que los tipos penales relacionados con el fenómeno de modificación genética, parecen ser integrados desde una perspectiva dual, donde se garantiza la protección no meramente individual, del contenido genotípico del sujeto, sino, adicionalmente, la vulneración de un bien de carácter general o colectivo, relacionado con la inalterabilidad o intangibilidad del patrimonio genético de la especie humana⁴.

De esta manera, para nuestro juicio, el bien jurídico que se pretende tutelar, es la protección de los materiales genéticos que no han sido manipulados y el derecho a que se conserven sin intervenciones no consentidas, por considerarse que ese material genético humano hace parte del patrimonio de la humanidad, es una muestra clara de la identidad como especie, como seres humanos que nos hace

³ GONZÁLEZ DE CANCINO, Emilsen. Los delitos de manipulación genética. En: Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial. Universidad Externado de Colombia. Departamento de Derecho Penal y Criminología. Segunda Edición. Bogotá. 2015, p. 579

⁴ FUENTES CONTRERAS, Édgar Hernán. La manipulación genética en el contexto global y su restricción penal en el ordenamiento jurídico colombiano: perspectivas de la investigación genética y la protección del bien jurídico tutelado. REVISTA ANÁLISIS INTERNACIONAL. Número 2 • Año 2010.

únicos e irrepetibles. Por tanto, siguiendo las ideas del autor Fuentes Contreras⁵, mediante la regulación de las conductas de manipulación genética lo que se pretende es la construcción de una nueva serie de derechos humanos:

- Derecho al empleo de técnicas de reproducción asistida, con finalidad terapéutica.
- Derecho a la no discriminación por el material genético.
- Derecho a la individualidad y a la diferencia genética.
- Prohibición de beneficios pecuniarios frente al genoma humano en su estado natural.
- Prohibición de la eliminación de la variedad genética de la humanidad.
- Derecho a la emisión, valoración y vinculación del consentimiento informado.

Lo anterior se apoya en los argumentos expuestos por el tratadista Fuentes Contreras al citar a Habermas:

Desde esta perspectiva, el reconocimiento de estos derechos permitiría no sólo una congruencia real con la protección del bien jurídico sino además, una propensión a evitar situaciones y/ o formas de exclusión por razón del material genético, ocasionadas, en primera medida, por la generación de medidas eugenésicas intolerables dentro del marco de aquello que Jürgen Habermas, ha denominado el consenso producto de la acción comunicativa. Asevera Habermas que *"la manipulación de los genes afecta a cuestiones de identidad de la especie, y la autocomprensión del ser humano como pertenecientes a una especie"* (Habermas, 2001, p. 37); es, de esta manera, que esta actividad no sólo puede llegar a postular un problema meramente genotipo y fenotipo, sino, además, de consenso social, donde el concepto de inclusión y exclusión se remitiría al ideal que puede ser construido, materializado artificialmente de ser humano. No obstante, cercenar cualquier tipo de intervención o manipulación que pueda ostentar un carácter de germinal, es decir, que la misma sea transmisible a las futuras generaciones puede obedecer, igualmente, una política de Estado que limite de modo innecesaria el desarrollo de la persona, e incluso, vulnere la posibilidad de ofrecer condiciones mínimas para el perfeccionamiento de un futuro plan de vida, que, en otros términos, no es nada distinto a la transgresión de la dignidad humana. La negación absoluta de la intervención genética, existiendo la

⁵ Ibídem

posibilidad de ejercerla como medio terapéutico, exhibe al ser humano como un medio para la conservación de la especie, y deniega al individuo, particularmente considerado, como un fin en sí mismo⁶.

5.2. MARCO CONCEPTUAL

Para el mejor entendimiento y sentido que pueda darse al trabajo investigativo, es importante hacer claridad acerca de la noción de los siguientes conceptos:

- Ácido nucleico: Macromolécula compuesta de ribosa o desoxirribosa, fosfato inorgánico y una serie de bases.
- ADN: Ácido desoxirribonucleico, el material genético.
- Árbol genealógico: Diagrama de la historia genética de un individuo o familia.
- ARN: Ácido ribonucleico. Tiene como función principal la síntesis de las proteínas.
- Bien jurídico: Es la elevación a la categoría del bien tutelado o protegido por el derecho, mediante una sanción para cualquier conducta que lesione o amenace con lesionar este bien protegido, de esta reflexión se puede decir que el bien jurídico obtiene este carácter con la vigencia de una norma que lo contenga en su ámbito de protección, más si esta norma no existiera o caduca, éste no deja de existir pero si de tener el carácter de jurídico.
- Cigoto: Célula resultante de la unión del gameto masculino con el gameto femenino.
- Embrión humano: Etapa inicial del desarrollo de un ser vivo mientras se encuentra en el huevo o en el útero de la madre.
- Especie: Población o poblaciones de individuos que comparten un conjunto común de genes, son fenotípicamente similares y están reproductivamente aisladas de otras especies.
- Eugenesia: Programa de mejora del genoma humano que puede implicar alentar a los individuos con caracteres deseables a que tengan mucha

⁶ Ibídem.

descendencia (eugenesia positiva) y/o animar a los individuos con caracteres indeseables para que no tengan descendientes (eugenesia negativa).

- Fenotipo: Características observables en un organismo producidas por la interacción del genotipo con el ambiente.
- Fecundación: Unión de dos gametos para producir un cigoto.
- Gameto: Célula germinal haploide.
- Gen: Unidad básica de la herencia que ocupa un locus específico en el cromosoma y tiene una función específica.
- Genoma humano: Secuencia de ADN contenida en 23 pares de cromosomas en el núcleo de cada célula humana diploide.
- Genotipo: Constitución genética de un organismo.

5.3. MARCO LEGAL

Resultan relevantes para el presente tema de investigación los siguientes instrumentos normativos:

- Convenio para la protección de los Derechos Humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina. Conocido en el ámbito internacional como Convenio de Oviedo o Convenio de Austria, hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997, firmado por los Estados miembros del Consejo de Europa, otros Estados y la Comunidad Europea. Este convenio tiene por finalidad: “adoptar las medidas adecuadas, en el ámbito de las aplicaciones de la biología y la medicina, para garantizar la dignidad del ser humano y los derechos y libertades fundamentales de las personas”.

- Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos. Aprobada por la UNESCO (Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura) el 11 de noviembre de 1997. Mediante éste se definió, luego de 9 años de preparación, que el Genoma Humano es la base de la unidad fundamentalmente de todos los miembros de la familia humana y del reconocimiento de su dignidad intrínseca y su diversidad.
- Constitución Política de Colombia de 1991. Carta política del Estado colombiano, de aplicación en todo su territorio y erigida bajo el patrocinio de representar la supremacía legal.
- Ley 599 de 2000. Por la cual se expide el Código Penal colombiano. En particular, será objeto de estudio sobre esta norma su Capítulo Octavo, De la manipulación genética, contenido en el Título I del Libro Segundo.

6. DISEÑO METODOLÓGICO

Dada la estipulación normativa que en principio tiene la figura jurídica sustancial que se pretende estudiar de fondo, es posible concluir que la presente investigación es de carácter eminentemente jurídico. En ese entendido, y acorde con el tipo de fuentes que deben consultarse y evaluar para llegar a una conclusión mediante el examen crítico de las mismas, se establece como método de investigación el análisis⁷, amén de que se tomarán diversas literaturas para rastrear el contenido histórico y el contexto especial de desarrollo de las proposiciones objeto de investigación, como el bien jurídico a examinar y los comportamientos típicos que específicamente son reprochados a nivel penal.

En ese orden de ideas, el método que se debe utilizar para dilucidar la problemática planteada es consultar textos o publicaciones especializadas en temas históricos y jurídicos, así como también tomar referencia de diversos trabajos realizados en diferentes centros de investigación académica de universidades del país que ofrecen conocimiento especializado sobre el tema en conexión con el derecho penal.

Por último, se partirá de los conceptos, nociones y criterios propuestos por doctrinantes y tratadistas de derecho penal acerca de la materia en cuestión, además de la jurisprudencia internacional que permita distinguir y comprender el tema para adaptarse a la precisión del concepto del bien jurídico que se pretende ofrecer con la presente investigación.

⁷ *“Es la descomposición de un todo en sus partes. Significa separa o examinar, pero no de cualquier manera “es necesario observar sus características a través de una descomposición de las partes que integran su estructura”. Es decir, encontrar las relaciones, las dependencias y las articulaciones que están en su totalidad. El examen crítico es el principio de este método.”. ESTRATEGIAS Y TÉCNICAS DE INVESTIGACIÓN CUALITATIVA, ALGUNAS REFLEXIONES EN TORNO A LOS PROCESOS DE INVESTIGACIÓN SOCIAL, Javier Panqueva Tarazona, Magíster en Educación Educativa.*

7. RESULTADOS Y DISCUSIÓN

7.1. PRINCIPIOS QUE FUNDAMENTAN LA INSTITUCIÓN DEL BIEN JURÍDICO TUTELADO Y SU IMPORTANCIA.

Se habla que el derecho en general, como ciencia social revestida de caracteres culturales, normativos y valorativos, tiene por finalidad última la de garantizar la seguridad jurídica, que no es más que:

...el conjunto de condiciones externas que crean el sentimiento de seguridad acerca de la disponibilidad de lo que se considera que cada quien ha menester para realizarse en coexistencia. La seguridad jurídica se traduce en la certeza de que podré disponer de lo necesario para vivir [en sociedad y de manera digna], sin que nadie me prive o perturbe innecesaria o arbitrariamente”⁸.

El derecho penal no es la excepción a dicha teleología; no obstante, como lo refiere Zaffaroni⁹, su distinción específica de la demás ramas del derecho consiste en el medio que utiliza para llegar a tal cometido, esto es, a través de la coerción penal, cuya manifestación material es la pena, la forma más grave de coerción jurídica considerado desde un punto de vista general.

El hecho de pretender evitar la afectación o puesta en peligro del normal desarrollo de la vida en comunidad, ha impuesto a las distintas sociedades a través de los tiempos la obligación valorativa de determinar qué medios o intereses son elementales, necesarios e intrínsecos a ese adecuado coexistir, a efectos de delimitar cuáles de ellos son amparables por el medio coercitivo de la pena. Precisamente, en virtud de lo subjetivo y relativo que pueden resultar esos intereses para cada sociedad en orden a factores tan variables como el territorio, la época y la cultura misma en que se ubica cada una de ellas, el criterio sobre lo

⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Tratado de Derecho Penal, Parte General. Tomo I. Buenos Aires: Ediar Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera. 1998. p. 55.

⁹ *Ibíd.* p. 57.

que es indispensable para la vida en colectivo no ha sido del todo consistente o pacífico, incluso al punto de no reconocerse en algunas sociedades diferencia alguna entre códigos de conducta fijados por el hombre y mandatos religiosos de supuesta inspiración divina¹⁰.

Puede referirse que de manera general, e independientemente del criterio que cada sociedad utilice para escoger los medios o intereses que son imprescindibles para su propia coexistencia, estos últimos se dividen según los efectos de la afectación tengan proyección negativa de forma singular sobre los individuos de la comunidad, o por el contrario, sobre el conglomerado social. De ahí que se tengan en cuenta intereses individuales –como el patrimonio económico- e intereses colectivos –en el caso de la salud pública-.

En ese orden de ideas, la conservación del orden justo mediante la protección de fundamentales valores para la vida en sociedad, es un concepto que siempre ha estado presente en la dogmática del derecho penal, pues es lo que demarca su finalidad última de proporcionar seguridad jurídica. Ya Beccaria advertía que “el daño hecho a la sociedad es la verdadera medida de los delitos.”¹¹, y realizaba una clasificación de estos conforme al valor o interés transgredido con su producción¹².

Fue tiempo después, hacia mediados del siglo XIX, que el concepto de “bien jurídico” se acuñó originalmente por cuenta del autor alemán Johann Michael Franz Birnbaum, quien -así lo refiere Velásquez¹³- lo utilizó para ilustrar que esos bienes eran trascendentes, dados por la naturaleza y el desarrollo social, y que en tal condición eran de obligatorio reconocimiento por parte del Estado y el derecho

¹⁰ Sin contar con abundantes ejemplos de sociedades antiguas que constituían sus leyes conforme los mandatos de la Biblia, en la actualidad se cuenta con el modelo de la República Islámica de Pakistán, cuyo código de penas reprime con sanciones de prisión y multa las conductas contra la blasfemia, en algunos casos incluso con reclusión de por vida y hasta con pena de muerte.

¹¹ BECCARIA, Cesare. Tratado de los delitos y de las penas. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid. 2015. p. 28.

¹² *Ibíd.* p. 29.

¹³ VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. Fundamentos de Derecho Penal, Parte General. Bogotá: Ediciones Jurídicas Andrés Morales. 2017. p. 66.

para evitar su lesión o puesta en peligro. En esa interpretación coincidió posteriormente Franz von Liszt, para quien, de igual forma, los bienes jurídicos eran intereses vitales para el individuo y la comunidad, surgidos de la vida misma, y que su materialización y protección se hallaba en el reconocimiento por parte del ordenamiento jurídico, orientando tal concepto hacia la política criminal.

La noción de “bien jurídico” ha servido desde entonces a la tarea de delimitar lo que debe ser o no objeto de protección por parte del derecho penal, implicando ello la presencia del eterno debate de la diferenciación entre derecho y moral, específicamente por la separación que se ha planteado debe existir entre bienes jurídicos y valores morales, con el ánimo de afinar un punto límite a las conductas cuyo tratamiento se considera debe ser la sanción represiva.

Teniendo en cuenta que al ser la pena un tratamiento de una naturaleza tan perjudicial, en cuanto se refiere a la restricción y/o limitación de la libertad como derecho fundante -cuando no es la propia vida la que se pone en sujeción-, la dogmática jurídico-penal ha enfatizado que semejantes consecuencias, producto del poder punitivo del Estado, deben tener un contrapeso que les dé equilibrio mediante el condicionamiento de aquél.

Esta posición se ha logrado no solo a través del acontecer de hechos significativos que han cambiado la forma en cómo se desarrolla la sociedad, sino también a partir de la evolución de las teorías político-criminales de las que depende la aplicación del poder punitivo, ya que:

...con la aparición del llamado *Estado constitucional* (así denominado porque, en medio del pluralismo que lo caracteriza, el imperio de la ley le cede su lugar a la primacía de la Carta Fundamental) en el seno de las modernas y complejas sociedades posindustriales o de riesgos (de la información), caracterizadas por la *globalización* –fenómeno que propende por la eliminación de las restricciones a las transacciones y el fomento a la ampliación de los mercados- y la *integración supranacional* –manifestación que busca conseguir un mercado común de los países, con el fomento del tráfico libre de las personas, los capitales, los servicios y las mercancías, además de la consiguiente eliminación de las barreras arancelarias internas y otros obstáculos al libre cambio-, el fundamento de la potestad punitiva tampoco aparece del todo claro, a

medida que ese poder ya no es monopolio del Estado, que ha enajenado su soberanía en organismos supranacionales o en grupos de poder alternativo (campos económico, político, cultural y religioso). Así las cosas, ello posibilita que una corriente de pensamiento jurídico penal plantee la necesidad de introducir un derecho penal incondicionado e ilimitado (por ende, *máximo* y que encuentra su expresión más acabada en el llamado *derecho penal de enemigo*) que permita velar por los intereses del conglomerado social para, con base en dicha herramienta, combatir la moderna criminalidad económica que supera las fronteras de los Estados, el terrorismo y, en general, toda la delincuencia organizada sea que se traduzca en los crímenes de los propios Estados o en los de los poderosos; mientras que otra dirección, asentada en las ideas de racionalidad y de certeza –patrimonios de la cultura occidental-, afirma la necesidad de perseverar en un *derecho penal mínimo*, de garantías, para el logro de tales cometidos. En ambos casos, pues, el paradigma no es ya la criminalidad de los desposeídos sino la de los poderosos, la de los Estados y las de las empresas.

De lege lata el fundamento constitucional o político del *ius puniendi* es el propio de un “Estado social de derecho, organizado en forma de república unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana...” (Constitución Política, artículo 1°); se desechan, pues, las corrientes maximalistas.¹⁴

En nuestro criterio, la escisión entre bienes jurídicos y valores morales significa un avance sustancial en materia de dogmática jurídica –sobre todo por cuenta de las referidas posturas minimalistas del derecho penal-, por cuanto ello determina un límite al poder punitivo del Estado que, en últimas, se traduce en humanización del tratamiento aplicado a las conductas consideradas contrarias a la vida en comunidad, además de dignificación del sujeto pasivo de dicha potestad sancionadora. Ello es así en atención a que el tratamiento penal constituye una forma en sumo severa de corregir aquellos actos que simplemente no son bien vistos por determinados individuos o colectivos, bajo un criterio basado en sus creencias sobre lo que es bueno o justo, y lo que no lo es, conforme a “reglas de la naturaleza” que no son más que las premisas de adaptación a un específico

¹⁴ Ibíd. p. 38 y 39.

modo de vivir y la conciencia que de las mismas se derivan. Además de esto, es recalable porque

...los hechos prohibidos por la ley penal están en contraste con los preceptos de la ética: en su mayor parte los delitos, sobre todo los más graves, se consideran hechos inmorales por la conciencia popular (pero ocurre también que hechos severamente censurados en el plano moral no están penalmente perseguidos en concreto).

Esto supuesto (sic), creemos que la doctrina que reconoce un vínculo indisoluble entre el derecho y la moral no resiste a un sereno examen crítico. Prescindiendo de las objeciones que filósofos y publicistas han opuesto en general a esa teoría, para nosotros es decisiva la consideración de que su principal inferencia en orden al derecho penal está en contradicción con la realidad. En efecto, un completo y desapasionado examen de las normas del derecho positivo demuestra que no siempre el delito es una acción inmoral: en otros términos, demuestra que *se sancionan también estos hechos que no están en contradicción con los postulados de la ética.*

La verdad de esta afirmación se hace evidente si, aun prescindiendo de las infracciones culposas, cuya inmoralidad es bastante discutible (la conciencia social en general no los considera deshonorosos), se pone atención en la basta categoría de las infracciones contravencionales. Puesto que consisten por lo común en la infracción de normas impuestas a fin de regular servicios públicos o de procurar un mejoramiento en la vida comunitaria, tales hechos son en su mayor parte moralmente indiferentes.

¿Y qué decir de los delitos políticos? No hay duda de que el legislador en este terreno se inspira en el principio de la *salus rei publicae suprema lex* [la salvación de la república es la ley suprema], y por eso se siente inducido a comprender en ellos también hechos que no pueden considerarse inmorales, como, para poner un solo ejemplo, el espionaje realizado por el extranjero en el interior de su patria. Entre tales delitos hay algunos que dependen exclusivamente de la orientación política o social particular del grupo o los grupos que rigen el Estado y por tanto solo son reprobables desde determinado punto de vista. En otro ambiente, o cuando cambia el régimen político, a los trasgresores de esas leyes, lejos de considerárseles delincuentes, se les tiene muy a menudo por héroes. Poner ejemplos es en verdad superfluo, ya que la historia nos los ofrece a manos llenas, inclusive la historia reciente.

Conviene agregar que la teoría que ahora discutimos, si no responde a la realidad del derecho, no se concilia tampoco con la función que el Estado viene asumiendo en la época actual. Como hemos visto, el ordenamiento jurídico, en el momento histórico actual, no tiende únicamente a asegurar la conservación de la sociedad, sino que tiende también a promover el progreso. Ahora bien, esta función no podría ser

cumplida si el Estado se limitara a fijar en la ley lo que está en contradicción con la moral en uso; necesariamente se ve inducido a incluir en ella preceptos tendentes a asegurar el surgimiento y el desarrollos de aquel conjunto de valores del que depende la elevación del pueblo. Para anticipar y preparar así la formación de nuevas valoraciones éticas, se torna frecuentemente indispensable prohibir hechos que todavía no considera inmorales la conciencia popular.¹⁵

Incluso por su época, Beccaria¹⁶ afirmaba que los delitos podían situarse en una “escala de desórdenes”, encontrándose en el primer nivel los comportamientos que destruyen de inmediato a la sociedad, y en el último las leves injusticias ejercidas contra los individuos pertenecientes a aquella, y concluía que cualquier acción no comprendida entre esos dos extremos no podía ser llamada “delito” o castigada como tal, sino por cuenta de aquellos que tuvieran un interés particular en darle ese nombre, lo cual puede interpretarse como la falta de un lugar en el aludido escalafón para las conductas apenas contrarias a la moral o la conciencia popular. Se sostiene entonces que:

...las meras inmoralidades no lesionan ningún bien jurídico y por ello deben quedar impunes. Así por ejemplo, la punición de relaciones homosexuales u otras consideradas inmorales, mantenidas entre adultos, sólo restringe la libertad del individuo, pero además no sólo es superflua, sino incluso nociva para la capacidad funcional del sistema social, por crear conflictos sociales innecesarios al estigmatizar a personas socialmente integradas¹⁷.

Igualmente porque la concepción de bien jurídico, en su categoría de institución normativa, ni siquiera es estática sino que se encuentra abierta al cambio social y a los avances en materia científica, como en ese sentido lo asegura C. Roxin¹⁸, ejemplificando que:

¹⁵ ANTOLISEI, Francesco. Manual de Derecho Penal, Parte General. Bogotá: Editorial Temis. 1988. p. 6 y 7.

¹⁶ BECCARIA. Op cit., p. 26.

¹⁷ ROXIN, Claus. Derecho Penal Parte General, Tomo I Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito. Madrid: Editorial Civitas S.A. 2010. p. 56 y 57.

¹⁸ Ibíd. p. 57 y 58.

...la punición de las acciones exhibicionistas es lícita [o legítima] porque las mismas ponen en peligro la paz pública. Pero si con el transcurso del tiempo se impusiera entre la población la opinión de que tal conducta solo supone un síntoma de perturbación psíquica no peligroso para la colectividad, su punición no serviría ya para proteger bienes jurídicos, sino para impedir una mera inmoralidad, y tendría que suprimirse¹⁹.

La anterior postura acerca de la necesaria separación entre derecho y moral no afecta en modo alguno ni trastoca la finalidad última del derecho penal en la sociedad, pues resulta claro que ella se materializa es a través de la tutela de bienes jurídicos, o dicho de otra forma, de los medios o intereses fundamentales para el correcto o pacífico desarrollo de una vida en comunidad, en virtud a que el derecho desde su completa dimensión lo que hace es propender por

...la conservación de la paz social, es decir, la evitación de la guerra civil (de los ciudadanos). Para evitar la guerra civil, debe garantizar la co-existencia, que equivale a garantizar las existencias, es decir, a procurar garantizar a cada quien la disposición de los elementos que son considerados necesarios para su realización. Esta procuración de la facilitación de la realización del hombre en sociedad, no es nada distinto tampoco, en otro sentido, que la promoción del bienestar general de que habla el Preámbulo de la Constitución Nacional. El derecho penal –en cuanto parte del ordenamiento jurídico- participa de esta función.

La garantía de la existencia -que es garantía de la co-existencia- se efectiviza mediante la tutela de bienes jurídicos, previniendo conductas que los afectan en forma intolerable. Ciertamente es, como observa H. Mayer, que cuando el derecho penal llega, el bien jurídico ya ha sido afectado, pero, precisamente porque se lo ha afectado es por lo que el derecho penal acude. Si el bien jurídico no tuviese tutela penal o si no estuviese afectado (por lesión o por peligro), la coerción penal no se pondría en funcionamiento. Precisamente, en vista de esa tutela penal es que opera la coerción penal, porque se le ha privado a alguien, o se le ha perturbado, la posibilidad de disponer (usar) de algo que se considera necesario para realizarse, para ser, es que entra en funcionamiento la coerción penal. La coerción penal funciona cuando la afectación es de entidades y forma previstas como amenazadoras de la posibilidad de disposición que los otros tienen de similares entes.

El derecho penal provee, pues, a la seguridad jurídica, aspirando a que no se reproduzcan las acciones lesivas de bienes jurídicos que tipifica. La coerción penal aspira a evitarlas, a prevenirlas. En este sentido no

¹⁹ Ibíd. p. 58.

cabe duda de que el derecho penal tiene una clara aspiración ética, que participa y corona la general función formadora del ciudadano que compete al derecho. En otras palabras, entendemos que el derecho penal tiene la función de proveer a la seguridad jurídica mediante la tutela de bienes jurídicos, previniendo la repetición o realización de conductas que los afectan en forma intolerable, lo que, ineludiblemente, implica una aspiración ético-social.

Cabe consignar que en este sentido usamos "ético" para denotar lo que hace al comportamiento social, expresión que nada tiene que ver con la moral, que la entendemos como cuestión que incumbe a la conciencia individual y que, por ende, es autónoma. En este sentido, la "aspiración ética" del derecho penal, es la aspiración que éste tiene de que no se cometan acciones prohibidas por afectar bienes jurídicos ajenos. La coerción penal busca materializar esta aspiración ética, pero la misma no es un fin sí misma, sino que su razón, su "por qué" (y también su "para qué") es la prevención especial de futuras afectaciones intolerables de bienes jurídicos.

Que el derecho penal tenga esta aspiración ética no significa que pretenda regular toda la ética social, ni tampoco que sea él mismo una derivación de la ética. El derecho penal no señala un "mínimo de ética social" porque sí, sino que aspira a un mínimo ético-social porque quiere que con la observancia del mismo se garantice a los hombres el uso de los entes que se consideran necesarios para la realización humana. No se trata, pues, de una pretensión irracional fundada en la costumbre (conforme al original sentido etimológico de la voz ética). El derecho no es más que una forma de "control social", pero no aspira a abarcar toda la cultura (entendida como armazón de pautas, más o menos normativo). El derecho penal es una manifestación cultural, pero no es un producto irracional de la costumbre. No puede entenderse al derecho penal como un medio de reforzar la ética social, el "se" (sic) impersonal de la existencia inauténtica.

El objeto mismo de tutela de bienes es el que le asigna un límite racional a la aspiración ética del derecho penal. ¿De dónde sale la aspiración ética? ¿Qué sentido tiene? No otro que el de evitar las afectaciones intolerables de bienes jurídicos.²⁰

Ahora bien, las ya reseñadas bases principialísticas en que descansa la figura del bien jurídico tutelado, se proyectan en lo que hoy por hoy constituyen varios de los pilares orientadores más importantes del derecho penal, todos los cuales marcan un límite frente al objeto de protección por parte de las normas represoras. Con

²⁰ ZAFFARONI. Op cit., p. 49 a 51.

motivo de ese estrecho vínculo teleológico que guardan en común dichos principios, es que varios autores en ocasiones no distinguen entre una y otra noción de ellos²¹.

Como resultado de lo anterior, con gran esfuerzo por exponer una diferencia conceptual, se traen a colación dos principios que, se considera, destacan la esencia e importancia del objeto mismo del derecho penal, esto es, la protección de determinados intereses consustanciales al desarrollo de la vida en sociedad.

En primer lugar, por encontrarse acorde con la expuesta tesis de necesaria separación entre derecho y moral, se destaca el *principio de lesividad*, según el cual el derecho penal sólo se ocupa de aquellas conductas que en verdad causan un daño o amenaza perceptible en la sociedad o en sus miembros, y cuya afectación recaiga sobre un elemento, medio o interés de los necesarios para la coexistencia, de los que debe disponerse para la realización del hombre en comunidad, dejando por fuera toda ofensa en contra de ideales de moral, de estética, de religión o de política. Dicho de otro modo: “la intervención punitiva solo es viable ante conductas que tengan trascendencia social y que afecten las esferas de libertad ajenas, sin que le sea permitido al derecho penal castigar comportamientos contrarios a la ética, inmorales o antiestéticos, so pena de invadir los terrenos de la moral (...).²²”

A partir de este principio, explica Velásquez²³, se distinguen las formas de lesión que derivan del delito, donde se señala que el comportamiento contrario, aparte de tener un desvalor de conducta como atentado a los valores ético-sociales predominantes, también representa un desvalor de resultado o efectiva lesión a

²¹ Solo por mencionar ejemplos a la mano, Velásquez, en su obra ya citada dentro de este trabajo, sugiere que no existe distinción entre varios principios como los de *bien jurídico*, *de dañosidad social*, *de ofensividad* o *de exclusiva protección de bienes jurídicos*, y los engloba todos en el principio de *lesividad* (p. 64). Por otro lado, Roxin, también ya referenciado en su obra, para hablar del asunto de subsidiariedad de la protección de bienes jurídicos, aglomera los conceptos de naturaleza *subsidiaria*, *fragmentaria* y *de última ratio* del derecho penal, haciéndolos depender del principio de proporcionalidad (p. 65 y 66).

²² VELÁSQUEZ. Op cit., p. 65.

²³ *Ibíd.* p. 65 y 66.

los bienes jurídicos tutelados, predominando en todo caso, dentro de su valoración, la última forma de afrenta.

De otro lado, se presenta el principio de intervención mínima, en virtud del cual se afirma que “el derecho penal sólo tutela aquellos derechos, libertades y deberes imprescindibles para la conservación del ordenamiento jurídico, frente a los ataques más intolerables que se realizan contra el mismo²⁴”, concepto desde el que se integran los postulados del carácter fragmentario del derecho penal, su valoración como de última ratio y su naturaleza subsidiaria, conforme a los cuales el derecho penal es respetuoso y garante de la libertad de los ciudadanos, por lo cual sólo ha de intervenir en casos de especial gravedad y relevancia, ante bienes jurídicos importantes y cuando, los demás medios de control resultan inútiles para prevenir o solucionar los conflictos, esto es, reclamando como necesaria la intervención del derecho penal.

Se predica entonces que el derecho penal debe tener una mínima intervención en las relaciones sociales en atención a que no es el único instrumento o medio del que dispone el derecho para tratar el gran plexo de conductas que pueden resultar antijurídicas o que en alguna manera afectan las libertades individuales; de hecho

...la protección de bienes jurídicos no se realiza solo mediante el Derecho penal, sino que a ello ha de cooperar el instrumental de todo el ordenamiento jurídico. El Derecho penal solo es incluso la última de entre todas las medidas protectoras que hay que considerar, es decir que sólo se le puede hacer intervenir cuando fallen otros medios de solución social del problema –como la acción civil, las regulaciones de policía o jurídico-técnicas, las sanciones no penales, etc.-. Por ello se denomina a la pena como la “última ratio de la política social” y se define su misión como protección subsidiaria de bienes jurídicos. En la medida en que el Derecho penal sólo protege una parte de los bienes jurídicos, e incluso ésta no siempre de modo general, sino frecuentemente (como el patrimonio) sólo frente a formas de ataques concretas, se habla también de la naturaleza “fragmentaria” del Derecho penal²⁵.

²⁴ MARTOS NÚÑEZ, Juan Antonio. Principios penales en el estado social y democrático de derecho. En: Revista de derecho penal y criminología, Enero-Junio, 1991, p. 219 y 220.

²⁵ *Ibidem*.

En definitiva, constituyen los aludidos referentes la base fundamental de la institución de los bienes jurídicos tutelados, además de los principios que perfilan su importancia no solo dentro del estudio del derecho penal como ciencia, sino también en la materialización o ejercicio de éste como medio de control social.

7.2. HECHOS HISTÓRICOS QUE DETERMINARON EL SURGIMIENTO DE LA MANIPULACIÓN GENÉTICA COMO PRÁCTICA NOCIVA A LOS INTERESES DE LA SOCIEDAD

Existen múltiples eventos en la historia reciente de la ciencia y la biotecnología, que han demostrado el avance notorio que la manipulación genética ha tenido y que la evidencian como una punta de lanza en los desarrollos médico-científicos de la actualidad. Esos momentos, han sido claves para el entendimiento de las prácticas nocivas que la ingeniería genética ha venido desarrollando y sus diferentes implicaciones.

Si bien es cierto que gran parte de los descubrimientos que ha desarrollado la manipulación genética han servido para el entendimiento de enfermedades, la prevención de epidemias, combatir enfermedades y el desarrollo de soluciones para las personas que no pueden materializar su derecho a una familia mediante las técnicas de reproducción asistida, también lo es que estos avances, sin las regulaciones adecuadas, constituyen un gran riesgo para los intereses de la sociedad y varios conflictos éticos, entre los cuales se pueden mencionar la repetibilidad del ser humano a través de la clonación, el desarrollo de seres vivos modificados, entre otros aspectos que necesariamente constituyen peligros para la estabilidad de la humanidad. A continuación, se evidenciarán varios de esos eventos históricos, en los que la ciencia obtiene conocimientos trascendentales que pueden configurarse como peligrosos y que deben ser regulados por tratados internacionales, legislación interna y compromisos de las diferentes comunidades científicas. Podemos hacer una división entre la primera serie de descubrimientos o eventos científicos que, si bien se revisten de importancia, la tuvieron sobre todo en materia científica y no generaron grandes implicaciones jurídicas. No obstante, en la segunda serie de investigaciones y eventos se logra vislumbrar una amplia implicación en materia jurídica, pues sus consecuencias, usos y prácticas, configuran un impacto en el mundo jurídico.

7.2.1. Las Leyes de Mendel

Es el primer gran antecedente del desarrollo genético de la humanidad. Estos estudios fueron desarrollados por el monje austriaco Gregorio Mendel, entre los años 1856 y 1863. Mediante estas investigaciones, el clérigo y científico pretendía demostrar los factores de transferencia de la herencia, referidos directamente con los aspectos físicos y morfológicos que pasan de un individuo a otro.

Para diferentes expertos en la materia, las leyes mendelianas aportaron:

...el conjunto de reglas básicas sobre la transmisión por herencia genética de las características de los organismos de padres a sus hijos, y constituyen el fundamento de la genética. Aunque sería hacia 1900 cuando se redescubre a Mendel, sus leyes se trasladan a los humanos y se realizan los primeros estudios en la mosca (*Drosophila*)²⁶.

Por tanto, las investigaciones publicadas por Mendel, permitieron los primeros avances de la ciencia genética, pues gracias a ellos se descubrió la transferencia genética de padres a hijos. Todo ello, dio pie a investigaciones ulteriores que permitieron el desarrollo de mayores avances.

7.2.2. Promulgación de la Teoría del Origen de las Especies

El científico responsable de las investigaciones y promulgación de esta teoría fue Charles Darwin. Este autor europeo, planteaba que los diferentes individuos de la naturaleza, así como las poblaciones de individuos, que fueran capaces de adaptarse de mejor y más rápida manera a las condiciones medioambientales en las que se encontraban, serían capaces de sobrevivir adecuadamente mediante el proceso de selección natural. Aquellas investigaciones resultaron ser una apología a la ley de la supervivencia del más fuerte, traducida a la adaptabilidad, cuestión que se cumple a la perfección en el mundo natural. En otras palabras, la fuerza no es entendida en este punto como la potencia, tono o capacidad muscular, sino en la capacidad de adaptarse mejor y más rápido a las condiciones del medio ambiente.

²⁶ GETTY. ROBUART. 10 hitos de la Genética en los últimos 150 años. EUROPAPRESS. Madrid. 2016. Disponible en Internet: <https://www.infosalus.com/salud-investigacion/noticia-10-hitos-genetica-ultimos-150-anos-20160418060434.html>. Consultado el: 14 de abril de 2019

Expertos en la temática mencionada coinciden en afirmar que: “El naturalista pasó a la historia con su teoría de la evolución, que planteaba que las poblaciones y los individuos evolucionan mediante un proceso de selección natural, que le permite sobrevivir a los que se adaptan mejor al medio en el que se encuentran. Darwin pasó cinco años en las islas Galápagos (Ecuador) estudiando la vida animal y los restos fósiles de la zona”²⁷.

Estos estudios sirvieron como antecedente para el entendimiento de las capacidades evolutivas de las especies, determinando los cambios genéticos que pueden tener las diferentes especies dadas las características medioambientales en las que viven. Esto animó investigaciones acerca del origen de esas capacidades de adaptabilidad, trayendo como resultados nuevos descubrimientos.

7.2.3. Se acuña el término “gen”

Ya entrado el siglo XX, es decir, hacia 1909, el teórico y científico Wilhelm Johannsen, acuñó el término gen, con el que pretendía denominar las unidades de la herencia descritas por Mendel, de modo que un gen, según esta denominación contiene información que se traspasa de los padres a los hijos en materia de herencia genética.

Gracias a este avance, hacia el año 1910, Thomas Hunt logró determinar que los genes se encontraban en los cromosomas de las células, cuestión que dio pie a nuevos descubrimientos: la función de los genes, el ADN y la ubicación de este dentro de los cromosomas:

Durante la primera mitad del siglo XX crece el interés en los aspectos médicos y se realizan descubrimientos morfológicos sobre la célula, el núcleo y las partículas de colores de su interior, a las que se llamó cromosomas (cromo-color y soma-cuerpo). El descubrimiento del ácido nucleico en los cromosomas dio paso al conocimiento de que la

²⁷ MONTENEGRO VERGARA, Andrés. Siete hitos que marcan la historia de la genética. El Tiempo. Bogotá. 12 de julio de 2016. Disponible en Internet: <https://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-16643459>. Consultado el: 14 de abril de 2019.

información contenida en el núcleo era la responsable de los caracteres hereditarios²⁸.

7.2.4. Se descubre el diseño de doble hélice de la estructura del ADN

Para 1953, gracias a los descubrimientos antecedentes de la célula, del núcleo, de los genes y de la información contenida en los cromosomas, los científicos Francis Crick y James Watson, descubrieron que la cadena de ADN, tiene una composición en doble hélice.

Así las cosas, tal como lo describe Montenegro Vergara²⁹, se descubrió que la estructura del ADN es una cadena conformada por fosfato y azúcares y sus diferentes componentes están apilados uno encima del otro. De igual forma, estos científicos lograron determinar que las estructuras que unifican a la cadena del ADN, están compuestas por hidrógeno y que se emparejan entre sí de la siguiente forma:

- Adenina con tiamina
- Citosina con guanina

Estas son las bases del ADN y les valió el premio Nobel de Medicina de 1962 a los científicos mencionados, por la importancia del descubrimiento.

7.2.5. Se descifra el Código Genético

La década de los sesenta fue muy prolífica en investigaciones, resultados y descubrimientos. Para el año 1961, un investigador y científico francés logró determinar la causa genética del Síndrome de Down, describiendo que se trata de una trisomía del cromosoma 21³⁰.

Por otra parte, hacia 1966, se descifra de manera completa el código genético:

²⁸ GETTY. ROBUART. 10 hitos de la Genética en los últimos 150 años. EUROPAPRESS. Madrid. 2016. Disponible en Internet: <https://www.infosalus.com/salud-investigacion/noticia-10-hitos-genetica-ultimos-150-anos-20160418060434.html>. Consultado el: 14 de abril de 2019.

²⁹ MONTENEGRO VERGARA, Andrés. Óp., cit.

³⁰ GETTY. ROBUART. 10 hitos de la Genética en los últimos 150 años. EUROPAPRESS. Madrid. 2016. Disponible en Internet: <https://www.infosalus.com/salud-investigacion/noticia-10-hitos-genetica-ultimos-150-anos-20160418060434.html>. Consultado el: 14 de abril de 2019.

...tres bases de nucleótidos determinan cada uno de los 20 aminoácidos que existen. Este hallazgo, sobre el cual se fundamenta el código genético, se le debe a Severo Ochoa, Marshall Nirenberg y Heinrich Matthaei. La forma de unir fragmentos de ADN de manera secuencial (una de las bases para entender cómo funciona el genoma y la herencia) es producto de los trabajos de Frederick Sanger³¹.

Ello permitió múltiples investigaciones en materia genética que permitió varios adelantos y capacidades de científicos en materia de manipulación genética. Con la descripción completa del código genético, con la descripción de la célula y de su núcleo, con el entendimiento de los cromosomas y demás descubrimientos realizados hasta esta época, la comunidad científica encontró la posibilidad de materializar esos descubrimientos mediante la manipulación de los genes, cuestión que, en definitiva, no solo tiene implicaciones en la comunidad científica sino también en el mundo jurídico.

7.2.6. Reacción en cadena de polimerasa

A mediados de la década de los ochenta y principio de los años noventa, se empezaron a desarrollar técnicas de manipulación genética apuntadas al descubrimiento de enfermedades desde el feto. A partir de este momento, como se mencionó anteriormente, los eventos históricos de la manipulación genética tienen implicaciones en el mundo jurídico.

Expertos en la materia han afirmado que:

Entre 1985 y 1990 el genetista Kary Mullis y sus colegas desarrollan la técnica de la reacción en cadena de polimerasa (PCR) para ampliar y detectar una secuencia de ADN específica de manera muy rápida in vitro. Utilización de herramientas genéticas

En 1986 se identifica el primer gen causante de una enfermedad humana mediante herramientas genéticas (clonación posicional), el de un trastorno inmunológico denominado enfermedad granulomatosis crónica³².

³¹ MONTENEGRO VERGARA, Andrés. Óp., cit.

³² LA INFORMACIÓN. Los diez grandes avances de la genética en los últimos 150 años. Lunes, 18 Abril 2016. Disponible en Internet: https://www.lainformacion.com/tecnologia/grandes-avances-genetica-anos_0_908909847.html. Consultado el: 14 de abril de 2019

Se abrió, entonces, el abanico de posibilidades para que los científicos y médicos puedan acceder a las informaciones genéticas de las personas y manipularlas o modificarlas, implicando con ello responsabilidades jurídicas y compromisos éticos. Ello en la medida que con estos avances se logró:

- Identificar enfermedades desde el vientre materno
- Manipular la información genética para prevenir enfermedades
- Identificar los genes que contienen información acerca de patógenos

No obstante, además de las cuestiones anteriormente descritas que pueden resultar positivas, también pueden usarse esos descubrimientos para:

- Modificación de seres humanos
- Clonación de personas
- Diseño de seres vivos

7.2.7. La Clonación

A partir de la década de los años noventa, empieza una seria revolución en materia genética: la clonación. Hacia el año 1996, nació Dolly, el primer animal clonado de la historia, siendo una oveja específicamente. Este animal fue creado a partir de una célula adulta y logró sobrevivir por más de seis años, a pesar de haber presentado envejecimiento prematuro, pues nació teniendo la edad de la célula a partir de la cual fue creada³³.

La clonación fue posible gracias a la manipulación del código genético a través de estudios en el laboratorio, como copiar o clonar y secuenciar el material genético o ADN. Esto permite, entre otras cosas, que los seres humanos puedan ser repetidos de manera secuencial, pueden ser repetidos de manera artificial diferentes seres vivos para una variedad de fines. Así las cosas, gracias a esta clase de manipulación, no es desencaminado pensar que la comunidad científica, sin la existencia de una regulación legislativa clara, tenga la capacidad de

³³ MONTENEGRO VERGARA, Andrés. Óp., cit.

modificar y crear diferentes seres vivos con capacidades extremas, incluso, para la construcción en laboratorio de armas biológicas masivas y seres humanos modificados para la formación de ejércitos. Por ello, es necesario que estas capacidades científicas sean reguladas por la ciencia jurídica, de modo que se impida el uso de estos avances y descubrimientos para el perjuicio de la sociedad.

7.2.8. Proyecto Genoma Humano

Este proyecto culminó en el año 2006 y arrojó una gran conclusión: los genomas de cada una de las personas son diferentes, particulares, contienen una identidad para cada una de las personas. Así las cosas, si bien es cierto que la información genética entre padres e hijos puede ser parecida en cuanto a la herencia genética, también lo es que la identidad genética de las personas es única:

En el año 90 del pasado siglo comienza el Proyecto del Genoma Humano, cuya secuencia se ha completado en el año 2006. No hay un genoma de referencia sino que cada persona tenemos nuestro genoma único, y hay que tener en cuenta las variaciones estructurales y los cambios de secuencia que nos confieren la individualidad, además de las alteraciones que nos causan enfermedad³⁴.

7.2.9. Bebés *in vitro*

En el año 2000, nació el primer bebé que, desde el vientre de su madre, tuvo una manipulación genética por parte de los médicos. La hermana mayor del bebé, padecía una enfermedad conocida como Anemia de Fanconi. A partir de las investigaciones en manipulación genética y los tratamientos que se le hicieron a este bebé, se logró que naciera sin este padecimiento que estaba enraizado en su información genética³⁵.

De esta manera, se identificó el gen que contenía la información de la enfermedad que podía padecer el menor, se sustrajo de su estructura de ADN, cambiándose por uno sano, de modo que el menor nace sin la problemática de la patología. Sin

³⁴ LA INFORMACIÓN. Los diez grandes avances de la genética en los últimos 150 años. Lunes, 18 Abril 2016. Disponible en Internet: https://www.lainformacion.com/tecnologia/grandes-avances-genetica-anos_0_908909847.html. Consultado el: 14 de abril de 2019

³⁵ *Ibidem*.

duda alguna, esta cuestión es benéfica, sobremanera, porque impidió que un menor contrajera una enfermedad que podría poner en riesgo su integridad y su vida. No obstante, esta capacidad demuestra que los científicos pueden hacer manipulaciones mucho más profundas en cuanto a la información genética, por lo que podrían realizar alteraciones que ni desde la perspectiva ética ni la jurídica tendrían cabida.

Como corolario, es necesario reconocer que los avances en la ciencia genética y la biotecnología sí producen enormes beneficios para la humanidad, tales como la eliminación de enfermedades de origen genético, el entendimiento del genoma y otras cuestiones. Sin embargo, pueden resultar muchos otros avances, experimentos y resultados perjudiciales para la estabilidad de la humanidad:

- Modificaciones de seres vivos
- Creación de armas biológicas con resistencias genéticas
- Alteraciones de seres humanos para la creación de ejércitos

7.3. TRATAMIENTO JURÍDICO ASIGNADO A LA PRÁCTICA DE LA MANIPULACIÓN GENÉTICA HUMANA A NIVEL INTERNACIONAL

En el desarrollo de este acápite se estudiaron varias regulaciones a nivel internacional de los delitos relacionados con la manipulación genética. Se analizaron las regulaciones de Colombia, Perú, e Inglaterra.

7.3.1. Regulación en Colombia

En nuestro país la regulación contra el delito de manipulación genética está consignada en el Libro II: Parte Especial de los Delitos en Particular, Título I: Delitos contra la vida y la integridad Personal, Capítulo VIII: de la manipulación genética, Artículos 132 a 134.

En artículo 132 regula específicamente el delito de manipulación genética, cuyo tenor literal afirma:

ARTICULO 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 dieciséis (16) a noventa (90) meses.

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 población³⁶.

De este artículo se pueden definir varias cuestiones:

- El sujeto activo del delito no está cualificado, implicando con ello que cualquier persona puede cometer esta conducta punible. No es requisito

³⁶ REPÚBLICA DE COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 599 de 2000. Código Penal colombiano. Artículo 132. Disponible en internet: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0599_2000_pr004.html. Consultado: 14 de abril de 2019

que el sujeto activo sea un profesional de la medicina, la biología o la genética, como ocurre en legislaciones como la peruana, tal como se verá más adelante. Trataditas como Emilssen González de Cancino³⁷, afirman que cualificar al sujeto activo en Colombia resulta una tarea bastante complicada, debido a la multiplicidad de posgrados existentes en el país sobre la materia de genética, biotecnología, ingeniería biomédica y demás cuestiones que estarían facultadas académicamente para materializar este delito; además, cualificando al sujeto se estarían dejando por fuera a aquellas personas que, sin estar legalmente licenciados en estas materias, tengan la capacidad y el conocimiento para hacerlo y cuando se trate del concierto para delinquir.

- El sujeto pasivo sigue siendo la comunidad, la sociedad, pues es la que realmente termina afectada con este tipo de comportamientos.
- Lo que se está penalizando es la manipulación del genoma humano que tienda a la alteración de los genotipos que nos identifican como seres humanos, pues son estos los que identifican a un ser en su esencia natural. Por otro lado, lo que se castiga es que, tal como afirma González de Cancino³⁸, la manipulación genética esté encaminado a fines diferentes a los de aliviar el dolor y el sufrimiento, a encontrar salidas a problemas de salud de origen genético, a mejorar la calidad de vida de las personas, al tratamiento de enfermedades o buscar la prevención de las mismas. Así las cosas, lo castigable es aquello que esté encaminado a la alteración de los genotipos para aumentar el dolor o el sufrimiento, para la creación de especies, para la generación de condiciones no naturales para los seres humanos (aumentar la resistencia, disminuir la sensación de dolor, repotenciar las capacidades, todo con fines bélicos o de perfeccionamiento de la especie humana en términos estéticos y funcionales).

³⁷ GONZÁLEZ DE CANCINO. Emilssen. Los delitos de manipulación genética. En: Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial. Universidad Externado de Colombia. Departamento de Derecho Penal y Criminología. Segunda Edición. Bogotá. 2015, pp. 621 - 645

³⁸ *Ibidem.*, p. 629

- Una gran conclusión que se puede obtener del estudio de este artículo, es la definición que ofrece de las actividades que deben ser consideradas lícitas: tratamiento, diagnóstico, o investigación científica en los campos de la medicina, la biología y demás relacionadas que cuenten con el consentimiento libre e informado de las personas dueñas de los materiales genéticos y que se encaminen exclusivamente al “descubrimiento, identificación, prevención y tratamiento de enfermedades o discapacidades genéticas”³⁹.
- Así las cosas, lo interesante de la norma, es que determina cuál es la finalidad que debe ser sancionada y hace un intento por aclarar la conducta que sí debe ser objeto de reproche punitivo.

Si bien es cierto lo afirmado anteriormente, también lo es que la línea divisoria entre lo lícito y lo ilícito no está definida claramente por el legislador, aun a pesar de haber definido las cuestiones que son consideradas dentro del marco legal. Ello sucede en virtud de que “la línea que señala el límite entre la mejora de la salud y la búsqueda de la perfección cosmética, intelectual, de aptitudes, etc., puede llegar a ser muy delgada”⁴⁰. Lo anterior se sustenta en el hecho que es muy complejo lograr probar que las acciones emprendidas en un escenario de investigación con manipulación genética no están apuntadas al mejoramiento de la salud.

El artículo 133 del estatuto punitivo, establece la prohibición de repetir a seres humanos idénticos, siendo esta última palabra clave para determinar el contexto de la conducta que se tipifica. Analícese el canon en su texto particular: “ARTÍCULO 133. REPETIBILIDAD DEL SER HUMANO. El que genere seres

³⁹ REPÚBLICA DE COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 599 de 2000. Código Penal colombiano. Artículo 132. Disponible en internet: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0599_2000_pr004.html. Consultado: 14 de abril de 2019

⁴⁰ GONZÁLEZ DE CANCINO. Emilssen. Óp., cit., p. 629

humanos idénticos por clonación o por cualquier otro procedimiento, incurrirá en prisión de treinta y dos (32) a ciento ocho (108) meses”⁴¹.

El tratamiento punitivo que se está regulando en esta oportunidad, tiene que ver claramente con la creación de seres humanos idénticos, desde la perspectiva genética, con el mismo genotipo. Por tanto, se descartan en este supuesto, todas las técnicas de reproducción asistida, pues mediante ellas no se reproducen o fabrican seres humanos idénticos desde el genotipo, sino que se estimula la fecundación de manera artificial con la información genética de dos personas, generándose un ser humano único en su genotipo, pues como se dijo anteriormente, cada ser humano tiene un genotipo único a pesar de las similitudes con el de los padres.

Lo que se penaliza es la creación de un ser humano idéntico, una especie de oveja Dolly humana, que sea creado a partir de las células de otro ser humano y cuyo genotipo sea idéntico al de otro. Lo que se prohíbe, en últimas, es la clonación con cualquiera de sus técnicas. Mediante la clonación, tal como lo considera la legislación, está violentando la identidad del ser humano.

Por último, la legislación de nuestro país, establece otra regulación con respecto a la manipulación genética: el artículo 134, que en su tenor literal afirma:

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 dieciséis (16) a cincuenta y cuatro (54) meses.

En la misma pena incurrirá el que trafique con gametos, cigotos o embriones humanos, obtenidos de cualquier manera o a cualquier título⁴².

⁴¹ REPÚBLICA DE COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 599 de 2000. Código Penal colombiano. Artículo 133. Disponible en internet: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0599_2000_pr004.html. Consultado: 14 de abril de 2019

⁴² *Ibidem*. Artículo 134

Lo que pretende esta norma es la existencia de un mercado de gametos humanos que tengan objetivos diferentes a los de la procreación y diversos a los de tratamientos terapéuticos. Podría pensarse que se está penalizando a aquellas personas que fecunden gametos humanos en aras de mercadear con ellos, o de crear seres humanos con el fin de traficar con sus órganos o para que sirvan como insumo médico natural para otro ser humano.

El compromiso del legislador colombiano por proteger la vida y la integridad de las personas no puede quedar en duda o tomarse como bagatela, pues ha intentado diseñar tipos penales que apunten a esa protección, tal como pasa con los artículos objeto de estudio de esta investigación. No obstante ello, es necesario que se aclare que faltan muchas especificaciones, sobre todo, en el artículo 134 para que se pueda determinar, por los administradores de justicia, la materialización del delito y puedan obtenerse condenas reales. Además, porque la línea divisoria entre lo lícito y lo ilícito parece ser demasiado fina.

7.3.2. Regulación peruana

Una de las diferencias fundamentales con respecto a la legislación colombiana que ostenta la peruana, es que el sujeto activo de los delitos de manipulación genética sí es cualificado. Ello implica que estas conductas punibles solo pueden ser cometidas por profesionales en las ramas de la medicina, la biología, la genética, la ingeniería biomédica o demás cuestiones que pueden estar directamente relacionadas.

En el Perú, es la Ley 27636 la que incorporó al estatuto punitivo todo lo referente con la manipulación genética. Sin embargo, tal como lo afirma Renato Daniel Lavy Coral⁴³ en su tesis de Maestría en Derecho Penal y Procesal Penal, la legislación

⁴³ LAVY CORAL, Renato Daniel. La manipulación genética y su incidencia en el derecho a la identidad previsto en el artículo 324° del Código Penal peruano. TESIS PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE: Maestro en Derecho Penal y Procesal Penal. Universidad César Vallejo. Escuela de Posgrado. Lima. 2018, p. 34. Disponible en internet: http://repositorio.ucv.edu.pe/bitstream/handle/UCV/12817/Lavy_CRD.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Consultado el: 14 de abril de 2019

peruana se ha quedado muy corta en la consideración de las conductas típicas en esta materia, al punto que solamente han determinado como punibles todas las técnicas de clonación existentes.

Así las cosas, el tratamiento punitivo que le da el legislador peruano a los delitos de manipulación genética, solo se relacionan con la clonación y cualquiera de sus técnicas. De esta forma lo define el teórico mencionado:

La Ley 27636 incorporó al Código Penal el capítulo referido a los delitos contra la humanidad en la modalidad de delitos de manipulación genética, sin embargo se ha limitado a regular únicamente las técnicas de manipulación con la finalidad de clonar seres humano, dejando de lado a las otras modalidades tales como la ectogénesis, la inseminación post mortem, la regulación del banco de embriones, la partenogénesis o estimulación del desarrollo de un óvulo por medios térmicos, físicos y químicos sin que sea fecundado por un espermatozoide humano, etc.

No existe en el ordenamiento peruano parámetros para el ejercicio de los especialistas en genética en la ciencia médica, que sin impedir el avance de la ciencia, deban delimitar la manipulación genética por respeto a la dignidad humana. Los casos de manipulación genética son contrarios a la paz social, el orden público y las buenas costumbres, por lo que deben ser tipificados como delitos biológicos, dado que por el principio de no extensión de las normas penales por analogía, no es posible castigarlos penalmente⁴⁴.

Como se evidencia, el legislador colombiano ha profundizado mucho más en la exploración de estas conductas y en definir las sanciones, entendiendo que la materialización de aquellas es perjudicial para la sociedad. De este modo, es razonable afirmar que el legislador peruano se ha quedado corto en sus esfuerzos por determinar estas conductas.

7.3.3. Regulación en Inglaterra

Este país tiene una ley muy específica y bastante prolija en regulaciones de manipulación genética, siendo una de las puntas de lanza frente a la materia: Ley de Embriología y Fertilización Humana de 1990, la cual establece las siguientes regulaciones, tal como lo enseña el Magister Lavy Coral⁴⁵:

⁴⁴ *Ibidem.*, p. 34

⁴⁵ *Ibidem.*, p. 37

7.3.3.1. Frente a los Embriones:

- No se pueden crear embriones sin licencia
- No se puede mantener o utilizar un embrión que no sea para fines médicos o terapéuticos.
- No se puede adquirir o distribuir embriones humanos, con excepción de lo regulado frente a la maternidad subrogada.
- No se puede implantar una mujer ninguna clase de gametos vivos que no sean humanos. Esta regulación apunta a impedir la realización de experimentos en esta materia, ni la reproducción de seres híbridos de cualquier categoría.
- No se puede implantar un embrión en un animal.
- No se permite “la manipulación genética destinada a la creación y/o combinación de las células del embrión”⁴⁶.

7.3.3.2. Frente a células germinales:

- Nadie puede apropiarse o usar células germinales femeninas, incluyéndose a los óvulos.

7.3.3.3. Frente a los gametos:

- Nadie puede almacenar gametos
- No se puede hacer uso de espermatozoides que no haya sido procesado y debidamente almacenado
- No se puede usar espermatozoides a no ser que sea del donante
- Tampoco puede emplear los óvulos de la mujer después de su transformación o almacenamiento, o los huevos de cualquier otra mujer, o la mezcla de gametos con los gametos vivos de cualquier animal, excepto de conformidad con una licencia.

⁴⁶ *Ibidem.*, p. 38

8. CONCLUSIONES

El *ius puniendi* en su relación de especie-género con el derecho como máxima expresión reguladora de las relaciones sociales, participa de la misma teleología de éste, consistente en proveer las condiciones o elementos que se consideran necesarios para la coexistencia, ejerciendo esa labor a través de la imposición de penas. El actual concepto de “bien jurídico tutelado” puede resumirse en esos elementos o condiciones que se ofrecen indispensables al objetivo de la vida en sociedad y que el derecho penal pretende garantizar a través de su reconocimiento en los instrumentos normativos y la sanción de los comportamientos que los afrentan.

Es evidente que la institución del bien jurídico tutelado tuvo su mayor punto de evolución por cuenta del desarrollo dogmático en la materia, cuando se planteó una necesaria diferenciación entre los bienes jurídicos y los valores eminentemente morales o idearios producto de la consciencia popular, a efectos de excluir estos últimos de las categorías que el derecho penal tiene por objeto proteger mediante la consecuente sanción tras su contrariedad, porque la severidad de este tratamiento no es en modo alguno acorde ni proporcional con la naturaleza intrascendente o ambigua de tales afectaciones.

Luego, esa efectiva separación entre unos y otros intereses de la sociedad, que no implica perjuicio ni sacrificio respecto de la finalidad última de garantizar una seguridad jurídica, trae consigo los más importantes principios limitadores de la potestad represora del Estado, pues bajo esos senderos dogmáticos se predica que, en primer lugar, el derecho penal se orienta bajo el *principio de lesividad*, que por regla general no permite ingresar a su esfera de tutela ningún interés basado en valores morales, éticos, antiestéticos o que pretendan favorecer cualquier actividad social en concreto. En cambio, lo que efectivamente debe normalizar son los comportamientos que en realidad produzcan un daño o amenaza sobre un bien

jurídico tutelado, esto es, que trastoquen las esferas de libertad ajenas o las condiciones y bienes que son inmanentes al conglomerado para su realización.

Y de otra parte, se pregona a partir de los advertidos avances, el *principio de intervención mínima*, desde el cual el derecho penal queda relegado a ser la última herramienta dentro del plexo de métodos jurídicos para la resolución de los fenómenos sociales, de modo que su mediación se hace necesaria solo ante los ataques más intolerables que se realizan en contra de los derechos, libertades y deberes imprescindibles para la conservación de la seguridad jurídica. Para los demás casos, entonces, siempre el Estado debe intentar y aplicar el tratamiento jurídico que ofrecen los demás medios de solución instituidos, considerándose el *ius puniendi* como la última alternativa a la que se debe recurrir ante el fracaso de estos, con lo cual se reafirman los caracteres de *última ratio*, subsidiariedad y fragmentario del derecho penal.

Por supuesto que la vida e integridad personal hacen parte de una categoría importante de bienes indispensables al pacífico desenvolvimiento y desarrollo de la comunidad, porque contribuyen en especial manera a conservar la pretendida seguridad jurídica como fin último del Derecho. En palabras más simples, la vida e integridad personal resultan factores condicionantes del disfrute de la gran mayoría de los demás derechos inherentes al hombre en su condición humana, a tal punto que su reconocimiento se erige en un derecho de raigambre constitucional y en un principio de alcance superior, no que en una simple regla de contenido cuya verificación resulta agotable en un solo supuesto de hecho.

Correlativa a esa capacidad axiológica del bien jurídico en mientes, la misma sistemática de la ley sustancial penal colombiana otorga preponderancia a ese valor social en la ubicación de los bienes jurídicos objeto de tutela, siendo el primero de los que se enlista como tal dentro de la norma de los delitos, como el mensaje que deja el legislador en una suerte de orden jerárquico de importancia dentro del tipo de sociedad que configura el actual Estado. Y no solo eso; su superior categoría permite inferir que el bien jurídico de la vida e integridad

personal no se agota en la protección de la vida de una persona desde una perspectiva llana o lineal. Es decir, no solo se trata de la supresión de la existencia vital de una persona o de la irrupción en su integridad física o mental, sino que aparte de ello existe un trasfondo que refuerza su valor: la vida e integridad personal como factores de identidad y de dignidad del ser humano.

Determinado el hecho de que cada miembro de la humanidad cuenta con un código diferencial e identitario propio, evidenciado en un genoma o genotipo que dota a las personas del valor de su unicidad como individuo y de su diversidad respecto a otros, es indudable que la vida e integridad personal del ser humano debe ser respetada y considerada también desde esta perspectiva. Por ello, el bien jurídico del que se habla ampara también la condición de vida del ser humano como único e irrepetible, confiriéndole una dignidad especial a la vida de cada persona, o lo que es lo mismo, atribuyéndole la importancia que merece en virtud de su condición de ser, opuesto a insustanciales objetos o bienes reemplazables y modificables desde su estructura intrínseca definitoria.

De este modo, el bien jurídico tutelado frente a actividades de manipulación genética no se trata de uno distinto al de la vida y la integridad personal enmarcado en la legislación patria, sino que su alcance ha de entenderse en un modo más profundo o amplio en función de la conservación de la vida e integridad humana desde las dimensiones de identidad y dignidad de los pueblos y de las personas. Como ya lo había referido Fuentes Contreras, claramente el bien jurídico de la vida y la integridad personal no puede ser concebido en exclusiva forma individual sino también colectiva, en la medida que propende por la protección de grupos sociales enteros.

Pensar en el reemplazo del ser humano en tanto especie o como individuo a través de prácticas como la de su repetibilidad idéntica, implica indefectiblemente restarle total valor a la vida; así, de considerarse la posibilidad de repetir artificialmente determinado individuo subyacería de bulto la idea de que la vida e integridad de ese, y de cualquier otro ser humano, representa apenas un objeto de

trivial valor, reemplazable, repetible y por lo tanto desechable, desconociendo de paso la dignidad e identidad que corresponde a cada ser humano. Igual sucede con la modificación del genotipo para fines distintos al mejoramiento de la salud de las personas, cuyo ejercicio confluye en la supresión de la identidad y dignidad propia de los individuos y de los pueblos mediante prácticas eugenésicas desarrolladas bajo la consideración de no encontrar sus características de origen, apropiadas o convenientes al progreso de la sociedad, como en ese sentido varios discursos políticos a través de la historia lo han exhibido⁴⁷, lo que no en vano puede convertir un razonamiento discriminatorio en un atentado directo contra la vida e integridad personal de determinadas grupos sociales, a través de la utilización de modificación genética.

Sostenemos, entonces, como corolario de lo estudiado, que la protección de la información genética identitaria, de los materiales genéticos que no han sido manipulados y el derecho a que se conserven sin intervenciones no consentidas, hace parte de una esfera amplia y no lineal del bien jurídico a la vida y la integridad personal, queremos decir: no en lo que la literalidad se entiende la transgresión a la vida, como sucede con el despojo mismo de la existencia humana, sino lo que más allá trasciende en un principio que implica, además de vivir, hacerlo con una identidad y una dignidad que resultan connaturales a cada ser humano.

⁴⁷ Para poner un ejemplo cercano, tan solo en el siglo pasado el Gobierno colombiano alentaba y elaboraba prácticas eugenésicas negativas a través de políticas migratorias restrictivas para grupos sociales históricamente afectados por el flagelo de la discriminación. Los decretos 148 de 1935 y 397 de 1937, consignaban limitaciones de ingreso del pueblo gitano o *rom* al territorio nacional, el primero imponiendo serios condicionantes a tal propósito desde su Art. 6°, consistente en que *“Los gitanos, sea cual fuere la nacionalidad a que pertenezcan, sólo podrán entrar al país mediante permiso especial del Ministerio de Relaciones Exteriores, y los funcionarios diplomáticos o consulares sólo les podrán visar el pasaporte con la autorización expresa de dicho Ministerio, la visa, en ningún caso, podrá ser sino de tránsito y por un tiempo no mayor de cuatro meses.”*; y la normativa posterior, de dos años después, dictando ya una total segregación hacia ese pueblo al señalar en el Art. 10 que *“Los gitanos, sea cual fuere su nacionalidad, no podrán entrar al país.”*, propósito para el cual incluso facultó a la Dirección General de la Policía Nacional para *“ordenar la inmediata salida del país de los gitanos que infrinjan esta disposición”*.

9. BIBLIOGRAFÍA

- ANTOLISEI, Francesco. Manual de Derecho Penal, Parte General. Bogotá: Editorial Temis. 1988. ISBN: 84-8272-314-6.
- ARMAZA ARMAZA, Emilio José, *et al.* INFORME SOBRE LOS INTENTOS DE ADAPTACIÓN DEL DERECHO PENAL AL DESARROLLO SOCIAL Y TECNOLÓGICO: LÍNEAS DE INVESTIGACIÓN Y CONCLUSIONES. País Vasco: Proyectos I+D, Acciones Estratégicas y Eranets, 2008. SEJ2005-07489.
- BECCARIA, Cesare. Tratado de los delitos y de las penas [en línea]. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid. 2015. Disponible en: https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/20199/tratado_beccaria_hd32_2015.pdf?sequence=1
- CANCINO MORENO, Antonio José. Genética y Derecho Penal. Bogotá: Universidad Externado de Colombia y Academia Colombiana de la Abogacía. 2005. ISBN: 958-9194-17-6.
- CARDONA CASTAÑO, Jhon Jairo. ANÁLISIS DEL DELITO DE FECUNDACIÓN Y TRÁFICO DE EMBRIONES HUMANOS. En: Revista Judicial, Enero-Diciembre, 2009, no. 03, p. 295-308.
- CUÉLLAR-SAAVEDRA, José Edwin. Alcances y límites de la dignidad humana en el contexto de la bioética: una reflexión crítico-antropológica. En: humanística, Enero-Junio, 2010, vol. 69 no. 69, p. 259-280.
- DÍAZ GARCÍA, Alexander. EL BIEN JURÍDICO TUTELADO DE LA INFORMACIÓN Y LOS NUEVOS VERBOS RECTORES EN LOS DELITOS ELECTRÓNICOS [en línea]. Cali, Colombia. 2011. Introducción. Disponible en: [http://www.redipd.es/noticias_todas/2011/tribuna/common/1/EL_BIEN JURIDICO TUTELADO DEL DATO Y LOS NUEVOS VERBOS RECTORES DE LOS DELITOS ELECTRONICOS USC.pdf](http://www.redipd.es/noticias_todas/2011/tribuna/common/1/EL_BIEN_JURIDICO_TUTELADO_DEL_DATO_Y_LOS_NUEVOS_VERBOS_RECTORES_DE_LOS_DELITOS_ELECTRONICOS_USC.pdf)

- FUENTES CONTRERAS, Edgar Hernán. La manipulación genética en el contexto global y su restricción penal en el ordenamiento jurídico colombiano: perspectivas de la investigación genética y la protección del bien jurídico tutelado. En: Análisis Internacional, Julio-Diciembre, 2010, vol. 6 no. 2, p. 103-128.
- GETTY. ROBUART. 10 hitos de la Genética en los últimos 150 años. EUROPAPRESS. Madrid. 2016. Disponible en Internet: <https://www.infosalus.com/salud-investigacion/noticia-10-hitos-genetica-ultimos-150-anos-20160418060434.html>. Consultado el: 14 de abril de 2019
- GONZÁLEZ DE CANCINO. Emilssen. Los delitos de manipulación genética. En: Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial. Universidad Externado de Colombia. Departamento de Derecho Penal y Criminología. Segunda Edición. Bogotá. 2015
- GRUPO NO-FORMAL DE TRABAJO SOBRE LA BIOÉTICA. Observaciones sobre la “Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos” [en línea]. Ciudad del Vaticano. 1998. Disponible en: http://www.vatican.va/roman_curia/pontifical_academies/acdlife/documents/rc_pa_acdlife_doc_08111998_genoma_sp.html
- KIERSZENBAUM, Mariano. EL BIEN JURÍDICO EN EL DERECHO PENAL. ALGUNAS NOCIONES BÁSICAS DESDE LA ÓPTICA DE LA DISCUSIÓN ACTUAL. En: Lecciones y Ensayos, Enero-Junio, 2009, no. 86, p. 187-211.
- LA INFORMACIÓN. Los diez grandes avances de la genética en los últimos 150 años. Lunes, 18 Abril 2016. Disponible en Internet: https://www.lainformacion.com/tecnologia/grandes-avances-genetica-anos_0_908909847.html. Consultado el: 14 de abril de 2019
- LAVY CORAL, Renato Daniel. La manipulación genética y su incidencia en el derecho a la identidad previsto en el artículo 324° del Código Penal peruano. TESIS PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE: Maestro en Derecho Penal y Procesal Penal. Universidad César Vallejo. Escuela de

Posgrado. Lima. 2018. Disponible en internet: http://repositorio.ucv.edu.pe/bitstream/handle/UCV/12817/Lavy_CRD.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Consultado el: 14 de abril de 2019

- MARTOS NÚÑEZ, Juan Antonio. Principios penales en el estado social y democrático de derecho [en línea]. En: Revista de derecho penal y criminología, Enero-Junio, 1991, p. 217 y 296. Disponible en: <https://hdl.handle.net/11441/72261>
- MONTENEGRO VERGARA, Andrés. Siete hitos que marcan la historia de la genética. El Tiempo. Bogotá. 12 de julio de 2016. Disponible en Internet: <https://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-16643459>. Consultado el: 14 de abril de 2019.
- REPÚBLICA DE COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 599 de 2000. Código Penal colombiano. Artículo 132. Disponible en internet: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0599_2000_pr004.html. Consultado: 14 de abril de 2019
- REPÚBLICA DE COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 599 de 2000. Código Penal colombiano. Artículo 133. Disponible en internet: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0599_2000_pr004.html. Consultado: 14 de abril de 2019
- REPÚBLICA DE COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 599 de 2000. Código Penal colombiano. Artículo 134. Disponible en internet: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0599_2000_pr004.html. Consultado: 14 de abril de 2019
- REPÚBLICA DE COLOMBIA. MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO. SISTEMA ÚNICO DE INFORMACIÓN NORMATIVA - JURISCOL-. Decreto 148 de 1935. Disponible en internet: <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1708124>. Consultado: 16 de abril de 2019
- REPÚBLICA DE COLOMBIA. MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO. SISTEMA ÚNICO DE INFORMACIÓN NORMATIVA -

JURISCOL-. Decreto 397 de 1937. Disponible en internet: <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1088889>. Consultado: 16 de abril de 2019

- ROMEO CASABONA, Carlos María. Genética, biotecnología y ciencias penales. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana. 2009.
- ROXIN, Claus. Derecho Penal Parte General, Tomo I Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito. Madrid: Editorial Civitas S.A. 2010. ISBN: 84-470-2545-4.
- VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. Fundamentos de Derecho Penal, Parte General. Bogotá: Ediciones Jurídicas Andrés Morales. 2017. ISBN: 978-958-48-0503-4
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Tratado de Derecho Penal, Parte General. Tomo I. Buenos Aires: Ediar Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera. 1998. ISBN: 950574-049-2