

EL DERECHO DE AUTODETERMINACIÓN FÍSICA COMO DERECHO DE CUARTA GENERACIÓN

Yolanda GÓMEZ SÁNCHEZ*

SUMARIO: I. *Biología, bioética y bioderecho*. II. *La incidencia de la biología en los derechos y libertades*. III. *Los derechos de cuarta generación*. IV. *El derecho de autodeterminación física como derecho de cuarta generación*.

I. BIOTECNOLOGÍA, BIOÉTICA Y BIODERECHO

La biotecnológica es, quizá, la última revolución conocida. Si por revolución entendemos acción o proceso también lo es el resultado de ellos;¹ en todo caso, el concepto de revolución, como acción y efecto de revolver y revolve, implica una modificación profunda del estado anterior de las cosas. En general, además, entendemos que la transformación del estado de cosas existente es revolucionaria si es rápida,² inesperada (al menos para amplios sectores de población no implicados directamente en el cambio)³ y si aporta un cierto grado —inicialmente al menos— de inestabilidad, o provoca, por igual, temores y esperanzas. En sí mismo considerado, un proceso revolucionario no siempre debe ser sinónimo de progreso o avance respecto de la situación anterior, aunque es frecuente aplicar este término con cierta connotación positiva, es decir, revolución como sinónimo de progreso. El progreso científico, como señala M. Casado, “es ambivalente, no sólo en el sentido de que puede ser positivo o negativo,

* Catedrática de Derecho constitucional.

¹ Porras del Corral, M., *Biología, derecho y derechos humanos*, Córdoba, Caja Sur Publicaciones, 1996, pp. 20 y ss.

² Si el proceso es lento y paulatino, normalmente, será denominado como *evolución*.

³ Los procesos revolucionarios suelen tener un origen reservado durante su gestación al menos.

sino porque cualquier enfoque bien intencionado puede devenir en perverso”, el problema fundamental —añade— es “separar el buen uso del abuso”.⁴

Por otro lado, el término biotecnología proviene del griego *bios*, que significa vida,⁵ y de tecnología que deriva igualmente del griego *techné* que significa arte manual, y de *logos* cuyo significado es el de tratado o conjunto de los conocimientos propios de un oficio mecánico o arte industrial. La biotecnología es la tecnología aplicada a la biología para usos muy diversos en aplicaciones médicas e investigación y experimentación, en agricultura y conservación de alimentos y en ganadería entre otros. Probablemente el primero que usó el término biotecnología fue Karl Ereky, ingeniero húngaro que en 1919 definió el término biotecnología como “Todos los métodos utilizados para convertir materia prima en bienes utilizando en alguna etapa organismos vivos o sus productos”.⁶ Desde ese momento, otros importantes hitos han marcado el camino de la biotecnología, entre ellos de manera relevante, la publicación de la estructura de doble hélice del ADN, realizada en 1953 por James Watson y Francis Crick, desde su laboratorio de la Universidad de Cambridge, que revolucionó los fundamentos de la biología y sentó las bases del código genético. Posteriormente, en 1973, Stanley Cohen y Herbert Boyer consiguen escindir un gen de un organismo e incorporarlo en otro, lo que dio paso realmente a la denominada era de la biotecnología. En 1978, también producto de los trabajos de Boyer, se obtuvo una versión sintética del gen humano de la insulina.

⁴ Casado, M. (ed.), *Materiales de bioética y derecho*, Barcelona, Cedecs, 1996, p. 35.

⁵ DRAE. Forma prefija o sufija de la voz griega *bios*, vida.

⁶ Son igualmente destacables y sin carácter exhaustivo, la aprobación en 1930 por el Congreso de los Estados Unidos, inspirado por los escritos de Luther Burbank, de la Ley de Patentes de Plantas, que permitió patentar los productos de la citogenética; en 1933 se comercializó también en Estado Unidos el maíz híbrido, lo que triplicó el rendimiento de este cereal; en 1960, Norman Borlaug obtuvo un trigo enano que aumentó el rendimiento de la producción en el 70% e inició la revolución verde; en 1982 se obtuvo la primera planta biotecnológica, una planta de tabaco resistente a un antibiótico. Con este descubrimiento se sentaron las bases de la transferencia a las plantas de características beneficiosas, como la resistencia a los insectos; en 1985 se realizaron en Estados Unidos diversas prácticas con plantas biotecnológicas resistentes a insectos, virus y bacterias, y en 1986, la Agencia de Protección Ambiental (EPA) aprobó la distribución de la primera cosecha producida mediante biotecnología (plantas de tabaco). A partir de ese momento se ha ido consolidando un marco para la regulación de los productos derivados de la biotecnología.

Posteriormente se han formulado diversas definiciones de biotecnología, aunque todas ellas hacen referencia a aplicaciones técnicas que utilicen sistemas biológicos y/o organismos vivos o sus derivados para la creación o modificación de productos o procesos biológicos para usos específicos. La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) definió en 1982 la *biotecnología* como la aplicación de organismos, sistemas y procesos biológicos a la producción de bienes y servicios en beneficio del hombre.⁷ Así definida, el campo de la biotecnología es amplísimo, ya que tanto puede referirse a actividades sobre seres humanos como sobre cualquier otro organismo vivo.⁸ De esta forma, bajo el término biotecnología tanto pueden ubicarse, por ejemplo, estudios, experimentos y procesos relativos a la mejora de un determinado producto agrícola o ganadero como la investigación, experimentación y aplicación relativa al genoma humano.⁹ Tal amplitud y pluralidad del concepto ha originado que algunos autores hablen, en plural, de biotecnologías para referirse a este variado espectro de conocimientos y procesos.¹⁰ Lo cierto es, con todo, que las biotecnologías son hoy un campo imparable de nuevos descubrimientos y aplicaciones en la vida de numerosos países. La biotecnología ha superado en buena medida sus propias fronteras creando realmente nuevas formas de vida.¹¹

De otra parte, el término bioética se generalizó a partir de la década de los setenta en la que diversos autores comenzaron a utilizarlo para referirse a la relación que debía existir entre los nuevos avances científicos de la medicina y la biología y un conjunto de valores éticos y morales sobre los que, sin embargo, no existía un total acuerdo. La *bioética* es la ética aplicada a los fenómenos de la biología y, en última instancia, de la vida misma.¹² Dos nombres resultan de obligada cita al tratar del origen del término bioética; uno, el del oncólogo Van Ressaer Potter que,

⁷ Y, de alguna manera, la propia definición excluye la posibilidad de uso nefando de la biotecnologías, lo cual, obviamente, no es cierto.

⁸ Sobre este punto, puede consultarse, entre otros, Romeo Casabona, C. M., *Biotecnología y derecho. Perspectivas en derecho comparado*, Granada, Comares, 1998.

⁹ Recientemente se ha publicado el *Informe sobre organismos modificados genéticamente (OMG) en la agricultura y la alimentación*, elaborado por el Comité Asesor de la Ética en la Investigación Científica y Técnica de la Fundación Española para la Ciencia y la Tecnología.

¹⁰ Romeo Casabona, C. M., *Los genes y sus leyes. El derecho ante el genoma humano*, Granada, Comares, 2002, p. 8.

¹¹ Gros, F., *L'ingenierie du vivant*, París, Odile Jacob, 1990, pp. 21 y ss.

¹² Gros Espiell, H., *Ética, bioética y derecho*, Bogotá, Temis, 2005, p. 170.

en 1971, publicó el libro *Bioethics, Bridge to the Futur*, y, el segundo, el ginecólogo André E. Hellegers, que en el mismo año creó el Kennedy Institute of Bioethics, en la Universidad de Georgetown. En los siguientes años que siguieron a su aparición, el concepto de bioética comenzó a utilizarse no sólo en el sentido estricto al que antes aludíamos y que implicaba problemas relativos al ser humano, sino también en relación con otros varios problemas referentes a otros organismos vivos y a la pervivencia y cuidado de los recursos naturales (ecología, biotecnología, biodiversidad, bioseguridad, investigación). La extensión del concepto de bioética más allá del ámbito de la vida humana no es inadecuada en absoluto, ya que muchos de estos problemas tienen relación entre sí y frecuentemente poseen también una innegable incidencia en la vida de los seres humanos. La bioética pretende establecer un marco de referencia ético, que pueda ser aceptable por un amplio número de personas en distintas sociedades, acerca de cuestiones y problemas surgidos como consecuencia de los nuevos conocimientos biomédicos y biotecnológicos. Como tal marco ético la bioética se ve afectada por los cambios que se producen en su objeto. “Las verdades de ayer se están constantemente modificando y, en consecuencia, cabe presuponer que vendrán nuevos hallazgos y nuevos poderes, hoy apenas imaginados pero de análoga o mayor magnitud de los que ya han ocurrido”.¹³

Mucho más cercanamente ha comenzado a utilizarse el término *bioderecho* como conjunto de normas de cualquier naturaleza, jerarquía y procedencia, que se refieren a la vida. Como en el caso de la bioética, cabe una interpretación amplia del concepto de bioderecho, que comprendería toda manifestación jurídica relativa a cualquier organismo vivo, y una interpretación más estricta que lo relacionaría exclusivamente con los problemas referentes a la vida humana. Entendemos que, como en el caso del concepto de bioética, resulta más adecuado utilizar el término bioderecho en un sentido amplio, puesto que también en este caso es muy frecuente la interrelación entre los problemas y las soluciones jurídicas adoptadas, y, en último término, la incidencia de muchos de estos aspectos en la vida humana. En todo caso, nada impide que metodológicamente, tanto el término bioética como el término bioderecho se adjetiven en razón de la investigación concreta a la que, en cada caso, se refieran.

¹³ González Valenzuela, J., *Genoma humano y dignidad humana*, Barcelona, Anthropos, 2005, p. 51.

Las relaciones y la utilización de los términos bioética y bioderecho no son siempre pacíficas. El término bioética se utilizó antes que el término bioderecho,¹⁴ y, como ya hemos indicado, se generalizó su uso extraordinariamente a partir de la década de los setenta cuando aún no resultaba frecuente la utilización del término bioderecho. La complejidad de los problemas derivados de los nuevos conocimientos biomédicos que carecían, en muchos casos, de regulación jurídica hacían necesario un acuerdo interdisciplinar que encontró un feliz acomodo en la rúbrica de bioética, aunque, progresivamente, aquellos problemas demandaron una regulación jurídica; surge así el bioderecho. Así, pues, la necesidad de regular los importantes aspectos que emergieron como consecuencia de los avances médicos y biológicos, la secular reticencia de los investigadores a ver regulada su actividad mediante normas jurídicas y una mayor comprensión de éstos hacia la aceptación de normas éticas fueron factores determinantes para la utilización del término bioética como ámbito de consenso en la adopción de decisiones biomédicas en un contexto de cierta discrecionalidad y de una aparente mayor facilidad para la articulación de ciertas limitaciones con la denominada *lex artis*.

Quizá fue esta inicial situación la que haya provocado la errónea utilización como sinónimos de los términos bioética y bioderecho, o, incluso, el uso del término bioética para aludir a lo que, en realidad, es bioderecho. Ética y derecho no son la misma cosa; bioética y bioderecho tampoco. Debe rechazarse la identificación entre los términos bioética¹⁵ y bioderecho, ya que ambos están hoy suficientemente consolidados y tienen contenido y sentido propios. Debemos insistir, pues, en la distinta naturaleza de las normas éticas y de las normas jurídicas; en sus distintos ámbitos de aplicación y en las distintas consecuencias que su aplicación comportan para los sujetos activo y pasivo.¹⁶ En este contexto, ética y derecho se di-

¹⁴ No es infrecuente la utilización también del término biojurídica con un alcance claramente similar al de bioderecho que, sin embargo, estimamos más preciso. Coincidió en este punto con los que así lo defienden, como es el caso de Junquera Estefaní, R., "El derecho y la bioética", en Marcos del Cano, A. M., *Bioética, filosofía y derecho*, UNED-Melilla, 2003, pp. 124 y 125

¹⁵ Sobre el concepto de bioética puede consultarse, entre otras varias obras del mismo autor Gracia, D., *Fundamentos de bioética*, Madrid, Eudema, 1989.

¹⁶ Romeo Casabona, C. M., "Ciencias biomédicas, bioética y derecho", en Romeo Casabona, C. M., (coord.), *El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana*, Madrid, CEURA, 1994, p. 9. Matizo así mi posición anterior ("Las mujeres y la delimitación constitucional de la bioética", *Mujer y Constitución*, Madrid, CEPC, 2001) y estimo

ferencian “en el carácter coercitivo de éste” y en “la forma de manifestarse, a través de la ley, que se legitima cuando ha sido emanada en el seno de un Estado democrático y por ello pluralista”. La bioética debe cumplir hoy una misión algo diferente de la que animó su aparición; no se trata tanto de crear y articular normas éticas de comportamiento de los operadores biomédicos y de los investigadores, sino más bien de hacer la labor previa, es decir, llevar a cabo la deliberación para el logro del denominado *consenso bioético* que sirva de base para la elaboración de normas jurídicas tanto en los niveles nacionales como supranacionales.

Con todo, no puede ni debe negarse la relación y, en su caso, mutua influencia entre la bioética y el bioderecho.¹⁷ Pero, en este caso, la bioética no puede referirse a acciones privadas, sino que alude a criterios y conductas de los poderes públicos o de sus agentes. No se trata, pues, de opciones morales individuales, confesionales o no, sino de parámetros que puedan ser merecedores de un amplio consenso como requieren las sociedades plurales de nuestro tiempo. Por lo que interesa a estas páginas, ese marco de convivencia es necesariamente jurídico, más específicamente, constitucional y, en todo caso, democrático. En este contexto, la bioética es un concepto relativo a lo público, es más, se trata de un concepto jurídico-público; una bioética laica, procedimental¹⁸ y basada en el pluralismo y en el respeto a la diversidad ideológica que tan profundamente afecta a este campo. La distinción entre derecho y moral es, como acertadamente señala G. Peces-Barba, “una característica que se va imponiendo en el derecho moderno a partir del siglo XVIII”;¹⁹ igualmente certera es la distinción que el citado autor establece entre ética pública y ética privada, de tal suerte que la primera es “la moralidad propia del derecho, tradicionalmente justicia, que establece los fines a realizar por

que debe reivindicarse el concepto de bioderecho como más acorde con la naturaleza de los estudios jurídicos.

¹⁷ Entre otros muchos, Atienza, M., “Juridificar la bioética”, en Vázquez, R. (comp.), *Bioética y derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 1999, p. 71; Brena Sesma, I., “Interacciones entre bioética y derecho”, en Brena Sesma, I. (coord), *Salud y derecho*, México, UNAM, 2005, pp. 22 y ss.; Romeo Casabona, C., “La relación entre la bioética y el derecho”, en Romeo Casabona, C. (coord.), *Derecho biomédico y bioética*, Granada, Comares, 1998.

¹⁸ González Valenzuela, J., *Genoma humano y dignidad humana*, Barcelona, Anthropos, 2005, p. 51.

¹⁹ Peces Barba Martínez, G. y Fernández García, E. (dirs.), *Historia de los derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson, 1998, t. I, p. 242.

el derecho moderno y por el poder político que lo crea, para proteger, hacer participar y desarrollar a las personas en la vida social”. La ética privada (o moralidad propiamente dicha) —continúa afirmando el profesor Peces-Barba— “es de cada persona y señala los cauces para que cada cual libremente (autonomía) alcance los ideales de bien, virtud, felicidad, salvación, etcétera, ya sea desde una perspectiva laica o religiosa”.²⁰ Por ello, la bioética que puede relacionarse con el bioderecho es la que puede deducirse del derecho y, más centradamente, de los derechos y libertades reconocidos en la Constitución Española.

En esta emergente área de análisis y regulación resulta extraordinariamente importante respetar rigurosamente los principios jurídicos que nos permiten conocer y aplicar el ordenamiento jurídico en cada caso, lo cual nos obliga a distinguir los ordenamientos internos del ordenamiento internacional, y en unos y otro, la jerarquía, competencia, materia y alcance de cada norma jurídica. Cualquier otra cosa no pasará de ser un comentario —quizá bienintencionado—, pero con escasa eficacia práctica. La enriquecedora interdisciplinariedad que rodea a la bioética y al bioderecho no debe llevarnos a la anulación de los elementos metodológicos que nos permiten acceder a conclusiones válidas en cada caso.

II. LA INCIDENCIA DE LA BIOTECNOLOGÍA EN LOS DERECHOS Y LIBERTADES

A pesar de que, como hemos señalado anteriormente, el concepto de bioderecho debe ser utilizado en un sentido comprensivo que abarque cualquier asunto relativo a la vida, y no sólo en aquellos aspectos referentes a los seres humanos, son los aspectos directamente relacionados con las personas los que, quizá, tienen una incidencia más directa en el sistema de derechos y libertades, y, en todo caso, es el aspecto central de esta reflexión. Estas páginas parten, pues, de dos premisas: la sociedad democrática, los valores y principios constitucionales y los derechos como marco necesario del bioderecho, y la repercusión de la biotecnología en los derechos y libertades.

No hay que lamentar, como a veces se señala, que el derecho camine detrás de la realidad social. Sólo así podrá recoger la voluntad general, los problemas y el sentir de los que serán receptores de las normas; sólo

²⁰ *Ibidem*, p. 243.

así se nutrirá también del *consenso bioético* y podrá articular normas jurídicas que reflejen dicho consenso. Sólo de esta forma podrá el derecho intentar acercarse a lo que debe ser su fin: regular la sociedad tal y como sea querida por aquellos que la componen en el marco de unos valores y principios ampliamente aceptados por todos. Esta es la interpretación más cohonestable con un Estado democrático de derecho, que tiene en la libertad su fundamento principal, y en la Constitución, como norma suprema, las coordenadas que vertebran el orden social y la jerarquía de valores asumida. Sucede en ocasiones, sin embargo, que el estudio y, en su caso, la adopción de decisiones sobre determinados problemas se ven dificultados por la naturaleza sumamente especializada de los mismos, lo que impide frecuentemente que sean abordados por quienes no son especialistas. Este es, sin duda, el caso de la biotecnología. Esta dificultad específica aconseja que antes de adoptar decisiones que afecten a este campo, se soliciten informes y se escuche la opinión de los expertos, y en todo caso, se trabaje hasta lograr un consenso social amplio. El derecho, por último, debe proyectarse sobre estas nuevas situaciones con cautela, favoreciendo el principio de libertad y de máxima eficacia de los derechos, aunque sin olvidar la función protectora que le incumbe.²¹

Si la libertad debe ser en todo caso el eje sobre el que se produzca el desarrollo de los derechos y libertades, en el caso de los derechos afectados por la biotecnología este *prius* debe ser aplicado máximamente por la incidencia extrema que se produce en los ámbitos más privados de las personas y por referirse frecuentemente a la propia realidad física de éstas. Por otro lado, la importancia y repercusión de estos problemas fue objeto tempranamente de atención por parte de diversas organizaciones internacionales, entre las que resulta obligado citar a la UNESCO, que ha realizado un relevante trabajo, entre otros organismos, a través de su Comité Internacional de Bioética, cuya 29 Conferencia General aprobó, el 11 de noviembre de 1997, la Declaración Universal sobre el Genoma Humano, de igual manera esta organización internacional aprobó, el 16 de octubre de 2003, la Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos

²¹ En el ámbito europeo se ha desarrollado el denominado “principio de precaución” como un específico sistema de tutela en relación con la adopción de determinadas decisiones públicas referentes a la biotecnología. Sobre el principio de precaución puede consultarse, entre otros, Escajedo San Epifanio, L., “Revocación de autorizaciones relativas a OMG al amparo de principio de precaución (con especial atención a la doctrina del TJCE)”, *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 18, 2003.

Humanos,²² y la 33 Conferencia General, en octubre de 2005, adoptó por aclamación la Declaración Universal de Bioética y Derechos Humanos.

Por su parte, el Consejo de Europa ha elaborado diversos e importantes documentos sobre esta materia que, de alguna manera, culminaron con la aprobación por el Comité de Ministros del Consejo de Europa, el 19 de noviembre de 1996, del 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 (Convenio relativo a los Derechos Humanos y la Biomedicina),²³ del Protocolo al Convenio de Derechos Humanos y Biomedicina, sobre la prohibición de clonar seres humanos, y del Protocolo Adicional al Convenio de Biomedicina y Derechos Humanos relativo a los trasplantes de órganos y tejidos de origen humano.²⁴

También en el seno de la Unión Europea han proliferado los trabajos, en forma de normas jurídicas y documentos de otra naturaleza, relativos a la biotecnología, gran parte de los cuales han pasado al derecho interno de los Estados miembros a través del principio de primacía del derecho comunitario. Así, pues, como ha señalado Romeo Casabona,²⁵ la incidencia del derecho internacional en el derecho interno de los Estados es innegable y ha sido en el ámbito del primero donde se han consagrado el reconocimiento de los primeros derechos biotecnológicos que lenta, pero progresivamente van siendo recepcionados por el derecho constitucional comparado.²⁶ Con el nuevo siglo se han consolidado en diversos países las referencias constitucionales sobre estos problemas. Tal es el caso de la Constitución suiza²⁷ y de la Constitución portuguesa, a las que más recientemente se han incorporado otros textos constitucionales de países de la Europa del Este incorporados a la Unión Europea o en vías de incorporación.

²² En el momento de cerrar estas páginas está previsto que se someta a la Asamblea general de la UNESCO (octubre de 2005), el proyecto de Declaración Universal de Bioética y Derechos Humanos que se ha venido elaborando en el seno del Comité Internacional de Bioética de la UNESCO.

²³ Documento que se abrió a la firma de los Estados, en Oviedo, el 4 de abril de 1997.

²⁴ Documento que se abrió a la firma de los Estados, en Estrasburgo, el 24 de enero de 2002. El Protocolo ya ha entrado en vigor al cumplirse el número de ratificaciones necesarias para ello.

²⁵ Romeo Casabona, C. M., *op. cit.*, nota 10, p. 17.

²⁶ Algunos artículos de Constituciones específicas se reproducen en español, en otros casos, sin embargo, se ha acudido a la versión inglesa.

²⁷ Los artículos de la Constitución suiza que se citan están tomados de Sánchez Ferriz, R. y García Soriano, M. V., *Suiza. Sistema político y Constitución*, Madrid, CEPC, 2002.

La Constitución suiza incorporó, en su redacción de 1992, la protección del material genético de la persona en su artículo 24, que literalmente establece que: “El material genético de una persona no podrá ser utilizado, registrado o revelado sin su previo consentimiento, salvo cuando expresamente lo autorice o lo imponga la ley”. Esta inicial y novedosa regulación fue transformada y ampliada con la incorporación, mediante reforma constitucional,²⁸ de los artículos 118, que consagra el derecho a la protección de la salud; el 119, que regula lo relativo a las técnicas de reproducción asistida y a la ingeniería genética en humanos; el 119a sobre los trasplantes de órganos, y el 120 que se refiere a la ingeniería genética en el ámbito no humano.

El artículo 118²⁹ reconoce la obligación de la Confederación, en el ámbito de sus competencias, de proteger la salud legislando sobre la manipulación de alimentos, medicamentos y otros productos potencialmente peligrosos para el hombre; de luchar contra las enfermedades contagiosas y las epidemias, y de proteger a la persona contra los rayos ionizantes.

Por su parte, el artículo 119³⁰ está dedicado a la regulación de la reproducción asistida y a la ingeniería genética, declarándose que el ser humano debe estar protegido contra los abusos que pudieran producirse en este

²⁸ Redacción del 18 del abril de 1999, en vigor el 1o. de enero de 2000.

²⁹ El artículo 118 de la Constitución suiza establece:

“Protección de la salud.

1. Dentro del límite de sus competencias, la Confederación tomará las medidas necesarias para proteger la salud.

2. Elaborará las normas sobre:

a. la manipulación de alimentos, así como de medicamentos, estupefacientes, organismos, productos químicos y objetos que puedan representar un riesgo para la salud;

b. la lucha contra las enfermedades contagiosas y contra las epidemias peligrosas del ser humano y de los animales;

c. la protección contra los rayos ionizantes”.

³⁰ El artículo 119 citado establece:

“Reproducción asistida por la medicina e ingeniería genética en los seres humanos

1. El ser humano debe estar protegido contra los abusos de la medicina en el campo de la reproducción asistida y de la ingeniería genética.

2. La Confederación elaborará la normativa sobre la utilización del patrimonio genético y embrionario humano; de esta manera velará por asegurar la protección de la dignidad humana, de la personalidad y de la familia y se guiará especialmente según los siguientes principios:

a) se prohíbe toda forma de clonación y toda intervención dentro del patrimonio genético de las células reproductoras y los embriones;

ámbito. La Confederación, en el marco de sus competencias normativas, asume la obligación de legislar sobre el patrimonio genético y embrionario humano para proteger la dignidad, la personalidad y la familia. Este precepto constitucional prohíbe toda forma de clonación e intervención en el patrimonio genético de las células reproductoras y los embriones. Limita la aplicación de las técnicas de reproducción humana a los casos de esterilidad o posible transmisión de enfermedades, y prohíbe la fecundación de óvulos en número mayor al que pueda ser transferido a la mujer en los correspondientes ciclos reproductivos, e igualmente queda vedado el comercio con material germinal humano o con productos resultantes de embriones. Se incluye en este artículo 119 la previsión que ya figuraba en el artículo 24 de la Constitución de 1992 en orden a la protección del patrimonio genético de las personas. Con todo, es el reconocimiento del derecho a conocer la propia *identidad genética* a través de los datos concernientes a la ascendencia una de las novedades más significativas de este precepto.

El artículo 119a³¹ específicamente dedicado al trasplante de órganos, prohíbe la comercialización de los mismos y atribuye a la Confederación la competencia para dictar los criterios de atribución de los órganos.

b) no se podrá introducir o mezclar elementos genéticos o embrionarios no humanos en el patrimonio genético humano;

c) el recurso a métodos de reproducción asistida por la medicina no estará autorizado más que en los casos de esterilidad y de peligro de transmisión de enfermedad grave no curable por otro medio, y nunca para desarrollar ciertas cualidades en el niño o en casos dedicados a la investigación científica; la fecundación de óvulos humanos fuera del cuerpo de la mujer sólo estará autorizado en los casos previstos por la ley; no se podrán desarrollar fuera del cuerpo de la mujer hasta el estadio de embrión un número de óvulos humanos superior a los que puedan ser implantados inmediatamente.

d) se prohíbe la donación de embriones, así como las todas las formas de maternidad de sustitución;

e) el comercio con material germinal humano o con productos resultantes de embriones está prohibido;

f) el patrimonio genético de una persona no puede ser analizado, registrado o publicado si no es con el consentimiento del sujeto o sobre la base de una prescripción legal;

g) toda persona tiene acceso a los datos concernientes a su ascendencia”.

³¹ El artículo 119a) establece:

“Medicina de transplantación

1. La Confederación elaborará normas sobre la transplantación de órganos, texturas y células.

Esta detallada regulación sobre biomedicina se completa con lo establecido en el artículo 120,³² en relación con la tecnología genética en el ámbito no humano, es decir, en la biotecnología animal y vegetal. Este artículo propugna la protección de la biodiversidad y el respeto a los principios de la bioseguridad para la óptima protección del ser humano.

La Constitución portuguesa, como señalamos anteriormente, incluye un novedoso artículo 26.3³³ que consagra, junto al desarrollo de la personalidad, la protección legal contra cualesquiera formas de discriminación y otros derechos, el nuevo derecho —de cuarta generación— a la identidad genética.³⁴

Por otro lado, esta tendencia a constitucionalizar aspectos biotecnológicos se ha manifestado también en varios textos constitucionales de países que se incorporaron a la Unión Europea en 2004 (Hungría, Lituania,

2. La Confederación determinará los criterios para una justa atribución de los órganos.

3. La donación de órganos texturas y células es gratuita. El comercio con órganos humanos esta prohibido”.

³² El artículo 120 dice:

“Tecnología genética en el ámbito no humano

1. El ser humano y su entorno deberán estar protegidos contra los abusos en materia de ingeniería genética.

2. La Confederación elaborará las normas sobre la utilización del patrimonio genético y embrionario de los animales, las plantas y de otros organismos; en este sentido respetará la integridad de los organismos vivos y la seguridad del ser humano, de los animales y del entorno y protegerá la diversidad genética de las especies animales y vegetales”.

³³ El artículo 26.3 de la Constitución portuguesa (redacción de 1997) establece: “La ley garantizará la dignidad personal y la identidad genética del ser humano, en concreto en la creación, desarrollo y utilización de las tecnologías y en la experimentación genética”.

³⁴ El precepto citado de la Constitución portuguesa establece en su redacción completa:

“Otros derechos personales.

1. Se reconoce a todos el derecho a la identidad personal, al desarrollo de la personalidad, a la capacidad civil, a la ciudadanía, al buen nombre y reputación, a la imagen, a la palabra, a la reserva de la intimidad de la vida privada y familiar y a la protección legal contra cualesquiera formas de discriminación.

2. La ley establecerá garantías efectivas contra la utilización abusiva, o contraria a la dignidad humana, de informaciones relativas a las personas y a las familias.

3. La ley garantizará la dignidad personal y la identidad genética del ser humano, especialmente en la creación, desarrollo y utilización de la tecnología y en la experimentación científica.

4. La privación de la ciudadanía y las restricciones a la capacidad civil sólo pueden efectuarse en los casos y en los términos previstos por la ley, no pudiendo tener como fundamento motivos políticos”.

Estonia, Polonia), y de Bulgaria, que previsiblemente se incorporará próximamente. El artículo 54.2 de la Constitución húngara, dentro del capítulo XII dedicado a los derechos y deberes fundamentales, determina que nadie puede ser sometido a tratos inhumanos, y prohíbe especialmente que puedan realizarse “experimentos médicos o científicos en personas sin su consentimiento”.³⁵ En igual sentido, se pronuncian el artículo 21.4 de la Constitución de Lituania que establece que ninguna persona podrá ser sometida a ningún procedimiento médico o científico sin su conocimiento y consentimiento;³⁶ el artículo 18 de la Constitución de Estonia también de 1992,³⁷ y el artículo 39 de la Constitución de Polonia.³⁸ También el artículo 52.3 y 4 de la Constitución de Bulgaria³⁹ —no integrada aún en la Unión Europea— regula aspectos biomédicos. Todas estas refe-

³⁵ “Nadie podrá estar sometido a tortura, a trato cruel, inhumano o vejatorio y queda especialmente prohibida la realización de experimentos médicos o científicos en personas sin su consentimiento”.

³⁶ El artículo 21 de la Constitución de Lituania establece:

1. The person shall be inviolable.
2. Human dignity shall be protected by law.
3. It shall be prohibited to torture, injure, degrade, or maltreat a person, as well as to establish such punishments.
4. No person may be subjected to scientific or medical testing without his or her knowledge thereof and consent thereto.

³⁷ El artículo 18 de la Constitución de Estonia establece:

1. No one may be subjected to torture or to cruel or degrading treatment or punishment.
2. No one may be subjected to medical or scientific experiments without his or her freely given consent.

³⁸ El artículo 39 de la Constitución de Polonia dice:

No one shall be subjected to scientific experimentation, including medical experimentation, without his voluntary consent.

³⁹ El artículo 52 de la Constitución de Bulgaria establece:

No one shall be subjected to scientific experimentation, including medical experimentation, without his voluntary consent.

1. Citizens shall have the right to medical insurance guaranteeing them affordable medical care, and to free medical care in accordance with conditions and procedures established by law.

2. Citizens' medical care shall be financed from the state budget, by employers, through private and collective health-insurance schemes, and from other sources in accordance with conditions and procedures established by law.

3. The state shall protect the health of citizens and shall promote the development of sports and tourism.

4. No one shall be subjected to forcible medical treatment or sanitary measures except in circumstances established by law.

rencias están incluidas en los títulos o capítulos dedicados a los derechos y libertades de la persona, lo que nos permite afirmar que nos encontramos realmente ante derechos nuevos y derechos redefinidos. La constitucionalización de estos nuevos aspectos no ha llegado a través de los principios sociales ni económicos, sino como manifestaciones de la protección de la libertad, la igualdad y la prohibición de tratos inhumanos o degradantes, es decir, y como venimos reiterando, como derechos públicos subjetivos autónomos o como parte de otros derechos ya reconocidos anteriormente.

III. LOS DERECHOS DE CUARTA GENERACIÓN

1. *La teoría sobre las generaciones de derechos*

El principal problema que presentó inicialmente la relación entre biotecnología y los derechos fundamentales radicó en la inexistencia de un marco normativo adecuado a las innovaciones biotecnológicas. Situación comprensible, ya que la respuesta jurídica suele seguir a la aparición de la situación concreta merecedora en su caso de regulación. Los derechos reconocidos hasta entonces aportaban soluciones parciales y, en la mayoría de los casos, insatisfactorias a los nuevos problemas y a las nuevas demandas de la sociedad ante el alud de novedosas manifestaciones tecnológicas en general y biotecnológicas en particular. Prueba de ello, además, es la dinámica de revisiones posteriores que han sufrido la mayoría de las normas que se han aprobado en este campo por la necesidad de adaptarlas a las cambiantes circunstancias y conocimientos que progresivamente han aparecido a un ritmo difícilmente compatible con el mucho más ralentizado del derecho.

Algunos autores, entre ellos Norberto Bobbio,⁴⁰ Antonio Pérez Luño,⁴¹ Martínez de Pisón,⁴² vincularon acertadamente, a nuestro juicio, la teoría de las generaciones de derechos con la necesidad de dotar de nueva regulación jurídica aspectos novedosos derivados de la tecnología en ge-

5. The state shall exercise control over all medical facilities and over the production and trade in pharmaceuticals, biologically active substances, and medical equipment.

⁴⁰ Bobbio, N., *El tiempo de los derechos*, Madrid, Sistema, 1991.

⁴¹ Pérez Luño, A. E., *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, 6a. ed., Madrid, 1999.

⁴² Martínez de Pisón, J., *Derechos humanos: historia, fundamento y realidad*, Zaragoza, 1997.

neral y de la biotecnología más particularmente. La incidencia de esta última es tan intensa actualmente en las sociedades que puede defenderse la aparición de nuevos derechos como consecuencia directa de las innovaciones biotecnológicas y su repercusión en la vida de los seres humanos. Si la teoría de las generaciones de derechos ha podido ser discutida entre constitucionalistas e internacionalistas y, frecuente, postergada como instrumento válido de investigación, la necesidad de dar respuesta jurídica a nuevas situaciones potencialmente perturbadoras de derechos fundamentales o la necesidad de dotar de regulación jurídica a situaciones nuevas, hace que la teoría sobre las generaciones de derechos cobre nueva actualidad como instrumento metodológico.

Existe hoy un cierto consenso en torno al elenco de derechos propios de una sociedad democrática (aunque ciertamente matizado en diferentes países en relación con los derechos de prestación), y es también cierto que este catálogo de derechos y libertades se ha formado a través de la incorporación sucesiva de derechos nacidos al calor de reivindicaciones populares en algunos casos, y de grupos y élites en otros supuestos. Esta aparición histórica de los derechos y libertades ha permitido a un sector doctrinal elaborar la mencionada teoría de las generaciones⁴³ de derechos que permiten clasificarlos secuencialmente y en relación con un contexto político, social y económico determinado y, en última instancia, con los modelos de Estado de derecho. Cada modelo de Estado se identifica con una generación de derechos, que lo nutrió ideológicamente y que, en algunos casos, tuvo mucho que ver en la propia superación del respectivo modelo estatal. Así, de alguna manera, la crisis del Estado liberal fue la crisis del sistema de derechos por él reconocido, mientras que las voces discrepantes que se alzan contra el actual Estado social no están alejadas de la protesta acerca del contenido y la eficacia de los derechos económicos y sociales que se identifican con este último modelo de Estado.

Con todo, el problema de la articulación de la teoría de las generaciones de derechos radica en la falta de acuerdo doctrinal en torno a dos puntos: a) el número de generaciones actualmente identificables, y b) el contenido

⁴³ Bobbio, N., *op. cit.*, nota 40; Sánchez Ferriz, R., *Estudio sobre las libertades*, 2a. ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 1996; del mismo autor, "Generaciones de derechos y evolución del Estado", en Gómez Sánchez, Y. (coord.), *Los derechos en Europa*, Madrid, UNED, 1997, pp. 21 y ss.; Gómez Sánchez, Y., *Introducción al régimen constitucional español*, 3a. ed., Madrid, Sanz y Torres, 2003; de la misma autora, *Derecho constitucional europeo: derechos y libertades*, Madrid, Sanz y Torres, 2005.

de cada una de ellas. Una muy extendida clasificación distinguiría tres generaciones de derechos;⁴⁴ la *primera generación* se correspondería con el liberalismo y comprendería los derechos individuales clásicos, los derechos civiles y derechos políticos; la *segunda generación* comprendería a los derechos económicos, sociales y culturales, y la *tercera generación* estaría integrada por los denominados derechos de solidaridad.⁴⁵

Hace ya algún tiempo, R. Sánchez Ferriz⁴⁶ matizó esta clasificación entendiendo que, como se expone a continuación, el Estado liberal, el liberalismo, cobijó realmente a las dos primeras generaciones, ya que los derechos que habían sido reconocidos antes de los primeros brotes del Estado social no podían ser incluidos, sin matices, en una única —y primera— generación de derechos. Conforme a esta tesis —a la que nos adherimos y que seguimos en estas páginas— las dos primeras generaciones coinciden, pues, con la vigencia del Estado liberal, mientras que la tercera generación comprendería los derechos económicos y sociales propios del Estado social. Por nuestra parte, no sólo defendemos la existencia perfectamente constatable de una *cuarta generación* de derechos, sino también un contenido concreto para la misma si bien dicho contenido no está cerrado puesto que esta cuarta generación de derechos se encuentra actualmente aún en fase abierta y progresivamente incluirá en ella nuevos derechos producto de la imparable dinámica tecnológica.⁴⁷

2. Las generaciones de derechos en el ámbito internacional

Por otro lado, incluso entre los que aceptan la clasificación de los derechos en orden a las diferentes *generaciones* de los mismos, existen discrepancias a la hora de vincular dichas generaciones con los diferentes mo-

⁴⁴ Pérez Luño, A. E., “Generaciones de derechos”, *Diccionario jurídico: filosofía y teoría del derecho e informática jurídica*, Granada. Comares, 2004, p. 74; Pérez Luño, A. E., “Estado constitucional y generaciones de derechos humanos”, separata del libro *Liber Amicorum Héctor Fix-Zamudio*, San José, Costa Rica, 1998, pp. 1241-1264; Martínez de Pisón, J., *op. cit.*, nota 42; Gros Espiell, H., *Estudios sobre derechos humanos*, Madrid, IIDH-Civitas, 1988; Fix-Zamudio, H. y Valencia Carmona, S., *Derecho constitucional mexicano*, México, Porrúa, 2001, pp. 413 y ss.

⁴⁵ Fix-Zamudio, H. y Valencia Carmona, *op. cit.*, nota anterior, p. 415.

⁴⁶ Sánchez Ferriz, R., *Estudio sobre las libertades*, *cit.*, nota 43.

⁴⁷ A “derechos nuevos” y “derechos de última generación” se refiere Ferrajoli, L. *et al.*, “De la carta de derechos a la formación de una esfera pública europea”, *La constitucionalización de Europa*, México, UNAM, 2004, pp. 84 y ss.

delos de Estado de derecho, y se ha preferido, en ocasiones, relacionarlas con la evolución internacional en materia de reconocimiento y tutela de los derechos humanos, buscando como hitos importantes documentos internacionales de derechos humanos, como la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ambos de 1966, el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 y todo un conjunto de documentos de materias específicas.

Sin embargo, apuntalar la teoría de las generaciones de derechos en el derecho internacional no permite encontrar su paralelismo con los modelos de Estado, elemento sustancial en la protección de los derechos y libertades, por cuanto ha sido en el ámbito de los Estados nacionales democráticos donde se han conseguido el mayor estandard de protección normativa y jurisdiccional de los derechos. La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 representó, sin duda, un primer paso en la internacionalización de los derechos humanos que, hasta entonces, había discurrido a través de la política nacional. Sin duda, las desastrosas consecuencias de la Segunda Guerra Mundial alentaron estos trabajos en pro del reconocimiento internacional de los derechos y libertades y, en suma, de la dignidad de la persona como un factor de respeto por encima de la soberanía estatal. La Declaración de 1948 al reconocer en su preámbulo “los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”, con independencia de su “origen nacional o social” (artículo 2o.) sentó las bases para que la comunidad internacional asumiera como objetivo propio la protección de los derechos humanos, abriéndose así una nueva perspectiva del derecho internacional clásico que hasta esos momentos había discurrido a través de las relaciones entre Estados soberanos sin que las personas ni los grupos hubieran sido sujetos del mismo.

Por otro lado, resulta sumamente difícil identificar en el ámbito del derecho internacional la *tercera generación de derechos* —derechos económicos, sociales y de prestación, conforme a la clasificación que seguimos— donde los documentos relativos a los mismos se han manifestado como escasamente vinculantes para los Estados. Así, debemos recordar que el párrafo 13 de las conclusiones de la Conferencia Internacional de Derechos Humanos (Proclamación de Teherán), celebrada en Teherán, en 1968, enunció tajantemente el principio de la indivisibilidad de todos los derechos al afirmar que “Puesto que los derechos humanos y las libertades fundamentales son indivisibles, la plena realización de los derechos civiles y

políticos sin el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales es imposible”. Esta declaración se produjo apenas dos años después de la conclusión de los Pactos de Nueva York (1966), en los que, a falta de consenso de los Estados, los derechos quedaron reconocidos en dos textos diferentes: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos recogió los de esta naturaleza, mientras que los derechos económicos, sociales y de prestación quedaron reconocidos en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, lo cual permitió que los diferentes Estados, en función de sus también diferentes ideologías, ratificaran uno u otro. Varios países del entonces bloque comunista ratificaron el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y negaron su firma al documento que recogía los derechos civiles y políticos, mientras que algunos Estados occidentales hicieron lo contrario. En junio de 1993, la Conferencia Mundial de Derechos Humanos celebrada en Viena aprobó la denominada Declaración y Programa de Acción de Viena, donde se confirmó la idea de indivisibilidad de los derechos humanos, su interrelación y la necesidad de profundizar en la *universalidad* de los mismos, superando regionalismos y diversidad de patrimonios históricos, culturales y religiosos (párrafo I.5). Esta es, sin duda, la línea maestra que el derecho internacional contemporáneo viene siguiendo, aunque las profundas diferencias económicas y culturales de los países y territorios del mundo impiden la consecución de muchos de estos objetivos.

El inicial proyecto de Naciones Unidas desde 1947 de lograr un “International Bill of Human Rights” conteniendo una declaración de derechos humanos, un “Convenant” con compromisos jurídicos de los Estados en orden a la garantía efectiva de los derechos humanos y la articulación de un sistema de control (Measures of Implementation) aun hoy, casi seis décadas después y sin perjuicio de los logros conseguidos por la organización internacional, están lejos de ser una realidad universal.⁴⁸ Sólo el primer objetivo se cumplió pronto, en 1948, con la adopción de la Declaración Universal del Derechos Humanos. La adopción del proyectado “Convenant” estuvo rodeada de tales dificultades que finalmente y como hemos señalado, sólo la adopción de dos textos con contenidos diversos —los mencionados Pactos de New York, de 1966— pudo poner fin a la negociación. La adopción de un sistema eficaz de control y res-

⁴⁸ Bobbio, N. y Mateucci, N., *Diccionario de política*, Madrid, Siglo XXI Editores, 1982, vol. I, p. 517.

ponsabilidad unitario en materia de derechos humanos es aún un reto pendiente, aunque se han conseguido objetivos parciales.

Tras esta breve exposición acerca de las tres primeras generaciones de derechos, debemos señalar que el reconocimiento y tutela de los derechos y libertades en relación con la teoría de las generaciones a la que venimos aludiendo ha seguido un curso distinto en los Estados nacionales y en el ámbito internacional. Mientras que es plausible aceptar dicha tesis en el ámbito nacional, en el ámbito internacional se aprecia una disminución y, en ocasiones, práctico olvido en orden al reconocimiento y tutela de los derechos que compondrían la tercera generación (conforme a la clasificación que defendemos), es decir, los derechos económicos y de prestación, mientras que el reconocimiento y garantía de derechos integrados en la cuarta generación no sólo ha sido recogida en el ámbito internacional, sino que muchas de las primeras medidas tutelares partieron de organizaciones y acciones internacionales.

Por tanto, podríamos afirmar que el derecho internacional ha recepcionado la primera y segunda generación de derechos (conforme a la clasificación que en estas páginas hemos defendido) y ha iniciado también el reconocimiento de derechos que, en nuestra opinión, integran la cuarta generación, aunque no se han reconocido ni tutelado en igual medida los derechos económicos y de prestación que integrarían la tercera generación de derechos. Todo ello se explica sin dificultad, ya que las obligaciones derivadas de los derechos económicos y de prestación vinculan y comprometen extraordinariamente las políticas presupuestarias de los Estados nacionales que por ello se sienten poco proclives a sujetarse a compromisos internacionales. Los derechos de libertad y los derechos de la esfera privada del individuo pueden ser asumidos por los Estados nacionales con una menor incidencia presupuestaria, lo cual ha llevado a un mayor y proporcional desarrollo de los mismos en el ámbito de las acciones nacionales.

Como conclusión, pues, deberíamos señalar que la tan reiterada teoría de las generaciones de derechos no tiene su paralelo en la evolución del reconocimiento y tutela de los derechos en el ámbito internacional, aunque también en él podamos apreciar un fenómeno secuencial en orden a tal reconocimiento y garantía. Es, sin embargo, importante destacar que contrariamente a lo sucedido con las tres primeras generaciones, actualmente se aprecia una notable confluencia entre el ámbito internacional y el de los Estados nacionales en orden a protección de derechos de cuarta ge-

neración —a los que nos referimos en el epígrafe siguiente—, lo cual debe ser interpretado, a nuestro juicio, como muestra de la intensidad de las amenazas contra la libertad que las nuevas tecnologías llevan implícitas junto a sus también inherentes beneficios para el ser humano. La globalización y la integración de determinados países en organizaciones internacionales (Consejo de Europa, Unión Europea) que vinculan estrechamente sus decisiones en cada vez más amplios campos explica también este fenómeno y ayuda notablemente a la *universalización* de estos nuevos derechos.

3. *Las generaciones de derechos*

A. *Primera y segunda generaciones de derechos*

Como hemos señalado anteriormente y aun aceptando que nos movemos en un plano de construcción de modelos teóricos, estimamos más correcto vincular la primera y segunda generaciones de derechos con el modelo de Estado liberal de derecho que representa para muchos autores la primera formulación histórica del Estado de derecho y se articula, en lo político, en torno a la fórmula del Estado de derecho predemocrático y a los principios que lo mantienen. Numerosos países adoptaron un régimen liberal o de parámetros liberales y se dotaron de una Constitución escrita en un intento de formalizar jurídicamente y elevar a rango normativo supremo la idea en la que descansaba la construcción del Estado de derecho y el fin primario que se pretendía con el mismo: la limitación jurídica del poder como garantía de la libertad individual. En estos iniciales momentos, la defensa internacional de los derechos humanos se encuentra escasamente desarrollada, pues fue a partir del siglo XX y especialmente como consecuencia de las dos guerras mundiales cuando dicha internacionalización de los derechos humanos comenzó a cobrar verdadera carta de naturaleza.

Este Estado liberal de derecho se apoyó, de una parte, en la separación entre la sociedad civil y el Estado, entendiendo la primera como un conjunto de relaciones que componía la vida los hombres al margen de las relaciones estatales, bien porque la mayoría de esas relaciones no se encontraban entre los fines del Estado liberal, bien porque su regulación y atención escapaban a su estructura organizativa. Así nació la idea de una ordenación social distinta y autónoma respecto de la organización estatal. El Estado liberal mantiene un margen operativo circunscrito a la organización política en sentido estricto. La mayor parte de las relaciones que afectan a

los individuos son ajenas al Estado, el cual extiende su actividad casi exclusivamente a realizar y mantener aquellos servicios públicos que no pueden ser obra de la iniciativa privada; a garantizar el orden público en el interior y la defensa del país frente a ataques externos. A este Estado liberal, en suma, se le encomienda el mantenimiento de las condiciones mínimas para el desenvolvimiento autónomo de la sociedad civil.

La *primera generación* de derechos está representada por los derechos individuales más básicos: vida, libertad, propiedad, seguridad y un muy reducido derecho de participación política circunscrito a un reducido número de ciudadanos; son libertades-resistencia, propias del liberalismo, que operan frente al Estado en la primera mitad del siglo XIX. Un tímido reconocimiento del principio de igualdad lo configura exclusivamente como igualdad formal muy alejada de las actuales ideas de remoción de las desigualdades estructurales y del principio de no discriminación. Se identifica, pues, esta primera generación con el Estado liberal de primera época encargado tan sólo del mantenimiento de las condiciones mínimas para el desenvolvimiento autónomo de la sociedad civil. El sujeto es el hombre individualmente considerado y se estima suficiente el reconocimiento formal del derecho, aunque no quede garantizado suficientemente su ejercicio. Se parte de una concepción negativa de la libertad que requiere exclusivamente la inhibición del Estado, pues se defiende que la sociedad es autónoma y autoequilibrada y basta con no perturbar su desenvolvimiento.

La *segunda generación* de derechos se corresponde con la segunda mitad del siglo XIX y alcanza a un modelo de Estado liberal cercado y amenazado por los problemas y en evolución hacia un nuevo modelo de Estado. A los derechos básicos ya reconocidos se incorpora cierta extensión del sufragio —sólo masculino—, ciertas libertades públicas y el reconocimiento de los grupos en los que las personas se integran para alcanzar sus fines propios que habían sido hasta entonces sistemáticamente apartados de la realidad estatal. El derecho de asociación política es el paradigma de esta nueva época. Los derechos políticos de segunda generación manifiestan el creciente protagonismo del individuo en la vida social y política e implican la participación activa del ciudadano —aunque no de todos los ciudadanos— en la dirección política.

B. *La tercera generación de derechos*

Tanto la *tercera* como la reciente *cuarta generación* de derechos se corresponden, a nuestro juicio, con el denominado Estado social de derecho o

también, a partir de la mitad del siglo XX, Estado de bienestar social,⁴⁹ como segunda formulación práctica del modelo de Estado de derecho. En el Estado social, el sector público y el sector privado interactúan, al igual que el sistema político y el sistema social. En el ámbito político, las estructuras liberales no resistieron las reivindicaciones democráticas y los cambios que debían operarse para dar entrada a las nuevas concepciones, a nuevos derechos y libertades y a una política social basada más en la igualdad real que en la mera igualdad formal. Todo ello provocó una profunda transformación estructural del Estado.

En lo relativo a los derechos y libertades, el catálogo de derechos incorporado por el Estado liberal y recogidos en las dos primeras generaciones se completa⁵⁰ con la tercera generación de derechos que supone, la integración, junto con los derechos de las dos generaciones anteriores, de los derechos económicos, sociales y de los derechos de prestación.⁵¹ Los primeros manifiestan nítidamente el carácter intervencionista que caracteriza al Estado social y son también herederos de las consecuencias de la sociedad industrial y de un determinado sistema económico. Los derechos sociales aluden a ciertos aspectos de la vida de los ciudadanos en relación con la sociedad y con su propio desarrollo personal y familiar. Los derechos sociales reconocen la vertiente personal y familiar de cada persona para el libre desarrollo de su personalidad. De otra parte, los derechos de prestación conllevan la obligación del Estado de crear y mantener las condiciones materiales para el desenvolvimiento de deter-

⁴⁹ La expresión “Estado social de derecho” se debe a H. Heller que la formuló en 1929. Aunque la expresión Estado social cobijó históricamente algún régimen totalitario, en estas páginas, nos referimos al Estado que partiendo de la originaria fórmula del Estado de derecho intenta superar las contradicciones a las que había llegado el Estado liberal abstencionista.

⁵⁰ Desde el primer tercio del siglo XX y con desigual fortuna, los distintos ordenamientos constitucionales han ido incorporando a sus textos los derechos económico, sociales y de prestación. La Constitución mexicana de 1917 fue precursora de esta tendencia; la Constitución francesa de 1946 y, posteriormente, la vigente de 1958; la Constitución española de 1931, la Constitución italiana de 1947; la Ley Fundamental de Bonn de 1949, y, más tarde, la Constitución portuguesa de 1976 y la española de 1978 siguieron esta misma línea.

⁵¹ Es frecuente encontrar la denominación de derechos económico-sociales como una única categoría. Entiendo, sin embargo, que la tercera generación de derechos incorpora tres diferentes tipos: los derechos económicos por un lado, los derechos sociales, por otro, y los derechos de prestación como categorías independientes sin perjuicio de que muchos derechos sociales impliquen subvenciones o ayudas económicas o también que obliguen a los poderes públicos a determinadas prestaciones.

minados derechos sin las cuales éstos no podrían ser ejercidos por los ciudadanos o lo serían con suma dificultad (derecho a la educación o la tutela judicial, etcétera). Actualmente, muchos derechos, en mayor o menor medida, son derechos de prestación y requieren algún tipo de actuación positiva del Estado para ser accesible al ciudadano, aunque, obviamente, no todos tienen carácter económico ni social en estricto sentido.

C. La cuarta generación de derechos

Como en páginas precedentes ya hemos señalado, defendemos la existencia de una *cuarta generación* de derechos con un determinado contenido, que comprendería en la actualidad tres grandes bloques de derechos nuevos y de derechos redefinidos. La diferencia esencial entre esta cuarta generación y las tres precedentes radica, en nuestra opinión, en que esta última generación no responde a un cambio en las estructuras estatales que, como en las tres ocasiones anteriores, determinaron un cambio sustancial en el modelo de Estado o, al menos, en el caso de la aparición de la segunda generación de derechos, en una modificación importante de los principios que regían el Estado liberal. El modelo que sustenta esta cuarta generación de derechos no es, a nuestro juicio, sustancialmente distinto del modelo de Estado social que se ha consolidado progresivamente desde la segunda mitad del pasado siglo XX y que, matizadamente, podemos considerar propio de un determinado grupo de países. Tenemos, pues, una nueva generación de derechos, pero no un nuevo modelo de Estado, ni siquiera una transformación significativa de los principios que venían informándole hasta este momento.

Esta situación se corresponde también con el hecho que antes ya hemos señalado en orden a la aparición inicial de estos nuevos derechos en el ámbito internacional de donde están siendo incorporados a los ordenamientos internos. Como ya señalamos en un epígrafe anterior, resulta evidente que el reconocimiento y tutela de los derechos y libertades ha seguido un curso distinto en los Estados nacionales y en el ámbito internacional. Mientras que es plausible aceptar la tesis de las generaciones de derechos y su correspondencia con los sucesivos modelos de Estado en el ámbito nacional, en el ámbito internacional se aprecia una disminución y, en ocasiones, práctico olvido en orden al reconocimiento y tutela de los derechos que compondrían la tercera generación —conforme a la clasificación a la que nos adheri-

mos—, es decir, los derechos económico-sociales y de prestación, mientras que el reconocimiento y garantía de derechos integrados en la cuarta generación no sólo ha sido recogida en el ámbito internacional, sino que, como venimos señalando, muchas de las primeras medidas tutelares partieron de organizaciones y acciones internacionales. Por tanto, podríamos afirmar que el derecho internacional ha recepcionado la primera y segunda generación de derechos (siempre conforme a la clasificación que seguimos) y ha iniciado también el reconocimiento de derechos que integran la cuarta generación, aunque no se han reconocido ni tutelado en igual medida los derechos económicos y de prestación que integrarían la tercera generación derechos. Todo ello se explica sin dificultad, ya que las obligaciones derivadas de los derechos económicos y de prestación vinculan y comprometen extraordinariamente las políticas presupuestarias de los Estados nacionales que por ello se sienten poco proclives a sujetarse a compromisos internacionales. Los derechos de libertad y los derechos de la esfera privada del individuo pueden ser asumidos por los Estados nacionales con una menor incidencia presupuestaria, lo cual ha llevado a un mayor y proporcional desarrollo de los mismos en el ámbito de las acciones nacionales.⁵² Como conclusión, pues, deberíamos señalar que la tan reiterada teoría de las generaciones de derechos no tiene su paralelo absoluto en la evolución del reconocimiento y tutela de los derechos en el ámbito internacional, aunque también en él podamos apreciar un fenómeno secuencial en orden a tal reconocimiento y garantía.

La cuarta generación de derechos es consecuencia, por un lado, de nuevas reivindicaciones de los ciudadanos, y, por otro lado, de las transformaciones tecnológicas de los nuevos conocimientos científicos y de su aplicación a diversos campos de la vida del hombre. Si las tres primeras generaciones son producto de la evolución política, la cuarta generación de derechos es producto de la evolución científica y técnica perviviendo los mismos valores, principios y parámetros políticos en la organización del Estado. El nuevo ámbito tecnológico que rodea la vida de millones de seres humanos exige replantearse el alcance de derechos ya conocidos y la defini-

⁵² Seguramente esta menor incidencia presupuestaria se debe a una errónea interpretación de las obligaciones públicas en orden a la eficacia de los derechos, pero este tema, siendo de importancia extraordinaria en las sociedades actuales, excede de la pretensión de estas páginas.

ción de otros ex novo que respondan a las necesidades de esta nueva sociedad, lo que se ha denominado exigencias políticas de la tecnociencia.⁵³

Como hemos señalado, aunque en los últimos años se ha extendido la aceptación de la existencia de una cuarta generación de derechos, no es en absoluto pacífica la determinación de su contenido. Desde quienes apuntan que la cuarta generación de derechos es la generación de la solidaridad universal y afirman que estos nuevos derechos “obedecerían a la necesidad de concebir a la humanidad como un sola familia y que todos sus miembros deben sumar esfuerzos para el bienestar global... La cuarta generación de derechos humanos comprende el derecho a la plena y total integración de la familia humana”⁵⁴ hasta quienes la identifican exclusivamente con la *red* y sus implicaciones. En cuanto al contenido de esta naciente cuarta generación, las opiniones son, pues, divergentes.⁵⁵

Estimamos que una naciente cuarta generación de derechos está integrada por nuevos derechos y por derechos ya enunciados y regulados anteriormente, pero que presentan ahora un contenido esencial distinto como consecuencia de la incidencia en ellos de las nuevas tecnologías: son derechos redefinidos. Así, esta cuarta generación de derechos está integrada al menos por tres grandes bloques de derechos nuevos y de derechos redefinidos o reinterpretados, cuyo núcleo esencial se ha expandido por la existencia de nuevas circunstancias que amenazan esferas de libertad no definidas anteriormente o delimitadas de diferente forma. En ambos casos, el derecho debe definir los primeros y reinterpretar los segundos. El contenido de esta cuarta generación de derechos, al que a continuación nos referimos, lo es sin perjuicio del contenido de las tres anteriores generaciones, queremos con ello decir, que estos nuevos derechos se suman al estándar que es común a muchos países, y, en algún caso, como igualmente he señalado, modifican el contenido esencial que venía siendo habitual en un derecho concreto.

⁵³ Véase Maceiras, Manuel, “Tecnociencia y política de derechos humanos”, en Graciano González (ed.), *Derechos humanos: la condición humana en la sociedad tecnológica*, Madrid, Tecnos, 1999.

⁵⁴ Donaire Sánchez, P., “Los derechos humanos”, *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, RTFD, ISSN 1575-7382, D. L. M-32727-1998 (05/02/2006).

⁵⁵ No desconocemos que otros autores han formulado ya una *quinta* e, incluso, anunciado una *sexta* generación de derechos, pero, en estas páginas, recogemos fundamentalmente el estado de la cuestión en España, donde, como se señala en el texto, aún no es unánime la doctrina acerca de una cuarta generación de derechos.

Conforme a la tesis que hemos expuesto, los tres grupos de derechos de cuarta generación serían los siguientes:

- a) Los derechos relativos a la protección del ecosistema y al patrimonio de la humanidad;
- b) Los derechos relativos a un nuevo estatuto jurídico sobre la vida humana, y
- c) Los derechos derivados de las nuevas tecnologías de la comunicación y la información, los dos primeros están directamente relacionados con la biotecnología, mientras que el tercero de ellos reconoce también algunos derechos relativos a este campo y de notable importancia en las sociedades actuales, tal es el caso de la bioinformática⁵⁶ y, también, del derecho a la autodeterminación informativa, entendido no sólo como protección de los datos personales en general, y biomédicos y genéticos en particular.⁵⁷

En el primer grupo (derechos relativos a la protección del ecosistema y al patrimonio de la humanidad) se integrarían un conjunto de derechos del hombre tendentes a garantizar la pervivencia del planeta y de sus recursos de manera compatible con la vida humana. La relación de este grupo de derechos con la biotecnología se manifiesta tanto en la acepción amplia como restringida de la misma, ya que los derechos incluidos en este grupo se refieren tanto a seres humanos como a otros organismos vivos, aunque, al fin, la protección de estos últimos lo sea en función de los derechos de los primeros. Este grupo de derechos no se identifica exclusivamente con el más

⁵⁶ Como señala C. M. Romeo Casabona, la biotecnología y, por ejemplo, específicamente el Proyecto Genoma Humano contó con un importante e imprescindible instrumento en los sistemas informáticos. La bioinformática —añade— fue decisiva para la conclusión del mapeado del genoma humano, ya que permitió acelerar la secuenciación de las bases nitrogenadas del ADN; los procesos posteriores se apoyan igualmente en la bioinformática para el procesamiento y almacenamiento de esas moléculas (bases de datos biogenéticas), así como en otros aspectos. *Op. cit.*, nota 10, p. 10.

⁵⁷ El Tribunal Constitucional, en su Sentencia 254/1993, del 20 de julio, ha declarado que la limitación del uso de la informática para garantizar el derecho al honor y a la intimidad personal y familiar prevista en el artículo 18.4 CE, es un instituto de garantía de otros derechos y, a la vez, un instituto que en sí mismo es un derecho o libertad fundamental, “el derecho a la libertad frente a las potenciales agresiones a la dignidad y a la libertad de la persona provenientes de un uso ilegítimo del tratamiento mecanizado de datos, lo que la Constitución llama «la informática»”.

conocido y desarrollado derecho al medio ambiente, aunque éste forma, a nuestro juicio, parte de los derechos de cuarta generación en sus dimensiones jurídicas actuales. Este grupo de derechos integra la protección de la biosfera y los derechos relativos al patrimonio cultural de la humanidad, la biodiversidad y una articulación eficaz de la bioseguridad. Una aproximación al contenido de este grupo sería la siguiente:⁵⁸

1. Derecho al medio ambiente y al mantenimiento y desarrollo equilibrado del hábitat.
2. Derecho a la biodiversidad y a la bioseguridad.
3. Derecho a la obtención de alimentos que no alteren ni pongan en peligro la identidad genética ni la salud humana.
4. Derecho de acceso a los entornos naturales.
5. Derecho al reconocimiento y protección del patrimonio cultural.
6. Derecho al progreso y a un desarrollo industrial y tecnológico sostenible.
7. Derecho a la obtención de productos industriales y farmacéuticos que no alteren ni menoscaben la integridad ni identidad del ser humano.
8. Derechos de las generaciones futuras.

En el segundo grupo (derechos relativos a un nuevo estatuto jurídico sobre la vida humana) se incluyen igualmente nuevos derechos, muchos de los cuales han surgido como consecuencia de las nuevas tecnologías biomédicas,⁵⁹ junto a derechos ya reconocidos e integrados en alguna de las generaciones anteriores (tal es el caso del derecho a la vida), pero que han adquirido, como consecuencia de las nuevas tecnologías, perfiles novedosos que nos permiten incluirlos con esa nueva configuración como derechos de cuarta generación. Este segundo grupo de derechos comprendería, sin perjuicio de su carácter evolutivo y abierto, los siguientes:

⁵⁸ Conforme a la clasificación defendida por un sector doctrinal, algunos de estos derechos integran la tercera generación, como derechos de la solidaridad. En este sentido, Fix-Zamudio, H. y Valencia Carmona, S., *op. cit.*, nota 44, p. 416.

⁵⁹ Sobre este nuevo grupo de derechos de cuarta generación he tenido la oportunidad de pronunciarme en otros trabajos. Al respecto, puede consultarse: Gómez Sánchez, Y., *El derecho a la reproducción humana*, Madrid, M. Pons, 1994; de la misma autora, *Estado constitucional y protección internacional*, *Pasado presente y futuro de los derechos humanos*, Madrid, CNDH-UNED, 2003; y *Derecho constitucional europeo: derechos y libertades*, *cit.*, nota 43.

1. Derecho a la vida
 - 1.1 Abolición de la pena de muerte.
 - 1.2 Inicio de la vida humana: preembrión, embrión y feto.
 - 1.3 Derecho a no nacer.
2. Derecho a la autodeterminación física⁶⁰
 - 2.1 Derecho a la reproducción humana.
 - 2.2 Derecho de autodeterminación sexual.
 - 2.3 Derecho de autodeterminación en relación con los tratamientos médicos.
 - 2.4 Derecho de autodeterminación en relación con la participación en procesos de investigación y de experimentación.
 - 2.5 Derecho de autodeterminación, activa y pasiva, respecto a la donación de órganos, tejidos, fluidos, células u otros componentes humanos.
 - 2.6 Clonación.
 - 2.7 Consentimiento.
 - 2.8 Derecho a la propia muerte:
 - 2.8.1 Suicidio asistido.
 - 2.8.2 Eutanasia activa y pasiva.
 - 2.8.3 Ortotanasia.
 - 2.8.4 Distanasia.
 - 2.8.5 Voluntades anticipadas.
3. Derecho a la integridad física.
4. Derecho a la identidad genética.
5. Derecho a la integridad psicológica y moral.
6. Derecho de autodeterminación informativa.
 - 6.1 Información sobre las condiciones físicas y psicológicas y la salud.
 - 6.2 Información genética.
 - 6.3 Información previa a cualquier intervención y acción diagnóstica, terapéutica, de investigación o experimentación.
 - 6.4 Condiciones y garantías de la información:

⁶⁰ Los contenidos específicos del derecho de autodeterminación que reproducimos van precedidos también del término “derecho” con lo que queremos significar que forman parte del contenido esencial de este nuevo derecho, pero que admiten individualización permaneciendo y compartiendo el fundamento constitucional de todos ellos.

- 6.4.1 Veraz.
- 6.4.2 Completa.
- 6.4.3 Comprensible.
- 6.4.4 Comprobable.
- 6.4.5 Responsable.
- 6.5 Control y protección de datos biomédicos.
- 6.6 Derecho a no saber.
- 7. Derecho a la igualdad.
 - 7.1 En la asistencia sanitaria.
 - 7.2 En las aplicaciones biomédicas.
 - 7.3 En la investigación y experimentación.
 - 7.4 En el acceso a la información y recursos sanitarios y biotecnológicos.
- 8. Derecho a la protección eficaz de la salud.
- 9. Derecho a la libertad de investigación y aplicación técnica y científica biomédica.

En el tercer grupo de derechos de cuarta generación encontramos menos casos de derechos vinculados a la biotecnología, aunque los existentes tienen relevancia, como es el caso del derecho de “acceso a la información de relevancia para la humanidad”. Este grupo de derechos está compuesto por nuevos derechos y derechos redefinidos que se desenvuelven en el ámbito hoy muy complejo de las comunicaciones y de la información. Como en los dos casos anteriores, este grupo de derechos comprende algunos derechos nuevos y otros ya incluidos en generaciones anteriores, pero que han adquirido actualmente connotaciones diferentes o cuyo ámbito esencial ha variado como consecuencia de las nuevas tecnologías de la comunicación:

- 1. Derechos de la comunicación y la información.
 - 1.1 Derecho a una información completa y veraz.
 - 1.2 Derecho de acceso a la información de relevancia para la humanidad.
 - 1.3 Derecho a comunicar libremente ideas, pensamientos u opiniones en medios públicos o privados.

- 1.4 Derecho de acceso a los medios técnicos de comunicación públicos y privados.
- 1.5 Derecho a la autodeterminación informativa.
 - 1.5.1 Protección de datos de carácter personal y familiar.
 - 1.5.2 Información biomédica en general y genética en particular.⁶¹
2. Derechos en la red.
 - 2.1 Derechos informáticos.
 - 2.2 Derecho a conocer la identidad del emisor de información u opiniones.
 - 2.3 Derecho a la vida privada, a la intimidad y al honor en la red.
 - 2.4 Derecho a la propia imagen en la red.
 - 2.5 Derechos de propiedad intelectual e industrial en la red.
3. Derechos de los menores ante las nuevas tecnologías informativas y de la comunicación.
 - 3.1 Protección de la infancia en los medios de comunicación, información u opinión.
 - 3.2 Protección de la infancia específicamente en la red.
 - 3.3 Derecho al acceso a la cultura y a la educación a través de los medios de comunicación e información.

IV. EL DERECHO DE AUTODETERMINACIÓN FÍSICA COMO DERECHO DE CUARTA GENERACIÓN

Como hemos pretendido exponer, los derechos biotecnológicos de cuarta generación ofrecen un complejo panorama tanto cuantitativa como cualitativamente. Estas páginas, sin embargo, tienen como objetivo analizar sólo uno de los nuevos derechos de cuarta generación: el derecho a la autodeterminación física; pero incluso circunscribiéndolo a este único ámbito resultaría imposible desarrollar en este espacio todos y cada uno de sus elementos. Por ello, haremos una configuración general de este nuevo derecho y señalaremos sus características más importantes.

⁶¹ Este derecho tiene una innegable vertiente relacionada con la vida, por lo que legítimamente puede ser ubicado en el grupo anterior de derechos, pero es innegable que también puede ubicarse en este grupo en su aspecto de contenido de una información concreta.

1. *Concepto de derecho de autodeterminación física*

Nada dice la Constitución Española ni ningún otro texto constitucional europeo acerca de este derecho, aunque sí podemos encontrar en muchos de ellos y en otras Constituciones de distintos continentes alusiones a la libertad y a los derechos humanos.⁶² De igual manera, los textos internacionales en materia de protección de derechos y libertades pueden aludir, con distinto alcance, a la libertad;⁶³ aunque ninguno de ellos configura un ámbito de *agere licere* como el que constituye el derecho de autodeterminación física.

La libertad reconocida en el ámbito internacional presenta por lo general la misma triple vertiente que en el constitucionalismo europeo: por un lado, se reconoce la libertad en abstracto (como principio o valor fundamental, frecuentemente, vinculado a la dignidad humana); se consagra, en segundo lugar, la libertad como garantía contra las detenciones e internamientos en centros hospitalarios no voluntarios, reconociéndose el derecho a no ser privado de la libertad física, y, por último, se consagra la libertad a través del reconocimiento de particulares libertades (libertad de expresión, la libertad religiosa, la libertad de reunión y asociación, etcétera). Excepcionalmente, los documentos internacionales aluden a la libertad individual, como es el caso de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.⁶⁴

En 1994 tuve la oportunidad de defender la existencia del derecho de autodeterminación física, en una de sus manifestaciones concretas: el derecho a la reproducción humana.⁶⁵ En aquel trabajo defendí que la repro-

⁶² La Constitución mexicana incluye, en su artículo 5o., un párrafo que sólo muy de soslayo afecta a nuestro tema por cuanto en dicho precepto se veta la posibilidad de que las personas realicen cualquier “contrato, pacto o convenio que tenga por objeto el menoscabo, la pérdida o el irrevocable sacrificio de la libertad de la persona por cualquier causa”.

⁶³ Preámbulo y artículo 3o. de la Declaración Universal de Derechos Humanos; preámbulo y artículos 8o. c) i, y 9o. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; preámbulo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; preámbulo de la Convención sobre todas las formas de Discriminación contra la Mujer; preámbulo y principio núm. 2 de la Declaración de los Derechos del Niño; artículos 5o. y 7o. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

⁶⁴ El preámbulo de esta Declaración, aprobada por la 9a. Conferencia Internacional Americana, de 1948, dice: “...Derechos y deberes se integran correlativamente en toda actividad social y política del hombre. Si los derechos exaltan la libertad individual, los deberes expresan la dignidad de esa libertad”. En un sentido más común, artículo 1o. de este mismo texto. En igual sentido, preámbulo de la Carta de la Organización de Estados Americanos (OEA).

⁶⁵ Gómez Sánchez, Y., *El derecho a la reproducción humana, cit.*, nota 59.

ducción humana configura un ámbito de libertad individual jurídicamente protegible y, en España, con fundamento constitucional en la libertad personal que la Constitución de 1978 consagra en el apartado primero del artículo 17 de la Constitución.⁶⁶ El derecho de autodeterminación física que ahora defiendo comparte el mismo fundamento constitucional por cuanto como he expresado anteriormente, el derecho a la reproducción no es sino uno de los ámbitos de libertad comprendidos en el derecho de autodeterminación física. Por tanto, este nuevo derecho de autodeterminación tiene su fundamento en el reconocimiento constitucional de la libertad personal, que, en el caso español, se configura como un derecho fundamental en el artículo 17.1 sin perjuicio de las múltiples referencias a la libertad como valor y como principio que igualmente se contienen en la Constitución.⁶⁷ Todo ello sin perjuicio de que algunos de los derechos concretos e individualizables que componen el derecho de autodeterminación física⁶⁸ puedan también encontrar fundamento en otros derechos fundamentales como la integridad física reconocida en España en el artículo 15 de la Constitución (tal sería el caso, por ejemplo, del derecho de autodeterminación en relación con la investigación o experimentación, la donación de órganos o la gestión de la propia muerte) o en principios y valores fundamentales como la dignidad humana.

Seguramente no es fácil encontrar un único y uniforme fundamento constitucional del derecho a la autodeterminación física en todos los países como consecuencia de las diferencias de los ordenamientos jurídicos comparados. Con todo, el reconocimiento de la libertad es un elemento común en el constitucionalismo actual, aunque su interpretación y alcance difiera de unos países a otros. Es igualmente un elemento común en un importante número de Constituciones vigentes el reconocimiento de la integridad física como un ámbito de inmunidad de la persona contra violaciones de su integridad corporal, lo cual permite igualmente fundamentar ese ámbito de autonomía de la persona en relación con acciones contra su realidad corporal. Por último, el reconocimiento constitucional de la dignidad de la persona y, en ocasiones, de los derechos inherentes a ella y del

⁶⁶ El artículo 17.1, CE dice: “Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad”.

⁶⁷ No puedo extenderme en estas páginas sobre todos los argumentos que me permitieron concluir en su momento que el derecho a la reproducción tiene su fundamento en la libertad como derecho constitucional, argumentos que son los que avalan el derecho de autodeterminación física.

⁶⁸ Sobre el contenido esencial de los derechos, puede consultarse, Gómez Sánchez, Y., *Derecho constitucional europeo, cit.*, nota 43, cap. V.

libre desarrollo de la personalidad⁶⁹ es también frecuente en los textos fundamentales de numerosos países. El Tribunal Constitucional español ha vinculado la dignidad de la persona con el derecho de ésta a autodeterminar conscientemente su vida.⁷⁰ Este bloque de valores, principios y derechos incorporados a las Constituciones vigentes y, en última instancia, a los ordenamientos mediante normas de diferente rango, es el que nos permite defender la existencia de un fundamento jurídico solvente para el reconocimiento de un derecho de autodeterminación física.

El derecho de autodeterminación física (DAF) comprende un haz de facultades, de libertad decisoria protegida por el ordenamiento, que permite a la persona decidir, optar o seleccionar qué hacer o no hacer respecto de todas aquellas cuestiones y situaciones que afecten a su realidad física, a su sustrato corporal. La autodeterminación es el poder de cada persona para decidir sobre su propia vida, sus valores y principios y dirigir su destino. La lucha por la libertad está en la base de toda organización social. La propia teoría del Estado de derecho y, aún más, del Estado constitucional democrático se asienta en un objetivo: la garantía de la libertad individual.⁷¹ La tutela de esa libertad se ha articulado en el constitucionalismo actual a través del reconocimiento de concretas “libertades”, de específicos derechos de distinto alcance y naturaleza hasta componer un elenco de derechos y libertades que aspiran a proteger al sujeto en los muy diferentes espacios vitales y sociales en los que éste se desenvuelve. De ahí que, como hemos explicado en epígrafes anteriores, el sistema de

⁶⁹ El artículo 10.1 de la Constitución Española establece: “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”.

⁷⁰ Tempranamente, STC 53/1985, del 11 de abril. Más reciente, entre otras, STC 192/2003, del 27 de octubre, en la que el TC resolvió que la dignidad debe ser entendida como el derecho de todas las personas a un trato que no contradiga su “condición de ser racional igual y libre, capaz de determinar su conducta en relación consigo mismo y su entorno, es decir, capacidad de autodeterminación consciente y responsable de la propia vida, lo cual afectaría a su derecho al libre desarrollo de la personalidad”. Sobre este punto, puede consultarse Gómez, Sánchez, Y., “La dignidad como fundamento de los derechos y su incidencia en el posible derecho a no-nacer”, en Mayor Zaragoza, F. y Alonso Bedate, C. (coords.), *Gen-Ética*, Barcelona, Ariel, 2003, pp. 161 y ss.

⁷¹ Es referencia ineludible en este sentido, el artículo 16 de la revolucionaria Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, del 26 de agosto de 1789, que estableció que “Toda sociedad en la que la garantía de los derechos no esté asegurada, ni determinada la separación de poderes, no tiene Constitución”.

derechos pueda ser clasificado de diferentes maneras siendo la generación de derechos la que permite hacerlo cronológicamente y en relación a un modelo de Estado determinado.

De igual manera que los ordenamientos jurídicos incorporaron sucesivamente distintos derechos para tutelar ámbitos concretos de libertad individual (libertad de asociación, de enseñanza, de religión), así, el derecho de autodeterminación física permite la garantía de la libertad personal, de la autonomía del sujeto, respecto de todos aquellos actos en los que pueda quedar comprometida su realidad física. El reconocimiento de este derecho permite ordenar de manera adecuada las relaciones entre el sujeto y el poder, pero también entre aquél y personas, instituciones y grupos con los que precise relacionarse por cuestiones que afecten a opciones sobre su vida física o su salud. Este derecho entrega al sujeto el poder de decisión sobre sí mismo, lo cual resulta no sólo acorde con el ejercicio de su derecho a la libertad, sino también con las exigencias de la dignidad y del derecho al libre desarrollo de la personalidad que forman parte del estándar de derechos en numerosos países. Que todo ello deba realizarse en un contexto de respeto a los derechos de los demás y a los valores y principios democráticos no hace sino garantizar el propio derecho, la propia libertad. De otra parte, es doctrina consolidada en materia de derechos fundamentales que todos ellos tienen límites⁷² que les permiten ser compatibles con los demás derechos y principios constitucionalmente protegidos. Así debe ser interpretado también el nuevo derecho de autodeterminación física.

2. Fundamento del derecho de autodeterminación física

La importancia de encontrar un fundamento constitucional al derecho de autodeterminación física radica en la atribución de garantías específicas y más reforzadas a los derechos constitucionales respecto de otros que pudieran estar regulados en normas de inferior rango. Tal es el caso de la Constitución Española, en donde los derechos comprendidos en la sección 1a., del

⁷² Algunos autores defienden que hay derechos absolutos (la vida, por ejemplo). El Tribunal Constitucional español ha negado esta tesis y la aceptación de los límites necesarios de derechos fundamentales para hacerlos coexistentes con los demás derechos es hoy una teoría muy extendida en numerosos países. Sobre este punto volveremos en las páginas finales de este trabajo.

capítulo II, del título I (artículos 15-29), están máximamente tutelados, incluido el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, garantía extensiva a la igualdad consagrada en el artículo 14 y a la objeción de conciencia al servicio militar reconocida en el artículo 30.2 CE.⁷³ Sin embargo, el reconocimiento del derecho de autodeterminación física puede llevarse a efecto con fundamentos jurídicos diversos en razón de los principios de cada ordenamiento jurídico. Las alusiones que a continuación se hacen a derechos fundamentales —preferentemente en el ordenamiento español— no impiden, como ya hemos señalado, que otros ordenamientos encuentren diferentes argumentos jurídicos para el reconocimiento de este mismo derecho.

La doctrina española ha explorado escasamente la posibilidad de que la libertad personal consagrada en el texto constitucional español pudiera cobijar ámbitos de decisión de la persona, como puede ser el caso del derecho a la reproducción o a las decisiones sobre el final de la propia vida, aunque no falta quienes paulatinamente van defendiendo la necesidad de que el sujeto vea reconocido un ámbito de autonomía que le permita decidir sobre su propia vida biológica. La interpretación constitucional más común del reconocimiento de la libertad personal ha venido vinculando este derecho a la prohibición de detención ilegal de las personas, y, por tanto, al ámbito de los derechos del detenido, aunque también se haya extendido esta interpretación a los casos de internamiento no voluntarios en centros de salud u hospitales. Además, el Tribunal Constitucional español ha negado en alguna sentencia la posibilidad de que el contenido esencial del derecho fundamental a la libertad del artículo 17.1 de la Constitución comprendiera cualquier opción personal del sujeto, negando que el artículo 17.1 CE mencionado proteja un ámbito de autodeterminación personal del sujeto.⁷⁴ Sin embargo,

⁷³ Este precepto no tiene aplicación desde la supresión del servicio militar obligatorio en España.

⁷⁴ En especial, SSTC 89/1987, del 3 de junio; 120/1990, del 27 de junio; 137/1990, del 19 de julio. Así, en la Sentencia 89/1987, del 3 de junio, el Tribunal Constitucional entiende que sólo tienen carácter de derecho fundamental las manifestaciones de la libertad que expresamente se contengan en la Constitución bajo esta forma jurídica. En el contenido de la libertad personal regulada en el artículo 17.1 de la Constitución, afirma el Tribunal Constitucional, no existe una “manifestación de la libre autodeterminación de la persona”; y, en otras varias sentencias, insiste en que la libertad personal, incluida en el artículo 17.1, es la *libertad física*, la libertad frente a la detención, condena o internamientos arbitrarios, sin que pueda cobijarse en este precepto una libertad general de actuación del sujeto o, en otros términos, una libertad general de autodeterminación individual, ya que esta clase de libertad, sólo es amparable en aquellas concretas manifesta-

junto a las anteriores resoluciones, el Tribunal Constitucional español también ha reconocido en otro importante grupo de sentencias la existencia de un ámbito de autodeterminación de la persona que se proyecta sobre sus opciones e intereses, ha reconocido, en suma, que existe una esfera de libertad de decisión que no coincide con los ámbitos de libertad consagrados en las concretas libertades constitucionales (libertad de religión, de expresión, etcétera). Por tanto, no existe una inequívoca doctrina constitucional en este punto, sino más bien una interpretación del Alto Tribunal diferente según los casos que han sido sometidos a su consideración, puesto que son las especificidades de cada uno de ellos los que han fundamentado, en cada caso, la resolución del Tribunal Constitucional, todo lo cual nos permite defender la tesis del fundamento constitucional del derecho de autodeterminación física en el ordenamiento jurídico español y, desde la base de dicha teoría, su posible desenvolvimiento en los ordenamientos jurídicos de otros países.

En cuanto a la doctrina constitucional, tempranamente, en la STC 53/1985, del 11 de abril, que resolvió el recurso de inconstitucionalidad contra la despenalización de ciertos supuestos de aborto, el Tribunal Constitucional estimó que existe un derecho de autodeterminación, "...es decir, capacidad de *autodeterminación consciente y responsable* de la propia vida", lo cual "afecta al derecho al libre desarrollo de la personalidad" consagrado en el artículo 10.1 CE. En la STC 98/1986, del 10 de julio, sobre derechos del internado en centros penitenciarios, el Tribunal Constitucional señaló que la "privación de libertad no debe impedir o obstaculizar la *autodeterminación de conductas* lícitas y que éstas no pueden quedar sustraídas a la protección de la libertad que la Constitución otorga", de manera que el preso puede seguir ejercitando su derecho a la libertad en todos aquellos ámbitos no restringidos por la pena impuesta.

En similar sentido, con ocasión de la STC 341/1993, del 18 de noviembre, que resolvió el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la Ley de Seguridad Ciudadana, el voto particular discrepante del magistrado Carlos de la Vega Benayas afirma que la Constitución Española, desde el primer párrafo de su preámbulo, ha querido subrayar que la libertad, entendida como "libertad general de actuación o libertad general de autodeterminación del individuo" constituye un "valor superior"

ciones a las que la propia Constitución otorga la categoría de derechos fundamentales. Las SSTC 120 y 137 se referían a presos en huelga, y contienen una argumentación extraordinariamente vinculada al caso concreto, lo cual creemos que no puede extrapolarse a una teoría general sobre la libertad de decisión de la persona.

de nuestro ordenamiento (artículo 1.1 CE.), y que el derecho fundamental reconocido en el artículo 17.1 CE entraña el derecho a la *libertad física* que garantiza a todos “la ausencia de perturbaciones... adoptadas arbitraria o ilegalmente” que “amenazan la libertad de toda persona de organizar en cualquier momento y lugar, dentro del territorio nacional, su vida individual y social con arreglo a sus propias opciones y convicciones”. También el Alto Tribunal ha vinculado la existencia de una esfera de autodeterminación con derechos concretos, así, por ejemplo, con el derecho a la intimidad personal (entre otras, SSTC 143/1994, del 9 de mayo, y 99/2004, del 27 de mayo) o con la libertad religiosa. En este último supuesto, el Tribunal Constitucional (entre otras, SSTC 177/1996, 11 de noviembre; 216/1999, del 29 de noviembre; 154/2002, del 18 de julio, y 101/2004, del 2 de junio) ha reiterado que la libertad religiosa e ideológica encierra una vertiente interna y otra externa. Si bien en el ámbito interno la libertad religiosa garantiza un espacio de autodeterminación intelectual, vinculado a la propia personalidad y dignidad humana, en el ámbito externo cabe reconocer la existencia de un ámbito de libertad, de *agere licere*, que faculta a la persona para actuar conforme a sus propias convicciones y mantenerlas frente a terceros “con plena inmunidad de coacción del Estado o de cualesquiera grupos sociales” (STC 46/2001, del 15 de febrero, y, en el mismo sentido, las SSTC 24/1982, del 13 de mayo, y 166/1996, del 28 de octubre).

De manera, quizá, más nítida, en la STC 154/2002 el Tribunal Constitucional confirmó la existencia de ámbito de autodeterminación física. En esta Sentencia el Tribunal resolvió un recurso de amparo interpuesto por los padres de un menor, condenados penalmente como responsables del fallecimiento de su hijo al negarse ellos mismos y no convencer al menor para recibir una transfusión de sangre, por ser toda la familia, incluido el menor de edad, testigos de Jehová.⁷⁵ El Alto Tribunal confirmó con nitidez el derecho de autodeterminación física con independencia incluso del ejercicio de la libertad religiosa. Estableció que la decisión del menor fue tomada en ejercicio de un “derecho de autodeterminación que tiene por objeto —afirmó el Tribunal— el propio sustrato corporal —como distinto del derecho a la salud o a la vida— y que se traduce en el marco constitucional como un derecho fundamental a la integridad física (ar-

⁷⁵ Como es conocido, los testigos de Jehová rechazan las transfusiones de sangre incluso en peligro de muerte.

título 15, CE). Más allá de las razones religiosas que motivaban la oposición del menor, y sin perjuicio de su especial trascendencia (en cuanto asentadas en una libertad pública reconocida por la Constitución), cobra especial interés —sigue afirmando el Tribunal— “el hecho de que al oponerse el menor a la injerencia ajena sobre su propio cuerpo, estaba ejercitando un derecho de autodeterminación” sobre su propia realidad corporal. En este caso, el Tribunal Constitucional español fundamentó el derecho de autodeterminación física en el derecho a la integridad física reconocida en el artículo 15.1 de la Constitución.⁷⁶

De igual manera, en la STC 215/1994, del 14 de julio, sobre esterilización de incapaces con graves deficiencias psíquicas, el Tribunal Constitucional se planteó si el derecho a la autodeterminación que se reconoce en el artículo 428 del Código Penal español⁷⁷ de las personas capaces, podía ser sustituido por la voluntad manifestada por el representante legal de una persona incapaz a los efectos de esterilización de dicho incapaz. El Tribunal Constitucional resolvió en este caso que la manifestación hecha por el representante era una medida constitucionalmente válida, aunque lo relevante para estas páginas es el reconocimiento hecho por el Alto Tribunal en orden a la existencia de un derecho de autodeterminación física de la persona —capaz, en este caso— para decidir sobre acciones en su cuerpo. Así, el Tribunal Constitucional reiteradamente ha reconocido ámbitos de libre disposición, de autodeterminación, en relación con la libertad, el derecho a la integridad física, la dignidad de la persona y otros derechos y libertades fundamentales concretos y que el derecho a la autodeterminación física ha ido abriéndose camino en el ordenamiento jurídico español, en el de otros países y en el ámbito internacional.

⁷⁶ El artículo 15.1, CE, literalmente, establece: “Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra”.

⁷⁷ El artículo 428 que se cita corresponde al derogado Código Penal. En el actual Código Penal español, de 1995, la regulación sobre la posibilidad de esterilización de disminuidos psíquicos está contenida en el artículo 156 que considera no punible “la esterilización de persona incapacitada que adolezca de grave deficiencia psíquica cuando aquélla, tomándose como criterio rector el del mayor interés del incapaz, haya sido autorizada por el Juez, bien en el mismo procedimiento de incapacitación, bien en un expediente de jurisdicción voluntaria, tramitado con posterioridad al mismo, a petición del representante legal del incapaz, oído el dictamen de dos especialistas, el Ministerio Fiscal y previa exploración del incapaz”.

También la doctrina, como antes hemos señalado, está siendo cada vez más receptiva a reconocer la necesidad de que la autodeterminación de la persona adquiera una nítida configuración jurídica, y así puede verse reflejado en estudios sobre aspectos concretos comprendidos en el marco del que venimos definiendo como derecho de autodeterminación física. En este sentido, y con relación al denominado derecho a la muerte, se ha señalado⁷⁸ que su regulación jurídica —aun sin que llegara a ser considerado derecho constitucional— no contravendría el derecho a la vida reconocido en el artículo 15 de la Constitución Española y, además, podría, en determinados supuestos, encontrar apoyo en el derecho a la integridad física reconocido en el mismo precepto constitucional o, más correctamente a nuestro juicio, en el reconocimiento del principio de autonomía personal o individual⁷⁹ que permite al sujeto, como antes hemos señalado, la adopción de decisiones sobre su propia realidad corporal. El derecho de autodeterminación física amplía el ámbito material de este reconocimiento de la autonomía personal y consagra una esfera de libre decisión que irradia sobre una pluralidad de aspectos tal y como se señaló al tratar del contenido del derecho de autodeterminación física que se integra de un “nuevo estatuto jurídico sobre la vida humana”, el cual, a su vez, constituye uno de los grupos de derechos de cuarta generación a los que ya antes hemos hecho referencia.

Como se desprende de lo que venimos manifestando, la importancia de definir el fundamento constitucional del derecho de autodeterminación física radica, por un lado, en lograr su correcta configuración constitucional y, por otro, y como consecuencia de lo anterior, que sea susceptible de tutela por el ordenamiento jurídico como el resto de los derechos subjetivos. Sólo así podremos avanzar en la garantía de la libertad personal, lo cual no debe representar —como en ocasiones se alega para restringir la autodeterminación de la persona— insolidaridad o ausencia de responsabilidad de la misma manera que el libre ejercicio de los demás derechos constitucionales no tiende a la arbitrariedad y al abuso y, en los casos en los que así pudiera suceder, el ordenamiento democrático arbitra las correspondientes medidas de corrección jurídica.

⁷⁸ Moreno Antón, M., “Elección de la propia muerte y derecho: hacia el reconocimiento jurídico del derecho a morir”, *Revista de Derecho y Salud*, vol. 12, núm. 1, enero-junio de 2004, p. 71.

⁷⁹ Entre otros, Parejo Guzmán, M. J., *La eutanasia ¿un derecho?*, Navarra, Thomson-Aranzadi, 2005, p. 254; Marcos del Cano, A. M., *La eutanasia. Estudio filosófico-jurídico*, Madrid, Marcial Pons, 1999, p. 108.

Por otro lado, el derecho internacional de los derechos humanos y los documentos sobre biomedicina y bioética han contribuido a la consolidación de un *corpus* sobre la libertad personal y el derecho a la integridad física en relación con las actuaciones biomédicas, si bien es cierto que la configuración adoptada en los textos internacionales se circunscribe exclusivamente al reconocimiento de la autonomía del sujeto —frecuentemente, el paciente— para adoptar o intervenir en una decisión concreta en la que esté directamente afectado. Son muchas las diferencias conceptuales entre esta autonomía parcial y limitada al caso concreto que, en la práctica, se ha convertido en “un deber de ser consultado” y que se articula formalmente a través del denominado consentimiento informado y el haz de facultades que encierra el derecho de autodeterminación física como derecho público subjetivo. Todo derecho de esta naturaleza comprende una esfera de libertad, de autodeterminación, de agere licere a favor del sujeto que le permite no sólo aceptar o rechazar una determinada situación o una determinada acción, sino que le facultad para configurar libremente ese esfera de autonomía sin intromisiones del Estado ni de terceros y sin más límites que los que puedan atribuirse a otros derechos subjetivos o se deriven del propio sistema constitucional, legal o internacional de derechos. Dentro de esa esfera, el sujeto puede hacer o no hacer, adoptar valores, defender ideologías o confesiones religiosas y actuar conforme a ellas, y, sobre todo ello, puede decidir sobre sus intereses y bienes sin obligación de aportar razonamiento alguno y con los únicos límites que correspondan a los demás derechos fundamentales o los que, con carácter excepcional, pudieran delimitar este derecho.

El reconocimiento del deber de ser consultado y, en su caso, la prestación del consentimiento forman parte, indudablemente, del derecho de autodeterminación física, aunque no sería correcto considerar que con el primero se agota el contenido esencial del reiterado derecho de autodeterminación física. Como expusimos en un epígrafe anterior al enumerar el contenido de los derechos de cuarta generación, el derecho de autodeterminación física comprende un haz de facultades que irradia en importantes esferas de decisión del individuo. Al menos ocho ámbitos de autodeterminación concreta quedarían comprendidos en el contenido de este derecho: la reproducción humana; la autodeterminación sexual; la autodeterminación en relación con los tratamientos médicos; la autodeterminación en relación con la participación en procesos de investigación y de experimentación; la autodeterminación en relación con la donación de órganos, tejidos, fluidos, células u otros componentes humanos; la clonación; la prestación del

consentimiento informado y la autodeterminación sobre la gestión de la propia muerte. De la correcta configuración jurídica del derecho de autodeterminación física depende, en una importante medida, que la libertad de la persona para decidir en estos ámbitos sea real y eficaz.

Como estamos indicando, algunos aspectos contenidos en el derecho de autodeterminación física han sido y están siendo actualmente objeto de atención tanto por los Estados como en el ámbito internacional. Así, a un número nada desdeñable de informes, resoluciones y documentos elaborados en el ámbito del Consejo de Europa debemos añadir el hito conseguido con la aprobación del Convenio sobre Biomedicina y Derechos Humanos, firmado en Oviedo, en 1997.⁸⁰ El Convenio reconoce el derecho de autodeterminación física de toda persona que no tenga restringida su capacidad (para cuyos casos, establece reglas especiales) respecto de tratamientos e investigaciones. En el artículo 5o., el Convenio establece que “Una intervención en el ámbito de la sanidad sólo podrá efectuarse después de que la persona afectada haya dado su libre e informado consentimiento. Dicha persona deberá recibir previamente una información adecuada acerca de la finalidad y la naturaleza de la intervención, así como sobre sus riesgos y consecuencias. En cualquier momento la persona afectada podrá retirar libremente su consentimiento”. Este ámbito de libertad se extiende a los momentos en los que la persona no pueda emitir su voluntad siempre que los hubiera expresado anteriormente. En este sentido, el artículo 9o. del Convenio determina que “Serán tomados en consideración los deseos expresados anteriormente con respecto a una intervención médica por un paciente que, en el momento de la intervención, no se encuentre en situación de expresar su voluntad”. La redacción del Convenio debe ser valorada muy positivamente; pero no reconoce un derecho de autodeterminación del sujeto en general, sino lo que antes hemos denominado un derecho de autorización o participación en el caso concreto.

⁸⁰ Ratificado por España el 23 de julio de 1999 (*BOE* del 20 de octubre de 1999; corregido, *BOE* del 11 de noviembre de 1999). El artículo 1o. del Convenio establece que “Las Partes en el presente Convenio protegerán al ser humano en su dignidad y *su identidad* y garantizarán a toda persona, sin discriminación alguna, el respeto a su integridad y a sus demás derechos y libertades fundamentales con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina.

Cada Parte adoptará en su legislación interna las medidas necesarias para dar aplicación a lo dispuesto en el presente Convenio”.

Por su parte, la Declaración Internacional de Datos Genéticos Humanos, aprobada por la UNESCO, el 16 de octubre de 2003, establece, en su artículo 3o., que reconoce la identidad de la persona, que “Cada individuo posee una configuración genética característica. Sin embargo, la identidad de una persona no debería reducirse a sus rasgos genéticos, pues en ella influyen complejos factores educativos, ambientales y personales, así como los lazos afectivos, sociales, espirituales y culturales de esa persona con otros seres humanos, y *conlleva además una dimensión de libertad*”.⁸¹ En este caso, la Declaración Internacional avanza tímidamente por el reconocimiento de la libertad de la persona, aunque la redacción —sumamente somera— permite una escasa interpretación, sí parece atribuirse al sujeto un derecho de autodeterminar su vida. Por su parte, la Declaración Universal de Bioética y Derechos Humanos (UNESCO, 2005)⁸² establece en su artículo 5o. (autonomía y responsabilidad individual) que: “Se habrá de respetar la autonomía de la persona en lo que se refiere a la facultad de adoptar decisiones, asumiendo la responsabilidad de éstas y respetando la autonomía de los demás. Para las personas que carecen de la capacidad de ejercer su autonomía, se habrán de tomar medidas especiales para proteger sus derechos e intereses”, siguiendo nítidamente la tendencia a reconocer la participación del sujeto en la toma de decisiones que le afecten, pero en un marco extraordinario restringido, matizado, incluso, en esta Declaración, por la asunción de la responsabilidad que pudieran derivarse del caso.

También la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada en Niza, en diciembre de 2000, y actualmente incluida en la parte II del Proyecto de Constitución Europea, aún sin valor normativo directo para los Estados en este momento, ha sido sensible a este problema dedicando a la integridad de la persona su artículo 3o., en cuyo apartado 2.a establece que en el marco de la medicina y la biología se respetarán en particular, “el consentimiento libre e informado de la persona de que se trate, de acuerdo con las modalidades establecidas en la ley”. Si bien, en la Constitución europea la libertad cobra una importancia de primer orden por cuanto se consagra en el preámbulo como fundamento de la integración europea, en el artículo 2o., como valor y en casos específicos a lo largo del texto, en especial en la parte II dedicada a los derechos fundamentales.

⁸¹ Cursivas nuestras.

⁸² Nótese la plasmación en el título de la correlación entre bioética y derechos humanos que dan a este texto unas connotaciones novedosas sobre documentos anteriores.

En España diversas normas de derecho sanitario habían regulado igualmente la autodeterminación física del paciente a través del consentimiento informado previo, pero ha sido la Ley 41/2002, del 14 de noviembre, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica, la que, insistiendo en la obligación de obtener el consentimiento informado del paciente, establece la necesidad de que el mismo esté precedido de la información precisa para permitir que el sujeto tome una decisión libre. En este sentido, el artículo 2.2 de la mencionada Ley 41/2002 establece que: “Toda actuación en el ámbito de la sanidad requiere, con carácter general, el previo consentimiento de los pacientes o usuarios. El consentimiento, que debe obtenerse después de que el paciente reciba una información adecuada, se hará por escrito en los supuestos previstos en la Ley”.

Con todo, son seguramente los apartados 3 y 4 del mencionado artículo 2o. los que más nítidamente confirman la autonomía del paciente y, en este mismo sentido, manifiestan una vertiente del derecho de autodeterminación física al establecer que “3. El paciente o usuario tiene derecho a decidir libremente, después de recibir la información adecuada, entre las opciones clínicas disponibles”; y que “4. Todo paciente o usuario tiene derecho a negarse al tratamiento, excepto en los casos determinados en la Ley. Su negativa al tratamiento constará por escrito”.

El derecho de toda persona a su autodeterminación física se manifiesta en el ámbito biomédico y biotecnológico cada vez con mayor nitidez, permitiendo al sujeto adoptar las decisiones que considere pertinentes en relación con un tratamiento médico o una opción sanitaria concretos, y también la de negarse a recibir un tratamiento determinado asumiendo las consecuencias que esta decisión pudiera ocasionar, incluido el riesgo de fallecimiento.

La situación actual no deja de ser paradójica, ya que mientras importantes convenios internacionales y normas de origen interno reconocen con nitidez el derecho de autodeterminación física que no es, como hemos señalado, sino el derecho a decidir libremente sobre aspectos y asuntos en los que sólo la autonomía de la voluntad puede actuar, los textos constitucionales parecen estar anclados en una interpretación del derecho a la libertad personal como garantía penal-procesal claramente superada en el ámbito jurídico por el derecho internacional, comunitario e incluso por normas de origen interno y, en el ámbito social, por las propias circunstancias que rodean cada día las investigaciones y aplicacio-

nes biomédicas y biotecnológicas. Resulta urgente, pues, que se generalice la interpretación que es jurídicamente posible del reconocimiento del derecho de autodeterminación física, con fundamento constitucional (en la libertad personal primariamente y, si es al caso, en el derecho a la integridad física y en la dignidad de la persona) cuando ello sea posible de conformidad con cada ordenamiento jurídico, o con fundamento legal o internacional a través de los declaraciones y convenios sobre esta materia. En todo caso, el objetivo es superar el carácter innecesariamente restrictivo de este derecho para que, como es jurídicamente correcto, pueda dar cobertura a la libertad de opción y decisión de las personas en orden a la autodeterminación física.

3. Sujeto y límites del derecho de autodeterminación física

Como todo derecho de libertad, el derecho de autodeterminación física requiere que el sujeto se encuentre en el pleno ejercicio de sus facultades mentales que le permitan emitir un pronunciamiento con todas las garantías para él mismo y para terceros (muy en especial, para los distintos operadores biomédicos que deben participar en estos actos). Es necesario, igualmente, que la manifestación de voluntad se realice sin coacciones ni amenazas ni en situación personal, familiar o social que pudiera interferir decisivamente en la voluntad del sujeto. Si bien es cierto que la neutralidad absoluta es prácticamente inalcanzable puesto que el sujeto estará siempre sometido o afectado por un contexto concreto, no lo es menos que el derecho puede exigir que este tipo de decisiones reúnan condiciones excepcionales en razón de la también excepcional materia sobre la que versan. Tanto las legislaciones nacionales como los textos internacionales⁸³ recogen la necesidad de articular medidas concretas, medidas de tutela, para los casos en los que el sujeto no pueda emitir una opinión o un consentimiento con todas las garantías o, también, cuando no sea capaz de recibir una información que le afecte directamente y de la que dependa la adopción de la consiguiente decisión. El derecho de autodeterminación física representa el reconocimiento de una amplia esfera de autonomía de la persona sobre cuestiones extre-

⁸³ Entre otros, artículos 6o., 7o. y 8o. del Convenio de Biomedicina y Derechos Humanos; artículo 5o.b de la Declaración Universal sobre el Genoma y los Derechos Humanos; artículo 8o. de la Declaración Internacional de Datos Genéticos Humanos; artículo 7o. de la Declaración Universal de Bioética y Derechos Humanos.

madamente delicadas que afectan, como hemos venido reiterando, a su realidad corporal, por lo que la transmisión de la información previa a la obtención, en su caso, del consentimiento o de la manifestación de voluntad que en cada caso corresponda debe realizarse con todas las cautelas y garantías.

En los casos de los menores e incapaces, cualquier decisión debe garantizar su bienestar, ser adoptada, en su caso, por quien ejerza la representación legal del menor o incapaz, y, en la medida en la que lo permitan las leyes nacionales, debería poderse acudir en caso de duda o conflicto a la garantía judicial mediante la obtención de la correspondiente resolución y/o autorización. Por otro lado, y específicamente en el caso de los menores de edad, no debemos olvidar que algunos ordenamientos nacionales reconocen cierta validez a las manifestaciones de voluntad de los menores de edad con madurez suficiente para emitir su opinión en un caso concreto, y, en general, el derecho a ser oído sobre las cuestiones que le afecten.⁸⁴ Por tanto, no cabe excluir sin más como sujeto válido del derecho de autodeterminación física a todos los menores de edad; aunque sí es exigible la articulación de medidas extraordinarias de garantía.

En cuanto a las personas incapaces, la exigencia de similares garantías a las del menor de edad resulta inexcusable. Tema mucho más complejo es el de si también en este caso debería atenderse a la opinión que el incapaz pudiera emitir y la valoración de la misma. En estos supuestos la relevancia o no de dicha opinión dependerá del grado de discapacidad que sufra el sujeto, de la resolución judicial que en su caso hubiera declarado dicha incapacidad y, finalmente, de la decisión judicial si hubiera necesidad de solventar el conflicto de esta manera. En todo caso, el principio de protección y bienestar del sujeto debe prevalecer sobre cualquier otro criterio que pudiera esgrimirse, tal y como se ha señalado en la legislación nacional, en la jurisprudencia y en el ámbito internacional.

Por otro lado y como hemos señalado a lo largo de estas páginas, el derecho de autodeterminación física aspira a configurarse como un derecho más dentro del sistema jurídico y dependerá de éste que tal configuración se alcance como derecho constitucional, como derecho legal o como derecho o principio de derecho internacional. En todo caso, no propugnamos un dere-

⁸⁴ Véase artículo 9o. de la Ley Orgánica 15/1996, del 1o. de enero, de Protección Jurídica del Menor, de Modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

cho de autodeterminación física de carácter absoluto,⁸⁵ lo cual es difícilmente compatible con el sistema jurídico de derechos y libertades en un amplio número de países.

En España, el Tribunal Constitucional ha declarado que no existen en nuestro ordenamiento derechos ilimitados. Todo derecho tiene sus límites,⁸⁶ manifestación que ha sido repetida en numerosas sentencias del Alto Tribunal. Esta idea de la limitación de los derechos responde a la pretensión de que el reconocimiento de un derecho no lleve, *de facto*, a una situación de abuso o de uso antisocial del derecho⁸⁷ y permite, también, avalar la tesis de que para que todos los derechos reconocidos puedan ser ejercitados ninguno de ellos puede ser ilimitado. La doctrina, de manera casi unánime y siguiendo la jurisprudencia constitucional, ha defendido el carácter limitado de los derechos, que no son, por tanto absolutos, sino que deben articularse en un sistema en el que sea posible el ejercicio de todos ellos, lo cual sólo es factible, como antes dijimos, aceptando que pueden tener límites.

A pesar de lo expuesto, algún sector doctrinal ha defendido que algunos derechos constitucionales deben ser considerados como derechos absolutos. Avala esta posición la contundente redacción de algún precepto constitucional como sucede, por ejemplo, con el derecho “a no declarar sobre la propia ideología, religión o creencias”, reconocido en el artículo 16.2 de la Constitución.⁸⁸ Incluso en estos casos, la tesis es difícilmente sostenible por cuanto el propio ordenamiento español, por ejemplo, permite exigir una declaración sobre las propias creencias religiosas si el ciudadano ha solicitado al Estado la exención de un deber (así sucedía en el caso de la objeción de conciencia al servicio militar).

⁸⁵ Nos hemos referido a los límites de los derechos, entre otras, en *Derecho constitucional europeo: derechos y libertades, cit.*, nota 43.

⁸⁶ STC 2/1982, del 29 de enero.

⁸⁷ Recordemos, en este sentido, que el Código Civil (artículo 7.2), afirma que “La ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo”.

⁸⁸ El artículo 16 de la Constitución dice:

“1. Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley.

2. Nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias.

3. Ninguna confesión tendrá carácter estatal. Los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones”.

En lo que a estas páginas interesa, nos encontramos ante un derecho que puede ser limitado en razón del ámbito material de otros derechos y libertades. Son precisamente los llamados derechos de libertad, es decir, aquellos derechos que permiten actuar al sujeto en un ámbito de *agere licere*, los que definen un esfera de autonomía de la persona, los que más nítidamente pueden ver recortado o circunscrito su contenido esencial para la tutela de otros derechos, bienes y valores, siendo mucho más difícil la aplicación de esta teoría a otros derechos que, básicamente, consisten en inmunidades. Resultaría jurídicamente imposible de defender la existencia de una libertad absoluta, pues con dicho reconocimiento pasarían automáticamente a situación de precariedad el resto de los derechos y libertades reconocidos en dicho ordenamiento. La libertad absoluta de uno hace impracticable el ejercicio de los derechos de los demás. Sin embargo, lo que podríamos denominar el “límite de los límites” de cualquier derecho no deben ser sino aquellos estrictamente necesarios para hacer compatible unos derechos con otros, para la protección de las personas y bienes constitucionalmente protegidos⁸⁹ que se adopten con las garantías exigidas en el ordenamiento y que, como ha señalado reiteradamente el tribunal Constitucional, no hagan del derecho algo impracticable, irreconocible e inservible para la garantía de la libertad. En este aspecto, las funciones de la ley y de la jurisprudencia son esenciales como vehículo de desarrollo de la Constitución, sin que, como señala Aragón Reyes, la ley sustituya a la Constitución, y sin que el juez sustituya a la ley.⁹⁰

⁸⁹ En este punto, el Tribunal Constitucional español, en la temprana sentencia 11/1981, del 8 de abril, señaló que los límites de los derechos no quedan circunscritos a los que expresamente contenga el texto constitucional y a los que derivan del libre ejercicio de unos y otros derechos reconocidos en la Constitución, sino que también hay límites *mediatos*, sólo indirectamente emanados de la Constitución, pero necesarios para preservar otros derechos o bienes constitucionalmente protegidos.

⁹⁰ Aragón Reyes, M., *Constitución y derechos fundamentales*, Quaderns de Treball, Centre d'Estudis de Drets Humans, UAB, 2, 1994, p. 18.