

## CAPÍTULO XIII

## LA BIOÉTICA Y EL DERECHO

1) El análisis de la Convención del Consejo de Europa sobre "Les Droits de l'Homme et la Biomedicine", debe necesariamente ser precedida de la consideración del tema relativo a las razones por las cuales en nuestros días, la bioética se ha transformado en una materia no sólo encarrada por el derecho interno, incluso en el marco constitucional, sino también por el derecho internacional.

2) En cuanto a la cuestión de la bioética y el derecho interno, únicamente cabe señalar aquí que la importancia y la significación creciente y acelerada del asunto, paralela al vertiginoso desarrollo científico y tecnológico en la materia, así como la trascendencia humana y social, individual y colectiva, cada día más grande, de los problemas que plantea la bioética, ha obligado a su consideración y regulación normativas por el derecho. Esta consideración jurídica y no únicamente ética del asunto, se encuentra hoy no sólo encarrada, por ejemplo, por el derecho civil y el derecho penal, sino que es también objeto del derecho constitucional<sup>1</sup>. Un estudio comparativo permite concluir hoy que ya son varios los sistemas constitucionales que enfrentan este tema y que el proceso de consideración constitucional de la bioética y de sus múltiples aspectos, que afectan cuestiones de carácter e interés individual y colectivo, se expande y acelera. No es aventurado pensar que en los próximos años la materia bioética estará presente, en función de la defensa y salvaguarda de los valores y principios constitucionalmente protegidos, en un gran número de Constituciones.

La razón de este proceso ya iniciado, pero con ejemplos aún minoritarios en el derecho comparado, radica en que se considera, con razón, que la importancia y la trascendencia de los temas bioéticos y genéticos y su incidencia sobre toda la temática relativa a los derechos humanos, en especial del derecho a la vida y el derecho a vivir<sup>2</sup>, requiere que sea encarado

<sup>1</sup> HÉCTOR GROS ESPIELL, "Constitución y bioética", en *Derecho biomédico y bioética*, Granada, 1998.

<sup>2</sup> HÉCTOR GROS ESPIELL, "The Right to Life and the Right to Live", en *Essays on the Concept of Right to Live in Memory of Y. Khushfani*, Bruylant, Bruxelles, 1988.

al más alto nivel jerárquico del derecho interno, como garantía de respeto y de homogeneidad en el tratamiento legislativo y administrativo.

Es interesante comprender que esta misma consideración de la importancia y trascendencia del asunto, así como de su carácter general y universal, es lo que fundamenta, como veremos, la inclusión de la materia en el derecho internacional, como una cuestión compartida y coexistente en el derecho interno y en el derecho de gentes.

3) Pero además del derecho interno, incluso de ámbito constitucional, la materia bioética y genética ha pasado también a ser un ámbito o un espacio normativo regulado por el derecho internacional.

Es uno de los ejemplos actuales de materias compartidas por el derecho interno y por el derecho internacional, demostración no sólo del fenómeno de la inexistencia de un límite absoluto y preciso entre lo interno y lo internacional, y de lo relativo, lo variable y evolutivo de la frontera entre ambos espacios normativos, sino también de la existencia de una zona común a ambos, en que coexisten los dos<sup>3</sup>. El caso de los derechos humanos, del medio ambiente y de la bioética son, entre otros, ejemplos de esta situación, casos que sin duda se multiplicarán en el futuro.

4) El tema de la consideración de la bioética por el derecho internacional ha provocado, pese a ser un fenómeno muy reciente, la atención de la doctrina<sup>4</sup>.

El Instituto de Derecho Internacional ya comprendió el interés del asunto en la sesión de Estrasburgo, en 1997, cuando encargó al presidente MOHAMMED BEDJAOUI, la preparación de un informe preliminar sobre el tema<sup>5</sup>. Igual atención le ha prestado la Academia de Derecho Internacional de La Haya, que ha designado al profesor R. YDA, presidente del Comité Internacional de Bioética de la Unesco, para el dictado de un curso sobre ese tema en el año 2000.

Del mismo modo, en los Cursos del Comité Jurídico Interamericano de la Organización de Estados Americanos, que se dictan anualmente en

<sup>3</sup> Héctor Gros Espiell, "Derechos humanos, derecho interno y derecho internacional", en *Estudios en honor de Jorge Carpizo*, Unam, México, 1995.

<sup>4</sup> NOËLLE LENOIR et BERNARD MATTHEU, *Les normes internationales de la bioéthique. Que sais-je?*, PUF, Paris, 1998; Héctor Gros Espiell, "Clonación, derechos humanos y derecho internacional", en *Anuario Hispano Luso-Americano de Derecho Internacional*, Madrid, 1999; *En las fronteras de la vida*, Fundación Ciencias de la Salud, Madrid, 1998; "Informe sobre clonación (cap. 6, pág. 163): el marco jurídico de la clonación", Fundación Ciencias de la Salud, Instituto de Bioética, Madrid, 1999.

<sup>5</sup> *Annuaire de l'Institut de Droit International*, session de Strasbourg, vol. 67, II, Paris, Editions A. Pedone, 1998, págs. 69-79.

Río de Janeiro, he sido encargado a hablar, en agosto del año 2001, sobre "Bioética y derecho internacional".

5) Es interesante notar que la relación entre el derecho internacional y la bioética se presenta en algún caso, con una manifestación totalmente novedosa. En efecto, la Declaración sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos de la Unesco, remite expresamente, en su artículo 8º, al derecho internacional público y al derecho de los derechos humanos<sup>6</sup>.

6) El hecho de que la bioética haya pasado a constituir un nuevo tema, una novedosa materia, del contenido del derecho internacional público, provoca, entre otras muchas, dos inmediatas reflexiones.

Primero. Con relación a la esencia moral de la bioética. Al ingresar esta en el derecho internacional provoca una acentuación del aspecto ético que el derecho de gentes ha de tener y que, en cierto grado, tiene. La bioética, por esencia y por definición, tiene un necesario contenido ético. Como consecuencia de ello al entrar en el ámbito normativo regulado por el derecho internacional, provoca una "moralización", no sólo en cuanto a esta materia, sino que generaliza y proyecta el enfoque ético, habida cuenta de los distintos aspectos involucrados, y en un sentido relativo y más limitado, a las diferentes materias que se incluyen en el derecho internacional.

El derecho internacional tiene —y debe tener— un contenido ético<sup>7</sup>. Esto ha sido así reconocido en un proceso que se ha acentuado conceptualmente, sin perjuicio del reconocimiento de la inmoralidad y de la antijuridicidad de ciertas conductas internacionales, que no han recibido, en los hechos, la sanción jurídica que debió de haber sido su consecuencia. Ahora

<sup>6</sup> Art. 8º. Toda persona tendrá derecho, de conformidad con el derecho internacional y el derecho nacional, a una reparación equitativa de un daño del que pueda haber sido víctima, cuya causa directa y determinante pueda haber sido una intervención en su genoma".

<sup>7</sup> Art. 9º. Para proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales, sólo la legislación podrá limitar los principios de consentimiento y confidencialidad, de haber razones imperiosas para ello, y a reserva del estricto respeto del derecho internacional público y del derecho internacional relativo a los derechos humanos".

<sup>8</sup> Héctor Gros Espiell, "Biodiversidad, ética y política", en *Un homenaje a don César Sepúlveda*, Unam, México, 1995; "Ética y derecho", en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, 3, Montevideo, 1996; "Derechos humanos, ética, derecho y política", en *Revista Diplomática*, núm. 9, Montevideo, 1990; Nicolás Politis, *La morale internationale*, Neuchâtel, 1943; ZLATKA DEKAS DE CLÉMENT, *La dimension éthique du droit international*, Asociación Argentina de Derecho Internacional, Mar del Plata, 1999; H. KRAUS, *La moral internacional*, en *Recueil des Cours*, Académie de Droit International, vol. 6, La Haya, 1927.

este proceso se precisa y se ahonda con el ingreso de la materia bioética en el contenido del derecho internacional.

Segundo. El derecho internacional contemporáneo se ha caracterizado por haber superado la etapa de ser un conjunto normativo limitado a regular las relaciones entre los Estados, en la paz o en la guerra.

El actual derecho internacional, además, existe para, y tiene como destinatario, el ser humano. Es decir, que sus normas atribuyen al hombre derechos y deberes e imponen a los Estados obligaciones al respecto.

Esto, referido al derecho de los tratados, constituye una de las características individualizantes de los modernos tratados en materia humanitaria y en los relativos a la protección internacional de los derechos humanos.<sup>8</sup>

El ingreso de la bioética en la materia propia del derecho internacional, afirma, amplía y profundiza esta característica del derecho de gentes contemporáneo.

7) La consideración de la bioética por el derecho internacional, puede resultar de instrumentos internacionales bilaterales o de textos internacionales multilaterales. Estos, a su vez, pueden tener carácter regional a estar enfrentados en función de una aplicación universal.

Desde este punto de vista, los correspondientes instrumentos pueden tener carácter convencional, es decir, revertir la forma de tratados internacionales<sup>9</sup> o constituir resoluciones, declaraciones o proclamaciones de organismos internacionales, de carácter intergubernamental, que pueden, según los casos, ser de tipo universal o regional.

8) Se abre así un complejo abanico de posibilidades respecto del tratamiento de los temas bioéticos por el derecho internacional, que es preciso considerar caso por caso.

Pero antes, es necesario intentar responder a la pregunta: ¿por qué el derecho internacional se ha abierto para entrar, más allá de lo que puede hacer el derecho de los Estados, en el campo de la bioética? ¿Qué razones existen para explicar, y eventualmente justificar, esta expansión de la materia del derecho internacional?

La respuesta se encuentra, como en otros casos análogos<sup>10</sup>, en el hecho actual de la importancia general, no limitada a uno o a varios Estados,

<sup>8</sup> Véase, al respecto, "Opinión Consultiva OC. 2ª del 24 de septiembre de 1982 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, párr. 29.

<sup>9</sup> Art. 2.1, de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, en virtud del cual "se entiende por tratado un acuerdo internacional celebrado entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular".

<sup>10</sup> Derechos humanos, medio ambiente, etc.

de las cuestiones de la bioética, en su acepción amplia, y de la genética, que afectan a todos los seres humanos y a la humanidad en su conjunto. De aquí resulta la necesidad consiguiente de encarar los asuntos bioéticos y genéticos relativos al ser humano, con un enfoque que trascienda necesariamente los límites territoriales de los Estados que integran la comunidad internacional. Se descartan, así, por ende, las fórmulas únicas y excluyentes del derecho interno en relación con la materia bioética y genética. El tratamiento por el derecho internacional es la consecuencia de su carácter general y transnacional. Esto es así sin perjuicio de reconocer la posibilidad de enfoques regionales o nacionales<sup>11</sup>. Esta impuesta e ineludible generalidad y universalidad que exige una relativa homogeneidad de tratamiento, con respuestas comunes, es una necesidad de nuestros días y lo será aún más en el futuro.

Esta necesidad, ineludible para la especie humana y para cada ser humano, es la raíz, la explicación y el fundamento de por qué, el derecho internacional, mediante diferentes tipos de instrumentos jurídicos, ha debido aceptar como materia propia de su contenido —en proceso constante de expansión, de modernización y de renovación—, el tema de la bioética en general y de la genética en particular, incluyendo los asuntos de la biomedicina en su más amplia acepción.

9) Pero además de este extremo, que explica el porqué, de la ampliación, en razón de materia, del objeto del derecho internacional, este fenómeno provoca, como ya lo señalamos, pero deseamos reiterar, una impresión más intensa de la ética en el derecho de gentes. Nunca la ética fue ajena, ni podría serlo al derecho internacional, que contiene elementos éticos ineludibles, como son, por ejemplo, los principios de justicia y buena fe; pero la consideración de temas relativos a la vida humana, en su relación con la biología y la genética, introduce de una manera más directa y mucho más profunda, la ética es el núcleo mismo del derecho internacional.

10) La posibilidad que el tema bioético pueda ser enfrentado tanto por instrumentos internacionales de tipo universal como por textos internacionales de aplicación regional, presenta elementos positivos, pero al mismo tiempo muestra la posibilidad eventual de consecuencias negativas.

En cuanto a los aspectos positivos, resultan de las ventajas de la posibilidad de coordinar y armonizar fórmulas universales, que por su propio carácter pueden ser más generales y flexibles, con regulaciones regionales.

<sup>11</sup> Declaración de la Conferencia de Viena sobre Derechos Humanos, 1993, párr. 5; Héctor Gros Espiell, "Universality of Human Rights and Cultural Diversity", en *International Social Science Journal*, Unesco, núm. 58, december, 1998.

les, más concretas y precisas, en cuanto son capaces de atender a las características particulares de una región o subregión. Esta compatibilidad del universalismo y del regionalismo se discutió ampliamente en cuanto a la protección internacional de los derechos humanos<sup>12</sup>, habiéndose llegado a aceptar unánimemente, hoy día, la no incompatibilidad entre ambas formas posibles de regulación normativa internacional.

Esta conclusión en cuanto al problema, en relación con la protección internacional de los derechos humanos, puede ser aplicada al caso de la bioética.

Pero esta eventual y posible coexistencia, es decir, de simultaneidad, entre instrumentos internacionales universales y regionales en materia de bioética, plantea problemas que no pueden ser eludidos.

En primer lugar, la necesidad de que estos instrumentos no se funden en principios o criterios opuestos o contradictorios. La cuestión es particularmente importante en el campo de la bioética. Esta necesidad se acrecienta porque no habiendo una relación jerárquica entre las normas, de igual naturaleza, universales o regionales, salvo respecto a las obligaciones que derivan de la Carta de las Naciones Unidas (art. 103) —situación en la cual en caso de conflicto “prevalecerán las obligaciones impuestas por la Carta”—, se podrían plantear engorrosos problemas, de muy difícil solución, si existen contradicciones entre normas universales y regionales en materia de bioética.

1) Pero, además, hay otro problema, que no puede ignorarse, cuando el universalismo y el regionalismo se expresan por instrumentos internacionales de diferente naturaleza.

Las fórmulas tipo convencional constituyen, evidentemente, fuentes del derecho internacional. Las de tipo declarativo emanadas de organizaciones internacionales intergubernamentales, pueden no tener, en principio, ese carácter, aunque en determinados supuestos pueden llegar a tenerlo<sup>13</sup>.

En el caso de la bioética, no hay tratados internacionales multilaterales en la materia, de carácter o proyección universal. Sólo existen declaraciones, proclamaciones o resoluciones, de distinto tipo. La más importante, sin duda, es la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los

<sup>12</sup> Héctor Ghos Espiell, “Universalismo y regionalismo en la protección internacional de los derechos humanos”, en *Estudios sobre derechos humanos*, vol. 1, Caracas - San José, 1985.

<sup>13</sup> Jorge Castañeda, “Valor jurídico de las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas”, en *Obras completas*, vol. 1, Naciones Unidas, Secretaría de Relaciones Exteriores, El Colegio de México, México, 1995.

Derechos Humanos, adoptada por la Conferencia General de la Unesco y hecha suya por la Asamblea General de las Naciones Unidas. Aunque no fue prevista para tener una fuerza jurídica directa, puede, quizá, llegar a tenerla si se da un proceso análogo al que existió respecto a la Declaración Universal de Derechos Humanos<sup>14</sup>.

Pese a las diferencias existentes, no es imposible pensar que se podría quizá encarar en los próximos años, la elaboración de un instrumento internacional universal de tipo convencional, relativo a la bioética y al genoma humano y su protección y a los derechos humanos.

En cambio, en el ámbito regional europeo ya existe un instrumento de tipo convencional, el tratado adoptado en el marco del Consejo de Europa sobre “Les Droits de l’Homme et la Biomedicine”.

Nada igual hay así en el sistema interamericano, ni siquiera entre los países latinoamericanos que lo integran. Nada existe tampoco en África, en Asia, o en el Pacífico.

Pero no es imposible pensar que en un futuro no muy lejano, pueda comenzar a elaborarse en el sistema interamericano un instrumento convencional, parcialmente análogo al europeo<sup>15</sup>.

12) La existencia de un instrumento de tipo convencional sobre la bioética enfrenta dos tipos de dificultades.

Primero. Las que resultan del hecho de que la rapidez de los cambios en la materia, como consecuencia de los progresos cada vez más acelerados de la ciencia y de la tecnología. Esto provoca cuestiones relacionadas con la compatibilidad de tal situación con las complejidades que son la consecuencia de la lentitud inherente a los procesos de adopción, firma, ratificación y entrada en vigencia de los tratados multilaterales y, por ende, de su modificación, reforma o enmienda, para adaptarlos a las nuevas realidades científicas y tecnológicas y, eventualmente, a los cambios de la conciencia social e individual y de sus contenidos psicológicos y éticos. De aquí la necesaria reflexión respecto de si un instrumento de tipo convencional es compatible, o, mejor dicho, si es la mejor fórmula, para enfrentar la necesaria regulación internacional, total o parcial, de los problemas actuales de la bioética.

Segundo. Las que son las consecuencias de que los temas bioéticos, sin perjuicio de su universalidad desde un punto de vista científico, están

<sup>14</sup> Héctor Ghos Espiell, “Clonación, derechos humanos y derecho internacional”, cit.

<sup>15</sup> Iniciativa del doctor Garardo Trejos presentada al Comité Jurídico Interamericano, sobre bioética, “Recomendación médicamente asistida” (OEASer Q; CII, Doc. 31/99, rev. 3), 21 de agosto de 1999.

vinculados y, en cierta forma, condicionados por tradiciones, enfoques religiosos y costumbres regionales y hasta nacionales. Ello hace difícil la elaboración de un tratado multilateral en la materia de carácter universal.

Es decir, que, por lo menos, en lo inmediato, sólo será posible encarnar la fórmula convencional en el ámbito regional, aunque siempre condicionada a la existencia de una conciencia común, más o menos homogénea, sobre los grandes temas biológicos o éticos involucrados.

En consecuencia, respecto a la fórmula convencional —ello es posible en el ámbito regional—, si existen ciertas condiciones —como lo prueba ya la existencia de una convención europea—. Pero esta conclusión está, de cualquier manera, condicionada por la primera dificultad que hemos evocado.

13) Todo lo que antecede nos lleva a concluir que, en el ámbito universal, la mejor fórmula, hasta hoy, es la que resulta de posibles instrumentos de tipo no convencional, como por ejemplo, declaraciones que son la consecuencia de resoluciones adoptadas por organismos internacionales intergubernamentales competentes. Estos instrumentos internacionales de tipo declarativo con una proyección universal, que pueden llegar eventualmente a ser fuentes de derecho internacional, se han multiplicado en los últimos años. Entre ellos cabe recordar: la Declaración de la Unesco sobre el Genoma y los Derechos Humanos, que merece una atención especial, no sólo por su contenido, sino también por la necesaria consideración de su naturaleza jurídica y de su posible y eventual carácter de fuente del derecho internacional, ya que, entre otros elementos a tener en cuenta, hay que considerar que fue adoptada por unanimidad en la Conferencia General de la Unesco y luego ratificada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, que la hizo suya.

14) En cuanto al campo regional o subregional, y sin excluir de estos casos la posibilidad de instrumentos no convencionales, hoy habría que concluir que, si existen determinadas condiciones, es posible enfrentar, así mismo, la elaboración de instrumentos de naturaleza convencional, es decir, de tratados multilaterales.

15) Si se llega a pensar en fórmulas de tipo convencional, en especial de carácter universal, es necesario reflexionar desde ya en ciertos problemas.

Por ejemplo, una convención en materia de bioética, en cuanto a tratado internacional multilateral, ha de estar regulada por la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados. Lo ha de estar integralmente para los Estados partes en esta Convención de Viena, pero también, respecto de muchas de sus disposiciones, incluso para los Estados no partes, en los casos

en que estas disposiciones se han limitado a codificar un derecho consuetudinario preexistente<sup>16</sup>.

16) Una situación para tener en cuenta, si se elaborara una convención sobre bioética, es la de las reservas.

¿Es posible que en una convención sobre bioética se establezca que no se admiten las reservas? Sin perjuicio de la aplicabilidad de los artículos 19 y siguientes de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, hay que considerar la posibilidad de que una convención sobre materia bioética, por las especialísimas características que este asunto tiene, excluya la posibilidad de reservas (Convención de Viena, art. 19, párr.).

La tendencia a prohibir las reservas —además de la inadmisibilidad general de las reservas contrarias al objeto y al fin del tratado (art. 19, c) de la Convención de Viena)—, se acrecienta hoy en el derecho internacional con referencia a cierto tipo de tratados multilaterales. Un ejemplo es la Convención de Roma sobre el Estatuto de un Tribunal Penal Internacional Permanente (art. 120). Otro caso podría ser, eventualmente, el de una futura convención universal sobre bioética y genética, si se tiene en cuenta que la admisión de reservas en una convención relativa a esta materia puede ser de una extrema gravedad. Estas reservas podrían ser contrarias, por su propia naturaleza, con el objeto y el fin del tratado. Pero, además, hay que pensar que una salvedad grave, podría distorsionar y eventualmente anular lo que se quiso regular con una convención sobre una materia tan esencialmente sensible a toda salvedad principal a su tratamiento convencional, expresada por medio de una reserva a un acuerdo multilateral que, por su contenido, es necesariamente diferente a la materia de los tratados clásicos.

17) La Convención del Consejo de Europa sobre "Les Droits de l'Homme et la Biomedicine", es la manifestación de la comprensión de las razones por las que la materia bioética es ya hoy una parte de la temática internacional. Esta inserción se ha de acelerar y expandir. Pero, además, es la primera expresión de la voluntad de regular la materia, en un ámbito regional, por medio de una convención, es decir, de un tratado multilateral.

<sup>16</sup> Véanse la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia a este respecto, en especial la sentencia del 25 de septiembre de 1997 (*Affaire Relative au Projet Gabellonvo - Magyration*), *Hungrei/Slovagui*, párr. 46.