

LA CLONACIÓN HUMANA: LOS PRESUPUESTOS PARA LA INTERVENCIÓN PENAL

Carlos María Romeo Casabona
Catedrático de Derecho Penal

1. Introducción

En 1997 se dio la noticia de que investigadores del Instituto Roslin del Reino Unido (Ian Wilmut y otros)¹ habían conseguido una oveja clónica, conocida como Dolly, a partir del núcleo de una célula no sexual de otra oveja adulta. Este logro no sólo produjo una enorme perplejidad en la comunidad científica, puesto que suponía la «regresión» biológica del núcleo de una célula ya diferenciada (una célula mamaria) a una situación de indiferenciación, es decir, capaz de desarrollarse en un óvulo hasta dar origen a un nuevo ser completo, hecho hasta entonces impensable, sino, sobre todo, estupefacción en la opinión pública, al reconocerse que esta técnica podría ser aplicada en el futuro igualmente en el ser humano. Unos años antes se había admitido por otros investigadores (Hall y Stillman) que habían logrado la partición de un embrión hu-

¹ Ian Wilmut et alt., *Viable Offspring Derived from Fetal and Adult Mammalian Cells*, «Nature», vol. 385, 1997, pp. 810 y ss.

mano en varios, sin haber continuado la experiencia, hecho que sí se ha culminado más recientemente con un primate, llamado Tetra. A lo largo de los últimos años se han obtenido también con éxito otras experiencias semejantes con diversos mamíferos, algunos de ellos transgénicos.

De nuevo es aquí relevante la metodología ética de separar la clonación reproductiva humana de las demás, por las diferentes cargas valorativas que se hallan implicadas. Dentro de aquélla abordaremos asimismo las diversas formas que se acogen bajo la noción común de clonación, a las que damos la siguiente denominación convencional, según fue adoptada por el Informe del Comité de Expertos sobre Bioética y Clonación: clonación verdadera, paraclonación y gemelación artificial, que se explican a continuación, y cuyos objetivos y utilidades pueden ser diversos, de conformidad con lo que expone el citado Informe².

La «clonación verdadera» alude a la transferencia del núcleo de células provenientes de individuos ya nacidos o adultos a un ovocito al que previamente se le ha extraído su propio núcleo (enucleación); por consiguiente, se recurre al núcleo de células provenientes de cualquier lugar del organismo, es decir, somáticas –ya diferenciadas– como lo sería una célula mamaria, que fue el caso de la citada oveja Dolly. El nuevo ser sería genéticamente idéntico al donante del núcleo, a salvo del ADN mitocondrial, al encontrarse ya en el citoplasma del ovocito receptor.

Con «paraclonación» indicamos la transferencia de núcleos de células embrionarias o fetales de individuos no-natos, mediante una técnica similar a la anterior, pero en este caso el nuevo ser clonado no sería idéntico a ningún otro ser ya nacido.

Y, finalmente, con la expresión «gemelación artificial» nos estamos refiriendo a la partición de embriones. Por tanto, los individuos así nacidos serían completamente idénticos entre sí, de modo semejante a lo que ocurre con los gemelos monocigóticos, pero distintos a sus progenitores y a cualquier otro individuo ya nacido, salvo que se hubiera espaciado la transferencia de los embriones resultantes al útero de una mujer, pues en este caso los gemelos no provendrían ya del mismo embarazo, sino de embarazos sucesivos de la misma mujer o de mujeres diferentes.

La transferencia del núcleo o de las mitocondrias de un ovocito a otro enucleado o al que se le han extraído las mitocondrias, respectivamente, para ser fecundado después por un espermatozoide no constituye clonación, sino la utilización parcial de esta técnica, con la que se persigue evitar la transmisión de una enfermedad proveniente del núcleo original o de las mitocondrias. No obstante, la mencionaremos ocasionalmente,

² Comité de Expertos sobre Bioética y Clonación, *Informe sobre clonación. En las fronteras de la vida*, Fundación de Ciencias de la Salud, Madrid, 1999, pp. 50 y ss.

con el fin de poner de relieve también las diferencias valorativas que acompañan a este procedimiento, dado que en ocasiones se ha puesto innecesariamente en tela de juicio.

2. El debate sobre la clonación humana reproductiva

2.1. Respuestas institucionales o normativas³

La divulgación del experimento de la primera oveja clónica provocó las mayores controversias, hasta el punto de que diversas instituciones (el Vaticano, la OMS, el Parlamento Europeo, diversos Comités Nacionales de Ética) y mandatarios (p. ej., el Presidente de los EEUU, Clinton) plantearon a partir de entonces, con rápida reacción, sus reservas o incluso su rechazo de plano a la clonación. De todos modos, puede adelantarse ya que hasta el momento la mayor parte de los países que cuentan con preceptos legales que de un modo u otro prohíben la clonación tomaron tales iniciativas con independencia de la polémica desatada mundialmente; es más, los legisladores respectivos intervinieron antes de que aquélla se produjera (así, España, que fue la primera en prohibirla en 1988, habiendo pasado a ser delito desde 1995 –art. 161.2 del Código Penal–, el Reino Unido y Alemania); no obstante, algunas prohibiciones son posteriores y consecuencia del escándalo mundial (Argentina, Brasil, Colombia, Italia, Nueva Zelanda, Perú).

Algunos organismos internacionales sí han adoptado prohibiciones expresas como consecuencia inmediata de tal alarma mundial. Han sido, en concreto, la UNESCO, en su Declaración Universal sobre el «Genoma Humano y los Derechos Humanos», de 1997, donde se establece que no deben permitirse las prácticas que sean contrarias a la dignidad humana, como la clonación con fines de reproducción de seres humanos (art. 11); el Consejo de Europa, a través de un Protocolo específico de 1998 sobre este asunto, que se incorpora al Convenio sobre «Derecho Humanos y Biomedicina», conforme al cual se prohíbe cualquier intervención que tenga como finalidad crear un ser humano genéticamente idéntico a otro ser humano vivo o muerto, entendiendo a estos propósitos como ser humano «genéticamente idéntico» a otro ser humano aquél que tenga en común con otro el conjunto de los genes nucleares (art. 1º)⁴; y la Unión Europea, en su Carta de los derechos fundamentales, aunque no tenga, por el

³ Para identificar y consultar la mayor parte de las referencias normativas y documentales que se citan en este epígrafe v. Comité de Expertos sobre Bioética y Clonación, *Informe sobre clonación. En las fronteras de la vida*, cit., pp. 201 y ss. y 309 y ss.

⁴ Este Protocolo fue abierto a la firma en París el 12 de enero de 1998 y su entrada en vigor el 1º de marzo de 2001.

momento fuerza vinculante para los Estados miembros, establece que en el marco de la medicina y la biología se respetarán en particular (...) la prohibición de la clonación reproductora de seres humanos (art. 3.2)⁵.

Por otro lado, las normativas que han regulado la clonación, prohibiéndola, se remiten en bloque a toda clonación con fines de reproducción humana, sin distinguir los diversos procedimientos establecidos; por consiguiente, las prohibiciones se extienden a todas las variantes de la clonación reproductiva en el ser humano, conclusión obtenida en todo caso por vía interpretativa, dada su escasa precisión.

Finalmente, las modalidades de la clonación no vinculadas a la reproducción humana no han sido objeto de la atención de los legisladores, a salvo del legislador español, quien la permite expresamente con fines de investigación y de elaboración de productos diagnósticos o terapéuticos (art. 8º de la Ley 42/1988, sobre la Utilización de Embriones y Fetos Humanos). Pero como se indicará más abajo, en algunas legislaciones esta práctica podría estar prohibida, incluso como delito.

En resumen, el conjunto de pronunciamientos, tanto normativos como institucionales, adolecen de una general pobreza argumentativa –cuando ésta existe– respecto a la justificación de la prohibición o rechazo de la clonación humana reproductiva, sin señalar qué derechos humanos se verían afectados con ella ni por qué motivos.

2.2. Los argumentos discursivos en torno a la clonación

La sola perspectiva de clonar embriones humanos, sea con propósitos reproductivos o no, ha desatado una reacción contraria muy extendida. Es cierto que se han aportado diversos argumentos, tanto a favor como en contra de la clonación, los cuales, siguiendo a Brock⁶, podríamos resumir así:

1. Argumentos a favor de la clonación reproductiva: el derecho o libertad de reproducción abarcaría todas sus formas, incluidas las vinculadas con las técnicas de reproducción asistida, por consiguiente, también la clonación. Partiendo de este derecho, la clonación podría reportar algunos beneficios: como remedio para resolver las consecuencias de la infertilidad de algunas personas; con el fin de evitar los riesgos de transmitir al descendiente una enfermedad hereditaria grave; para hacer posible la clonación de un ser con especial significación para los solicitantes, como un hijo fallecido u otro ser querido; con el fin de poder replicar individuos

⁵ Aprobada en Bruselas el 28 de septiembre de 2000.

⁶ Dan W. BROCK, *La clonación de seres humanos: una valoración de los pros y los contras éticos*, en NUSSBAUM, M. C. / SUNSTEIN, C.S. (Eds.), «Clones y clones. Hechos y fantasías sobre la clonación humana», Ediciones Cátedra, Madrid, 2000, pp. 141 y ss.

deseados por su talento, carácter u otras cualidades físicas o espirituales. Otros aspectos valiosos de la clonación, en este caso ya no reproductiva, serían la posibilidad de obtener, a partir de embriones clónicos de un individuo, células y tejidos para trasplante a éste en caso de necesidad terapéutica; o los valiosos conocimientos científicos que podrían obtenerse mediante la investigación con embriones humanos clónicos.

2. En contra de la clonación también se han manejado no menos contundentes razonamientos: con ella se violaría el derecho a una identidad única, a ser diferente de los demás, o el derecho a la ignorancia sobre el posible futuro vital de cada individuo, el cual debe quedar abierto. En concreto, la clonación podría dar lugar a daños diversos: la mera técnica implicaría riesgos para el propio ser clonado, como malformaciones, enfermedades y taras, y tal vez el aborto; produciría efectos psicológicos adversos en la persona nacida por clonación; reduciría el valor de los individuos y disminuiría el respeto por la vida humana; podría dar lugar a intereses comerciales no compatibles con lo humano; podría ser utilizada por gobiernos u otros grupos para finalidades inmorales y explotadoras, como la generación de individuos en serie con ciertas características preseleccionadas.

3. Sin perjuicio de que nos ocupemos más adelante de algunos de estos argumentos, resulta realmente llamativa la parquedad de tan intenso y universal debate, sobre todo en el ámbito jurídico. Ciertamente, las diversas posiciones favorables y contrarias a la clonación han sido por lo general terminantes, pero asimismo poco matizadas, en particular las que se muestran contrarias a la clonación, pero sobre todo cuando han dado lugar a prohibiciones relacionadas con la misma. No obstante, en trabajos más recientes se aprecian valiosos esfuerzos por introducir criterios más razonados y profundos⁷. Desde luego, el juicio sobre la clonación no ha de recaer en principio sobre la técnica en sí, sino sobre los propósitos que se pretendan perseguir con ella.

En efecto, con frecuencia se recurre a denunciar la vulneración de la dignidad humana que comportarían las diversas técnicas de clonación, en la medida en que se cosificarían o instrumentalizarían los embriones o incluso los seres humanos resultantes de tales procedimientos técnicos. Aun reconociendo el peso de esta importante referencia, no es menos cierto que no se ha solido profundizar suficientemente en la afectación concreta a la dignidad humana, ni en la especificidad del ataque

⁷ Sin lugar a dudas, ha sido el Comité de Expertos sobre Bioética y Clonación, *Informe sobre clonación. En las fronteras de la vida*, cit., pássim (en especial sus Recomendaciones, pp. 248 y ss.), el que ha ofrecido una reflexión más ponderada y ecuánime pensando en sus posibilidades razonables de futuro.

que comportaría la clonación para dicha dignidad⁸: ¿de los seres así nacidos, de los propios embriones o, incluso, de la comunidad misma? Por otro lado, desde un punto de vista jurídico el concepto de dignidad humana, por su propia naturaleza compleja, no deja de plantear dificultades interpretativas.

Por consiguiente, procede identificar cuál es o son los bienes o valores dignos de protección por el Derecho –bienes jurídicos– que se podrían oponer a la clonación en sus diversas variantes, comprobando en qué medida esta técnica y sus resultados podrían afectar a tales bienes. No debe olvidarse que las prohibiciones, frecuentemente penales, sobre la clonación existentes en el derecho comparado han recurrido, casi de forma exclusiva, a la incriminación de la clonación humana reproductiva. Pero tampoco debe olvidarse que al Derecho Penal le corresponde la función de exclusiva protección de los bienes jurídicos *más importantes* para el individuo y para la colectividad, pero sólo frente a las *agresiones más graves* para los mismos, dados los instrumentos también tan graves de que dispone para cumplir su función, esto es, las penas y las medidas de seguridad. Dicho de otro modo, no todo lo que éticamente es objetable ha de reflejarse de forma consecuyente y necesaria en una prohibición jurídica, y todavía menos que ésta tenga que ser penal. Así que incluso jurídicamente existen vías alternativas o, más probablemente, complementarias, para limitar o prohibir la clonación reproductiva, si es que realmente ha de serlo sin excepciones: la administrativa, mediante la introducción de las infracciones correspondientes, y la civil, con el fin de reparar el daño producido, en todo caso. Pero es cierto que en relación con la prohibición penal de la clonación, a pesar de las imperfecciones de técnica legislativa que se aprecian en los ejemplos ya existentes, el Derecho Penal satisface una función auténticamente preventiva y no meramente simbólica, sin que para ello sea obstáculo que se trate de comportamientos prohibidos antes de que sean realizables técnicamente.

⁸ V. sobre lo poco riguroso de este tipo de críticas, p. ej., Carlos M. ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, Ed. Cera, Madrid, 1994, pp. 44 y ss. y 67 y ss.; el mismo, *Del Gen al Derecho*, Servicio de Publicaciones Universidad Externado de Colombia, Santafé de Bogotá, 1996, p. 435.

3. Las dimensiones valorativas de la clonación humana reproductiva: posibles bienes jurídicos implicados

3.1. La vida del embrión y la integridad del futuro ser: valoración coyuntural de los problemas técnicos

En primer lugar, procede una valoración previa más general, indirecta y probablemente circunstancial, pero de gran trascendencia: es general la opinión de que la aplicación de esta técnica en el ser humano en la actualidad o a más o menos corto plazo presentaría un inconveniente añadido a los que han venido centrando la discusión, pues la todavía insegura técnica podría dar lugar a numerosos fracasos, con la consiguiente necesidad de recurrir a un número mayor de embriones, óvulos, etc., y tal vez al nacimiento subsiguiente de seres con graves taras o anomalías, en un porcentaje relativamente alto, o a decidir la interrupción del embarazo, inconvenientes todos ellos que no pueden ser obviados. En particular, también como elemento común de ponderación con otras formas de intervención en el genoma humano, se advierte de que estas técnicas estarán lejos de poder ser controladas y de prevenir efectos secundarios no previstos, cuyas manifestaciones podrían no ser detectables *in vitro* ni durante el curso del embarazo (por lo que incluso la interrupción provocada del mismo no sería siempre una opción disponible), sino después del nacimiento o en la edad adulta del individuo clónico. Por ejemplo, se especula sobre el posible incremento de incidencias de cáncer en la descendencia, sobre un mayor porcentaje de anomalías genéticas, o sobre cuál sería la edad biológica del ser humano originado por el procedimiento de clonación verdadera, aspecto éste todavía no bien conocido actualmente.

Estos y otros riesgos e inconvenientes adicionales, en principio comunes a todas las formas de clonación (aunque probablemente más intensos en unas que en otras, incluso exentos en algunas), apelan en primer lugar a la responsabilidad de los propios investigadores, por el salto cualitativo que supone en este caso atravesar la barrera experimental animal hacia el ser humano⁹. Pero, además, el Derecho no puede ser indiferente a tales riesgos, más todavía cuando ya ha intervenido para proteger la integridad física y psíquica del feto, incluso por medio del Derecho Penal¹⁰,

⁹ V. sobre estas objeciones, con planteamientos más radicales, Vicente BELLVER CAPPELLA, *Consideraciones filosófico jurídicas en torno a la clonación para la reproducción humana*, «Revista de Derecho y Genoma Humano», n.º 10, 1999, pp. 52 y s.; el mismo, *¿Clonar? Ética y derecho ante la clonación humana*, Biblioteca de Derecho y Ciencias de la vida, Ministerio de Sanidad y Consumo y Editorial Comares, Madrid - Granada, 2000, pp. 94 y ss.

¹⁰ V., p. ej., el Código español de 1995 ha incluido los delitos doloso e imprudente de lesiones al feto (arts. 157 y 158).

con el fin de garantizar al máximo el nacimiento de niños libre de anomalías que podrían haber sido causadas durante el curso de la gestación.

Por consiguiente, en esta primera fase aparece como bien jurídico potencialmente afectado (y de forma grave, según se ha visto) la integridad física de los niños nacidos por medio de esta técnica y, en no pocos casos, su vida misma, de haberse iniciado ya la gestación o e, incluso, antes de ésta (en el caso de embriones *in vitro* clónicos a los que se hubieran detectado graves anomalías). Objeción grave, pero también circunstancial, una vez que se lograsen superar estos riesgos con procedimientos absolutamente fiables y seguros. En cualquier caso, mientras tal objeción mantenga su validez, también debería persistir por este solo motivo la prohibición legal de la clonación con una intensidad adecuada.

Reservas de esta naturaleza suscita asimismo la transferencia nuclear –o de mitocondrias– con fecundación posterior por medio de un espermatozoide, sin que por su objetivo –terapéutico-preventivo– ni por el resultado –no es clonación asexual–, requiera una prohibición especial, a salvo de las medidas de prudencia (principio de precaución) que deben emplearse en todo caso, cuya vulneración podría dar lugar en todo caso a responsabilidad administrativa, civil o a las dos a la vez en el Derecho español¹¹.

Desde otro punto de vista debe recordarse que la diversidad genética puede contribuir decisivamente a preservar la especie humana frente a enfermedades infecciosas o agentes externos de otro tipo a los que podría ser vulnerable una determinada configuración genética. Bien es cierto que se trata más bien de una advertencia que de una objeción, dado que los riesgos de empobrecimiento del patrimonio genético humano serían muy remotos, dado que es previsible, conforme al estado actual de la situación, que las técnicas de clonación sean poco utilizadas, incluso si llegan a ser eficaces y seguras. Por consiguiente, esta sola apreciación no sería motivo suficiente para prohibir legalmente en el momento actual la clonación humana reproductiva.

3.2. Los argumentos relativos a los intereses personalísimos del futuro hijo

Las diversas técnicas de clonación reproductiva consideradas pueden afectar a varios intereses del futuro hijo (probables bienes jurídicos), algunos de ellos ya enumerados más arriba. Así, en primer lugar podría afectarse a la identidad genética nuclear del ser nacido, en cuanto que,

¹¹ De acuerdo con la Ley 35/1988, sobre Técnicas de Reproducción Asistida, constituye infracción muy grave: «transferir al útero gametos o preembriones sin las exigibles garantías biológicas o de viabilidad» (art. 20.2, B, i).

desde esta perspectiva, se le priva de la condición de ser único, irrepetible y distinto a otros individuos existentes (vivos o muertos). Asimismo, el individuo así nacido puede ser fruto de una voluntad ajena de predeterminar sus características genéticas y también su personalidad, al menos en algún caso (p. ej., admitamos especulativamente, cuando alguien pretendiera su propia perpetuación o la de otros individuos que existen o ya han fallecido, o se buscara la creación de seres especializados). Finalmente, al menos con la clonación verdadera, el hijo es privado de la doble progenie biológica, padre y madre. Convendrá abundar a continuación en estas consideraciones con el fin de poder extraer consecuencias desde el punto de vista ético y jurídico.

1. Parece seguro que no es factible crear seres completamente idénticos a otros ya existentes, de acuerdo con lo que revelan nuestros actuales conocimientos sobre las ciencias empíricas y las del comportamiento¹². Primero, desde el punto de vista genético, pues el ADN mitocondrial no es siempre idéntico, en razón de la técnica utilizada, sin olvidar la posibilidad de mutaciones genéticas espontáneas; bien es cierto que la identidad genética realmente significativa es la nuclear. En segundo lugar, existen influencias entre citoplasma y núcleo que podrían dar lugar a diferencias en el fenotipo respectivo (aunque no genéticas), así como otras del medio uterino (hormonales en los primeros días de la gestación). En tercer lugar, y sobre todo, es cierto que el ser humano, su personalidad, es fruto también –y probablemente en mayor medida– de factores ambientales de espacio (familiares, culturales, sociales) y de tiempo (la sucesión temporal-generacional de los seres vivos en general y del ser humano en particular quien, además, decimos, es poseedor de una conciencia histórica y presenta variaciones culturales)¹³. Es decir, si la individualización del ser humano sería el resultado de su singularidad genética (su propio genoma) y su individualidad lo sería de su singularidad personal (fruto de factores físicos y fisiológicos, del desarrollo, de la educación, del aprendizaje, de factores afectivos y emocionales y de los demás ya mencionados), sólo la primera podría verse afectada por la clonación, esto es, por el origen clónico de ese individuo; pero la identidad genética no es equivalente a la identidad personal¹⁴. A este respecto, representan

¹² V. ya con anterioridad, Carlos María ROMEO CASABONA, *¿Límites jurídicos a la investigación y a sus consecuencias? El paradigma de la clonación*, en «Revista de Derecho y Genoma Humano», n.º 6, 1997, pp. 21 y ss.; Comité de Expertos sobre Bioética y Clonación, *Informe sobre clonación. En las fronteras de la vida*, cit., pp. 191 y ss.

¹³ V. aportaciones más desarrolladas en Daniel SOUTULLO, *La eugenesia. Desde Galton hasta hoy*, Talasa Ediciones, Madrid, 1997, pp. 98 y ss.

¹⁴ V. Juan Ramón LACADENA, *La clonación humana*, en «II Congreso de Bioética y Latinoamérica y el Caribe», Santafé de Bogotá, 3-6 de junio de 1998.

una prueba tranquilizadora los gemelos monocigóticos, quienes poseyendo una dotación genética idéntica y un ambiente temporal y, por lo general, espacial semejantes, no desarrollan una personalidad idéntica. Por consiguiente, vanos serían los intentos de quien por estos procedimientos pretendiera perpetuarse a sí mismo o recuperar un ser querido o admirado ya fallecido. Por otro lado, para el reconocimiento de la personalidad jurídica y la igualdad ante la ley es indiferente el origen de los individuos, esto es, en nuestro caso, la técnica reproductiva utilizada, de haberse recurrido a alguna. No entramos aquí en especulaciones relativas a cuando, además, la estructura genética de ese ser no fuera esencialmente de origen humano (p. ej., en el caso de fecundaciones o recombinaciones de ADN interespecies).

En consecuencia, puede estarse de acuerdo en que la creación de seres humanos idénticos por clonación puede comportar un atentado a la identidad e irrepitibilidad genética del ser humano, como parte del derecho a la individualidad y a la condición de ser uno mismo distinto de los demás¹⁵, cuando ello ha sido predeterminado deliberadamente por la acción de otro ser humano¹⁶, aceptando la complejidad y variabilidad de la naturaleza humana, y el derecho consecuente a no ser programado genéticamente y a ser producto de un azar genético¹⁷; bien que, como veremos a continuación, no siempre se ha de entender vulnerado tal interés. Como se adelantaba más arriba, es indudable que la identidad del ser humano y su condición de irrepitible es el resultado de un cúmulo de factores biológicos y ambientales de lo más variado, pero no es menos cierto también que su conformación genética es una de las bases –por lo general no la más relevante– de esa irrepitibilidad, sin que esta consideración suponga ninguna concesión a un supuesto determinismo genético ni ningún principio estigmatizante para los gemelos monocigóticos nacidos así de forma natural, no por la intervención de la técnica.

Sin embargo, estos bienes jurídicos no encuentran, en sentido estricto, un soporte en algún derecho subjetivo humano o fundamental,

¹⁵ V. sobre bienes jurídicos implicados en las manipulaciones genéticas y los que se citan en el texto en particular, Carlos María ROMEO CASABONA, *La persona ante la Biotecnología, la Bioética y el Derecho*, en «Folia Humanistica», n° 276, 1986, p. 6; el mismo, *Límites penales de las manipulaciones genéticas*, en Fundación BBV (ed.), «El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano», t. III, Bilbao, 1994, pp. 187 y ss. En términos parecidos, la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, *Primer Informe*, Madrid, 3 de Marzo de 1999, p. 69, alude a que el ser humano tiene derecho a «ser genéticamente único e irrepitible (propiedad de unicidad)».

¹⁶ En este sentido, el Comité Director de Bioética del Consejo de Europa, en su Informe Explicativo al *Avis sur le clonage humain*.

¹⁷ Así, la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, *Primer Informe*, cit., p. 69.

recogido en las constituciones nacionales, como tampoco hasta hace poco tiempo en declaraciones o convenciones internacionales, sin que para ello sea un obstáculo la comprobación de que esa podría ser muy bien una de las *rationes legis* en los ordenamientos jurídicos que han prohibido la clonación reproductiva. De todos modos, los Estados parte –entre ellos el Estado Español– en el Convenio sobre «Derechos Humanos y Biomedicina» del Consejo de Europa, encontrarán en él, desde el momento en que entre en vigor –en España ocurrió el 1º de enero de 2000– en los derechos internos, un precioso instrumento para la identificación y protección de estos nuevos derechos subjetivos, en cuanto proclama no sólo la protección de la dignidad del ser humano, sino también su *identidad*, así como su integridad (art. 1º), que debe extenderse a la identidad y a la integridad genéticas, objeto ésta de regulación específica por el propio Convenio, en su artículo 13¹⁸.

2. Por consiguiente, una vez perfilada la identidad del ser humano como un derecho subjetivo, de cuya valoración objetiva podría deducirse un bien digno de protección por el Derecho, estamos en condiciones de extraer una derivación de la propia naturaleza de la condición humana, basada en la dignidad y en la afirmación del ser humano como ente con autonomía moral. Pero, ¿dónde radica entonces materialmente lo pernicioso del atentado a la identidad e irrepetibilidad a la que tendría derecho cada individuo?

Debemos acudir a la aguda perspicacia de Jonas para profundizar en esta idea, para quien la cuestión ética consiste en saber qué significa *ser* un clon para el propio sujeto afectado: «El hecho sencillo y sin precedentes es que el –hipotético– clon sabe (o cree saber) *demasiado* de sí mismo, y otros saben (o creen saber) demasiado de él. Ambos hechos, el propio y supuesto ya-saber y el de los otros, son paralizantes para la espontaneidad de su *llegar a ser 'él mismo'*, y el segundo hecho también para la autenticidad del trato de otros con él»¹⁹. «Da igual que el supuesto saber sea verdadero o falso (y hay buenas razones para suponer que es esencialmente falso *per se*): es pernicioso para la obtención de la propia iden-

¹⁸ Recuérdese que, según el Convenio: «Las Partes en este Convenio protegerán la dignidad e identidad de todo ser humano y garantizarán a toda persona, sin discriminación, el respeto de su integridad y demás derechos y libertades fundamentales con respecto a las aplicaciones de la biología y de la medicina» (art. 1º). A este respecto, el *Explanatory Report* del Convenio indica que «se ha comprobado que hay un principio generalmente aceptado según el cual la dignidad humana y la identidad de la especie humana deben ser respetados desde el comienzo de la vida». Bien que la identidad a que alude este artículo 1º en primer término es más bien individual, y sólo en un segundo término podría deducirse la de la especie.

¹⁹ Hans JONAS, *Técnica, Medicina y Ética. La práctica del principio de responsabilidad*, Ed. Paidós, Barcelona, 1997, p. 127.

tidad. Porque lo existencialmente significativo es que la persona clonada *piensa* –tiene que pensar– que no es lo que ‘es’ objetivamente, en el sentido sustancial del ser. En resumen: al producto de la clonación se le ha robado de antemano *la libertad*, que sólo puede prosperar bajo la protección de la ignorancia. Robar premeditadamente esta libertad a un futuro ser humano es un crimen inexpiable, que no puede ser cometido ni una sola vez»²⁰. El propio Jonas reconoce que esto no ocurre con los gemelos monocigóticos, puesto que viven simultáneamente una situación («es en cada caso un ‘novum’ del que nadie sabe») ²¹, y podría ser igualmente predicable de los gemelos fruto de una partición artificial que nacen de un embarazo simultáneo. En resumen, la idea central de Jonas se asienta en la concatenación de conocimiento-ignorancia-libertad, donde el derecho a la ignorancia se presenta como un bien, y que él identifica como una nueva teoría ética. Este derecho ya hizo su aparición hace años, precisamente en el contexto de las investigaciones genéticas (p. ej., en relación con los análisis predictivos de enfermedades monogénicas), como la expresión de un derecho a no saber, ha encontrado ya reconocimiento jurídico formal²² y es reconducible a la esfera de la protección de la intimidad del ser humano²³.

De todos modos, recuérdese una vez más que el componente biológico –genético– no es el único factor o el más decisivo para la conformación de la personalidad; cada individuo tiene su propia historia que va forjando irrepitiblemente desde el nacimiento –incluso, desde la gestación, apuntan los psicólogos– y en su propio y también irrepitible entorno²⁴. Pero ha de reconocerse el acierto de Jonas al expresar la compulsión hacia un cierto determinismo subjetivo sobre el ser repetido, ya

²⁰ JONAS, *Técnica, Medicina y Ética*, cit., p. 128. Sin embargo, en otro trabajo se expresaba con menor nitidez y acierto: «un hombre clonado de un individuo ya existente ha visto vulnerados sus derechos existenciales fundamentales, concretamente el derecho a no saber de sí mismo, sino encontrarse, abrirse su propio camino, probar sus posibilidades y sorprenderse a sí mismo, etc., en vez de saberse una copia de un ser que ya ha vivido, en el que ya han sido demostradas todas las posibilidades [...] en el caso concreto es un crimen injustificable contra un derecho existencial básico del individuo [...] es un privilegio especial del hombre que cada uno sea su propia personalidad y no una repetida». JONAS, *Técnica, Medicina y Ética*, cit., p. 197. Apunta en el mismo sentido DANIEL SOUTULLO, *De Darwin al ADN*, Talasa Ediciones, Madrid, 1998, pp. 133 y s.

²¹ JONAS, *Técnica, Medicina y Ética*, cit., p. 126.

²² Así, en el Convenio del Consejo de Europa sobre Derechos Humanos y Biomedicina, cit., art. 10.2.

²³ V., p. ej., ROMEO CASABONA, *Questions de droits de l'homme dans la recherche en génétique médicale*, cit., p. 186; el mismo, *Del Gen al Derecho*, cit., pp. 91 y s.

²⁴ JOHN A. ROBERTSON, *The Question of Human Cloning*, «Hasting Center Report», vol. 24, n° 2, 1994, p. 11.

no único²⁵, promovida por la voluntad de terceros (el profesional, el progenitor), lo que no es menos perturbador, y por ello también debe ser evitado mediante el reconocimiento de un derecho a no ser predeterminado por otros, con independencia de lo vana que sea tal pretensión. La Constitución española de 1978, cuando proclama el libre desarrollo de la personalidad como uno de los fundamentos del orden político y de la paz social (art. 10.1), sitúa en este marco la cuestión.

Yendo más lejos en la especulación hipotética, algo semejante sucedería con la utilización de otros procedimientos genéticos con cualquier finalidad de selección de la raza, creación de seres humanos «especializados» u homúnculos: al dar origen teóricamente a una pluralidad de seres idénticos, se atentaría tanto contra la identidad e irrepetibilidad como contra la integridad genética de los individuos así nacidos, en cuanto que ésta también habría sido manipulada y –o al menos– seleccionada. Como se ve, algunas de estas posibilidades ponen en cuestión el resurgimiento del pensamiento eugenésico en manifestaciones no directamente vinculadas con la búsqueda de la mejora de la salud de los futuros individuos, sino con propósitos racistas absolutamente censurados por la conciencia universal²⁶.

3. Por otro lado, la clonación verdadera atenta al mismo tiempo contra el derecho del futuro hijo a tener un padre y una madre genéticos, de los cuales puede llegar a ser privado el nacido de forma deliberada. Esto se agrava todavía más cuando quien solicita la clonación es una persona sola, esto es, cuando no se trata de una pareja, pues supone una amenaza al entorno familiar idóneo, al privársele también de la paternidad o maternidad social. El ser humano siempre ha mostrado una intensa inquietud por conocer su origen biológico (su padre y su madre), y, aunque obviamente carecemos de información respecto a la clonación, es de suponer que podría convertirse en ansiedad la frustración absoluta de tal conocimiento por carecer biológicamente de alguno de sus progenitores, sin perjuicio de que pueda llegar a conocer su origen genético, situado entonces en una generación anterior (el padre y la madre de la persona

²⁵ A este respecto, apunta también Jonas: «Así que no importa si la réplica del genotipo significa realmente repetición del esquema vital: el donante fue elegido con tal idea, y esa idea actúa tiránicamente sobre el sujeto. Tampoco se trata de cuál es la verdadera relación entre naturaleza innata y educación en la formación de una persona y de sus posibilidades: su interrelación está falsificada de antemano porque el sujeto y el entorno han recibido 'instrucciones' para la representación». JONAS, *Técnica, Medicina y Ética*, cit., p. 128.

²⁶ V. al respecto, Carlos M. ROMEO CASABONA, *Health and Eugenics practices: Looking Towards the Future*, en «European Journal of Health Legislation», vol. 5, n° 3, 1998, pp. 241 y ss.; el mismo, *El Derecho Penal ante el racismo y la eugenesia*, en «Eguzkilore», Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, n° 11 Extraord., 1997, pp. 105 y ss.

que solicita la clonación verdadera, siendo éste último su hermano genético).

En cualquier caso, lo que le interesa al Derecho (art. 39 de la Constitución española)²⁷ es garantizar la protección integral de los hijos y es indudable que a ésta contribuye de modo relevante el que la ley asegure, en la medida de lo posible, que el hijo tenga también un padre y una madre biológicos²⁸, pero no que permita precisamente lo contrario, sin perjuicio del efecto paliativo de que esa carencia y otras que lleguen a ocurrir (fallecimiento o abandono de los padres, privación de la patria potestad) puedan ser suplidas por el aseguramiento de una maternidad y de una paternidad sociales o legales²⁹.

Sin embargo, a pesar de estas apreciaciones, no parece que por sí mismas justificaran en todos los casos su prohibición, y todavía menos su incriminación, teniendo en cuenta, por otro lado, la adaptabilidad del ser humano a nuevas situaciones, que no tendrían que ser necesariamente vividas de forma traumática o angustiosa.

Por supuesto, esta objeción no es aplicable a la llamada gemelación artificial, dado que los embriones resultantes a través de ella son portadores de la dotación genética de un ovocito y de un espermatozoide; ni tampoco a la transferencia de un núcleo procedente de un ovocito a otro previamente enucleado que posteriormente será fecundado por un espermatozoide (p. ej., con el objetivo de evitar la transmisión de alguna enfermedad de origen mitocondrial). Es decir, que en ambos casos se asegura un padre y una madre genéticos, al ser fruto de una reproducción sexual.

²⁷ V. sobre ello, el Comité de Expertos sobre Bioética y Clonación, *Informe sobre clonación. En las fronteras de la vida*, cit., pp. 176 y ss.

²⁸ Sin embargo, el Tribunal Constitucional español, en su sentencia de 19 de junio de 1999, sobre el recurso de inconstitucionalidad presentado contra la Ley 35/1988, sobre Técnicas de Reproducción Asistida, afirmó que el derecho a fundar una familia no prejuzga la concepción de ésta, pudiendo, por tanto, ser monoparental, por consiguiente, no siendo contraria a la Constitución la aplicación de técnicas de reproducción asistida a una mujer sola –sin pareja–, sea fértil o estéril, incluso aunque se vea comprometida la posibilidad de que el hijo no tenga un padre, no sólo biológico, sino también legal, conclusión que no comparto, aunque sí sus premisas, según expuse en mi obra, a cuya argumentación de entonces me remito, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, cit., pp. 233 y ss.

²⁹ V. BELLVER CAPELLA, *Consideraciones filosófico jurídicas en torno a la clonación para la reproducción humana*, «cit.», p. 48; el mismo, *¿Clonar? Ética y derecho ante la clonación humana*, cit., p. 86.

3.3. La concurrencia de otros intereses en conflicto

A lo largo de los epígrafes anteriores se ha intentado deducir los bienes jurídicos de carácter individual (prescindimos ahora de la consideración de su posible proyección supraindividual) que por su indiscutible importancia y por la gravedad de la agresión que genera la clonación (al menos en los dos primeros supuestos analizados), podrían merecer incluso una protección específica por parte del Derecho Penal, tipificando para ello como delito, si fuera necesario, la clonación humana reproductiva. Sin embargo, si parece indudable que el ordenamiento jurídico debe proteger estos bienes jurídicos –sea o no a través del Derecho Penal– no lo es menos que es también legítimo e inevitable traer a la discusión otros intereses distintos a los del futuro hijo que podrían estar en juego y entrar en colisión con aquéllos, aplicando para su resolución el criterio de la ponderación de todos los intereses implicados, e identificando para ello la diferente valoración que a unos y otros otorga el ordenamiento jurídico. Prescindimos ahora de la objeción general ya apuntada de la falta de seguridad de estas técnicas si se aplicasen al ser humano y de los graves riesgos que podrían comportar en la actualidad y en un futuro próximo para los seres nacidos a través de ellas.

1. El único interés que surge ahora y parece atendible en relación con la clonación humana con fines reproductivos sería el posible derecho de una pareja a recurrir a ella como remedio a su infertilidad o esterilidad patológicas. Los poderes públicos deben proteger la salud de los ciudadanos, facilitando el acceso a los recursos que puedan prevenir o tratar enfermedades, y especialmente en el ámbito internacional, se proclama el derecho a participar de los avances científicos y tecnológicos. Pero, asimismo, incluso aquí son concebibles limitaciones, puesto que ya no se trataría de atender al contenido esencial de un derecho fundamental: la libertad de procreación en el ámbito de la intimidad de la pareja. Y puesto que en este caso surgen primariamente como intereses oponibles los de los hijos ya mencionados, en relación con los cuales se implica directamente a sus propios procesos vitales, sólo sería aceptable el recurso a la clonación cuando éstos no se vieran gravemente comprometidos.

Partiendo ya de que presenta unas características especiales que la apartan de las formas de clonación consideradas en sentido estricto (la paraclonación y la clonación verdadera), la gemelación artificial no parece en sí misma rechazable bajo ciertas condiciones y procedimientos, puesto que, en sentido estricto, no supone –o siempre que no suponga– replicar a un ser preexistente –vivo o muerto–, afectando a su identidad, ni se busca o pretende una predeterminación del hijo en los términos expuestos, como tampoco privarle de un padre y madre genéticos, pues éstos serán conocidos, sino emular a la naturaleza respecto a los gemelos

monocigóticos, y hasta es posible que no se produzca este resultado. Por consiguiente, ni ética ni jurídicamente debería haber reproche alguno a este procedimiento, siempre que asegure el nacimiento de un solo niño o de varios de un mismo embarazo (identidad espacial-temporal del nacimiento).

No obstante, continuaría pendiente una objeción, que podría ser resuelta mediante un procedimiento técnico: el destino de los embriones sobrantes no dispuestos para el primer alumbramiento. En efecto, éstos no podrían ser utilizados para embarazos posteriores de la misma madre o de una tercera, dado que, de proceder así, se enfrentaría con varios problemas: primero que los hijos nacidos con posterioridad ya no serían únicos y de este modo se infringiría la prohibición que pesa sobre la clonación reproductiva. En segundo lugar, de no ser destinados a la procreación, se plantearía la cuestión del posible destino alternativo de estos embriones, es decir, la investigación o su destrucción³⁰. Desde el punto de vista jurídico el hecho podría ser sancionable en aquellos ordenamientos que prohíben la creación de embriones con fines distintos a la procreación humana, puesto que desde el momento en que se procediera a la gemelación artificial se tendría conciencia –dolo, de concurrir un tipo penal– de que alguno o algunos de los embriones no podrían ser destinados a la procreación. Por consiguiente, habría que salvar esta objeción o bien gemelando sólo los que fueran transferidos en el primer intento –es decir, evitando obtener más embriones con el fin de evitar tener que congelarlos– o utilizando el procedimiento que consiste en obtener varios embriones, que serían crioconservados, e ir transfiriendo todos los embriones procedentes de la gemelación de uno solo de ellos, de forma que no quedara ninguno sobrante, e ir repitiendo la técnica hasta lograr el embarazo a término.

Admitida esta posibilidad, más como recurso especulativo sobre los mecanismos del discurso ético y jurídico, deberían ponderarse los riesgos de desviaciones graves a que puede dar lugar³¹ hacia otras formas de clonación o, sobre todo, con otros propósitos, salvo que fuera posible discriminar de forma efectiva las técnicas admisibles de las prohibidas, lo que legalmente ni es fácil ni se ha llegado a admitir, por lo demás, en los instrumentos jurídicos que han prohibido la clonación. Estos aspectos, en todo caso superables, así como la disponibilidad en la actualidad de otras alternativas reproductivas médicamente asistidas (incluida la

³⁰ Plantea esta objeción, BELLVER CAPELLA, *Consideraciones filosófico jurídicas en torno a la clonación para la reproducción humana*, cit. 61.

³¹ V. Juan Felipe HIGUERA GUIMERA, *Consideraciones jurídico-penales sobre las conductas de clonación en los embriones humanos (I)*, en «Revista de Derecho y Genoma Humano», n° 1, 1994, pp. 70 y s.

donación de gametos y de embriones), habrían de ser asimismo atendidas en la ponderación final del coste-beneficio de permitir este procedimiento por el hipotético legislador.

Por otros motivos más de fondo, también suele rechazarse en algunos sectores la gemelación artificial como procedimiento de ayuda en la reproducción humana, por estimar que implica en todo caso una instrumentalización del ser o seres así nacidos³², bien que tal afectación –instrumentalización– real es cuando menos muy dudosa o al menos no se llega a comprender en qué podría consistir.

2. La clonación reproductiva podría querer justificarse también con el fin de *prevenir la transmisión de enfermedades hereditarias al futuro hijo*, es decir, procurando su propio bienestar³³. Esta posibilidad en cuanto tal, no ofrece insalvables objeciones desde el punto de vista moral, puesto que se trataría de poner esta técnica al servicio de la salud del futuro hijo, y tampoco comportaría una merma en la función de protección de bienes jurídicos por parte del Derecho. Sin perjuicio de algunos dilemas éticos que subyacen (como que el hijo carecería genéticamente de uno de los progenitores, aunque legalmente sí existirían ambos, salvo que se aplicase la técnica a una mujer sola), y desde el principio de mínima intervención del Derecho sancionador (penal o administrativo), los reparos a esta técnica son muy similares a los que suscita la llamada terapia en la línea germinal, y en gran medida coinciden con los reparos generales –y con sus posibles consecuencias jurídicas– que se han mencionado más arriba (los riesgos de la técnica en sí para el propio hijo). Por lo demás, ha sido casi unánime el rechazo de la intervención genética en la lí-

³² De este criterio, el Group of Advisers on the Ethical Implications of Biotechnology, de la Comisión Europea, en su *Opinion on Human Embryo Research*, de 23 de Noviembre de 1998 («...plantea serios dilemas éticos, relacionados con la responsabilidad humana y la instrumentalización de seres humanos», punto 1.18; en el punto 2.7, insiste en su objeción ética). En un reciente Dictamen sobre el mismo asunto (la investigación con embriones), todavía no disponible, este Grupo adopta una postura más aperturista. Así parece ser también el criterio del Comité Director de Bioética del Consejo de Europa, en su Informe Explicativo, pues entiende que incluso si en el futuro se pudiese en teoría concebir una situación que pareciera excluir la instrumentalización de seres humanos clonados artificialmente, ello no podría ser considerado un argumento suficiente para justificar éticamente la donación de seres humanos, y, dado que una recombinación genética natural puede ofrecer al ser humano una libertad mayor que una composición genética predeterminada, es interés de cada uno conservar el carácter esencialmente aleatorio de la composición de sus propios genes. V. también de este parecer, BELLVER CAPELLA, *Consideraciones filosófico jurídicas en torno a la clonación para la reproducción humana*, cit., pp. 49 y ss.; el mismo, *¿Clonar? Ética y derecho ante la clonación humana*, cit., pp. 88 y ss.

³³ V. Comité de Expertos sobre Bioética y Clonación, *Informe sobre clonación. En las fronteras de la vida*, cit., pp. 143 y ss.

nea germinal o que altere el genoma de la descendencia³⁴. Por consiguiente, a pesar de los potenciales beneficios que comportaría para la futura descendencia, también aquí parece recomendable una moratoria por el momento, lo cual no impide pensar en su admisibilidad en el futuro, ponderando los diversos aspectos implicados, y asumiendo las reformas legislativas oportunas de los derechos internos e, incluso, de los instrumentos jurídicos internacionales que hoy condenan la clonación sin ningún tipo de diferenciación o matización.

De las anteriores objeciones se sustraería la técnica consistente en transferir el núcleo del óvulo de una mujer (madre genética y biológica) al óvulo enucleado de una tercera mujer (donante) para fecundarlo con semen, del marido o pareja de la primera o de un donante, a la que finalmente se transferirá el embrión resultante con el fin de que lleve a cabo la gestación. No se trata en realidad de una técnica de clonación, sino que es otra distinta que también recurre a la transferencia de núcleos. Con esta técnica se pretende evitar que la madre transmita a su hijo alguna enfermedad de la que es responsable el ADN mitocondrial de aquélla, pues al estar situado en el citoplasma el hijo heredará este ADN mitocondrial de la mujer donante del óvulo enucleado y receptor del núcleo. En realidad el hijo no será idéntico a ningún otro individuo anterior o coetáneo, y tendrá la dotación genética que se corresponde con la reproducción sexual, esto es, del padre y de la madre, con la particularidad de que las mitocondrias de sus células serán de una tercera persona (la mujer donante), sin que el genotipo resultante que dará lugar al fenotipo tenga una influencia significativa de aquélla, de acuerdo con el conocimiento científico actual. Se apuntan como alternativas la transferencia al óvulo de la madre de mitocondrias ajenas sanas o de todo el citoplasma, pero la valoración no parece que debiera variar significativamente. En ambos casos se trata de técnicas más bien próximas al trasplante de tejidos o de órganos, aunque podría tratarse de manipulaciones genéticas, que podrían constituir ya delito si no persiguen fines terapéuticos como los descritos (art. 159 del Código Penal español).

No carece de relevancia para la valoración global de la clonación y de cada uno de sus dilemas éticos en particular el hecho de que los problemas reales que pretenderían ser superados con la clonación reproductiva, esto es, combatir la infertilidad o prevenir la transmisión de enfermedades hereditarias, no constituyen situaciones vitales para los individuos afectados (sin perjuicio de que ellos puedan sentirlos como tales), sino que están vinculadas con la posibilidad de tener descendencia, en su caso

³⁴ V. en este sentido el Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina, cit., art. 13, y la Declaración de la UNESCO sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos, art. 26.

sana. A este respecto las técnicas de reproducción asistida ofrecen alternativas por lo general aceptables, por lo que son más recomendables las actitudes prudentes, que bien podrían reflejarse en el establecimiento de moratorias mientras se encuentran otras soluciones técnicas alternativas menos comprometidas y se resuelven los dilemas éticos implicados.

Como reflexión final sobre esta cuestión, digamos que únicamente cuando estuviera en serio peligro la supervivencia de la especie humana –hipótesis excepcional sólo imaginable ante una catástrofe de magnitud universal– los intereses individuales podrían verse subordinados a la protección de aquélla.

4. El delito de clonación y otros procedimientos para la selección de la raza en el Derecho penal español

De acuerdo con lo que apuntábamos más arriba, el CP de 1995 ha recogido como delito la clonación humana reproductiva, en los términos que se verán a continuación. Esta conducta ya figuraba como infracción administrativa en la ley 35/1988, de 25 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida.

Dice así el art. 161.2: «Con la misma pena [prisión de uno a cinco años e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio de seis a diez años] se castigarán la creación de seres humanos idénticos por clonación u otros procedimientos dirigidos a la selección de la raza».

4.1. Valoración político-criminal

A pesar de sus defectos y de las críticas político-criminales que se harán más abajo, ha de valorarse favorablemente la introducción del primero de estos tipos delictivos, al menos en el momento actual. En efecto, destacan sus previsibles efectos preventivos frente a ciertas líneas de investigación y de experimentación, más que a los hechos penados en sí mismos, poco factibles en un futuro inmediato, a pesar de los últimos avances obtenidos en mamíferos (paraclonación y clonación verdadera) e incluso en embriones humanos, se dice, no viables (división de embriones o gemelación artificial).

En cualquier caso, la hipótesis de su comisión justifica plenamente la intervención del Derecho Penal, a la vista de la gravedad que presentan las acciones típicas, la inseguridad que generarían estas técnicas en la actualidad, dada la carencia de dominio y control de las mismas si fueran aplicadas al ser humano, y la importancia del bien jurídico que podría ser objeto de protección, como se intentará de esclarecer a continuación. Es en casos como éstos en los que el Derecho Penal ha de potenciar su función preventiva antes que represiva.

4.2. Alcance del delito: ¿un tipo delictivo o dos?

Como vamos a intentar demostrar a continuación, no parece muy acertada la redacción de esta figura delictiva³⁵, lo que obliga a interpretaciones gramaticales, sistemáticas y teleológicas en atención al bien jurídico protegido.

En efecto, el tipo está redactado de forma muy confusa, pues no queda claro cuál es el núcleo de la acción: si la creación de seres idénticos mediante los dos procedimientos que señala el precepto, o esta conducta y la utilización de cualquier procedimiento con fines de selección de la raza³⁶; es decir, si se trata, respectivamente, de un solo tipo con una estructura comisiva alternativa, de modo que bastaría con la realización de una de ellas, pero tan sólo existiría un delito; o, por el contrario, de dos tipos diferentes. La cuestión no es intrascendente, pues de la conclusión que se obtenga dependerá en buena medida la extensión del delito, al tener que despejarse si estamos ante una sola conducta típica o ante dos diferentes.

A favor de la primera interpretación –un solo tipo delictivo con dos conductas alterantivas– entra en juego la omisión de un verbo o sustantivo que expresen con claridad una acción diferenciada para el segundo inciso (p. ej., «utilizar» o «la utilización de»); añadiendo a esto que la preposición «u» sugiere una alternatividad de los medios para la creación de seres idénticos: por clonación o por cualquier otro procedimiento, quedando todavía por dilucidar el alcance del elemento subjetivo, el fin de selección de la raza, pues tampoco está claro si alcanza a ambos comportamientos –con lo que la extensión del delito se reduce drásticamente– o sólo al segundo. La segunda interpretación posible viene inducida por el empleo del verbo «castigar» en plural («se castigarán»), que alude de forma inequívoca a dos conductas diferentes, además de la

³⁵ V. José Luis DE LA CUESTA ARZAMENDI, *Los llamados delitos de «manipulación genética» en el nuevo Código Penal español de 1995*, «Revista de Derecho y Genoma Humano», n.º 5, 1996, p. 51; Carlos María ROMEO CASABONA, *Genética y Derecho Penal: los delitos de lesiones al feto y relativos a las manipulaciones genéticas*, «Derecho y Salud», vol. 4, 1996 pp. 156 y ss.; P. SILVA SALCEDO, *La protección penal del embrión humano preimplantatorio* (tesis doctoral inédita); JON M. LANDA GOROSTIZA, *Discriminación y prácticas eugenésicas: una aproximación al problema desde la perspectiva jurídico-penal con especial referencia al artículo 161-2º in fine del Código Penal de 1995*, en «La eugenesia hoy» (C. M. ROMEO CASABONA, Ed.), Cátedra Interuniversitaria Fundación BBV - Diputación Foral de Bizkaia de Derecho y Genoma Humano, Universidad de Deusto y Universidad del País Vasco - Ed. Comares, Bilbao - Granada, 1999, p. 332.

³⁶ Disyuntiva que también menciona Ignacio F. BENÍTEZ ORTÚZAR, *Aspectos jurídico-penales de la reproducción asistida y la manipulación genética*, EDERSA, Madrid, 1997, 475; el mismo, *Delitos relativos a la reproducción asistida*, en J. Vidal Martínez (Coord.), «Derechos reproductivos y técnicas de reproducción asistida», Ed. Comares - Ministerio de Sanidad y Consumo, Granada, 1998, pp. 153 y ss. (227 y ss.).

omisión de una segunda preposición «por» inmediatamente antes de «otros procedimientos», que permitiría establecer mejor una unidad descriptiva de la acción. En fin, la mera posibilidad especulativa de ambas interpretaciones denuncia ya los deplorables y graves defectos en que ha incurrido el legislador al plasmar éste y la mayor parte de los demás delitos relativos a la manipulación genética, ya en sí mismos tan complejos, con el consiguiente perjuicio para el principio de taxatividad y la seguridad jurídica.

Siendo aparentemente admisibles ambas interpretaciones, parece más viable la segunda –dos tipos diferenciados–³⁷, que es más amplia, dada la gravedad de estas conductas, además de que la creación de seres idénticos por clonación no supone necesariamente que se tenga que perseguir siempre como objetivo la selección de la raza, sino otros meramente reproductivos, aunque desviados a juicio del legislador, sin perjuicio de que una vez «seleccionada» una raza sea la clonación el procedimiento idóneo para la repetición o reproducción en serie de la selección obtenida. Por otro lado, la primera interpretación (una sola acción: la creación de seres idénticos; dos procedimientos: por clonación u otros procedimientos) implicaría necesariamente admitir que los otros procedimientos dirigidos a la selección de la raza son idóneos para crear seres idénticos, y, por el momento, este resultado sólo es concebible por medio de las técnicas de clonación hoy conocidas. La ayuda definitiva para el criterio apuntado podemos obtenerla de la Disposición final tercera del propio Código Penal, que deroga varias infracciones administrativas de la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida, en concreto, en relación con el caso que estamos examinando, las contenidas en las letras «k» y «l» del art. 20. B. 2³⁸: crear seres humanos idénticos, por clonación u otros procedimientos dirigidos a la selección de la raza; y la creación de seres humanos por clonación en cualquiera de las variantes o cualquier otro procedimiento capaz de originar varios seres humanos idénticos. No es que el legislador haya utilizado precisamente una técnica preciosa y depurada con la redacción de esta ley de 1988, cuyos términos

³⁷ A la misma conclusión, BENÍTEZ ORTÚZAR, *Aspectos jurídico-penales de la reproducción asistida y la manipulación genética*, cit., 476; LANDA GOROSTIZA, *Discriminación y prácticas eugenésicas*, cit., p. 333; ROMEO CASABONA, *Genética y Derecho Penal: los delitos de lesiones al feto y relativos a las manipulaciones genéticas*, cit., p. 175; ALFONSO SERRANO GÓMEZ, *Derecho Penal. Parte Especial*, 5ª ed., Dykinson, Madrid, 2000, p. 142. Parece apuntar a un solo tipo delictivo, LUIS GRACIA MARTÍN, en J. L. DIEZ RIPOLLES –L. GRACIA MARTÍN– P. LAURENZO COPELLO, *Comentarios al Código Penal. Parte Especial, I*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 691.

³⁸ Otras relaciones entre estas infracciones suprimidas y el art. 161.2 del CP son abordadas por BENÍTEZ ORTÚZAR, *Aspectos jurídico-penales de la reproducción asistida y la manipulación genética*, cit., 474 y s.

de confusión encuentran aquí uno de sus mayores y no aislados logros. Pero, con todo, vamos a intentar ofrecer una interpretación lo menos incoherente posible.

En efecto, en la línea interpretativa propuesta, la supresión de la segunda infracción administrativa sugiere que no toda clonación ha de ir dirigida a la selección de la raza, asumiendo para ello que dicha supresión se justifica porque el comportamiento queda ya integrado en este tipo penal; de lo contrario, se hubiera –o debiera haberse– mantenido como infracción administrativa en la ley indicada. Por consiguiente, con la derogación de estas infracciones el legislador ha querido salvar el principio *ne bis in idem* (es decir, evitar una duplicidad punitiva, penal y administrativa, por el mismo hecho), de modo que han sido suprimidas las infracciones administrativas que han pasado a convertirse en delito en el Código Penal. Esto significa, como se propone, que ha de entenderse que ambas infracciones, que presentaban un contenido diferente (de lo contrario, no tendría sentido su repetición como infracciones separadas), aunque próximo, han sido absorbidas por la figura delictiva que estamos analizando.

La primera infracción administrativa prohibía la creación de seres idénticos por clonación o por otros procedimientos con el fin de seleccionar la raza; y la segunda la creación de seres idénticos por similares procedimientos (clonación y «otros») con cualquier otra finalidad, por ejemplo, una meramente reproductiva en sus diversas variantes y propósitos. Si se han suprimido tales infracciones de aquella ley significa que ambas han de estar integradas –aunque con escaso acierto– en el nuevo delito. De lo contrario, habría que concluir que la creación de seres idénticos con una finalidad distinta a la selección de la raza sería lícita, pues no sería delito ni tampoco infracción administrativa, dado que en este caso la finalidad específica –la selección de la raza– presidiría el hecho delictivo; pero la gravedad de éste no se compadece con esta conclusión, como tampoco el que hayan sido suprimidas ambas infracciones (por coherencia se habría mantenido la segunda), por lo que debe ser rechazada. De este modo el plural de «se castigarán» adquiere pleno sentido, a pesar de su imperfección, pues alude a la integración en el CP de las dos infracciones administrativas suprimidas en otros dos tipos delictivos.

En resumen, aunque el tipo delictivo coincide en su redacción con la primera infracción administrativa derogada (salvo una significativa coma, que ha sido eliminada, por los motivos acabados de mencionar: dar lugar a dos tipos delictivos)³⁹, debe entenderse que, por un lado, se

³⁹ Alude también a ello, BENÍTEZ ORTÚZAR, *Aspectos jurídico-penales de la reproducción asistida y la manipulación genética*, cit., 475, nota 1012; el mismo, *Delitos relativos a la reproducción asistida*, cit., 228, nota 178.

recoge la creación de seres idénticos por clonación con cualquier fin (indudablemente, también la selección de la raza), fin que no está abarcado por el tipo y, por tanto, es indiferente cuál sea el motivo o el propósito perseguido; y, por otro, la utilización de cualquier procedimiento dirigido a la selección de la raza, con el contenido que desentrañaremos más abajo⁴⁰. Téngase en cuenta que el único procedimiento actualmente conocido en hipótesis para crear seres humanos idénticos es la técnica de la clonación, y aunque la selección de la raza presupondría por lo general la configuración de individuos con semejantes características fenotípicas, el fin de selección de la raza no incluye en el tipo que tal resultado llegue a producirse (delito de intención de resultado cortado): como decíamos más arriba, una vez conseguido un «ejemplar» con ciertas características diferenciadas de los demás seres humanos (de otra «raza») por cualquier procedimiento, será necesaria la clonación para la repetición de otros individuos genéticamente idénticos.

Como consecuencia de las consideraciones precedentes, y una vez aceptada como más viable y acertada la solución que propugna la existencia de dos tipos independientes, debe rechazarse igualmente una tercera interpretación que podría aventurarse, que consiste en que el segundo tipo aludiría a «la creación de seres humanos idénticos... por otros procedimientos dirigidos a la selección de la raza». Y debe rechazarse, porque gramaticalmente resulta más forzada, pero, sobre todo, porque restringiría excesivamente el ámbito del tipo, al dejar excluidas del mismo las conductas que hipotéticamente serían más próximas en el tiempo (la utilización de cualquier procedimiento), y previas al logro de la creación de seres humanos idénticos con esa finalidad; de modo que el Derecho Penal pueda satisfacer más eficazmente su función preventiva.

El legislador debería revisar tanto las Leyes de 1988 como el Código Penal, aunque sólo fuera para mejorar su redacción⁴¹, sin entrar por el momento en otras no menos importantes consideraciones políticocriminales.

⁴⁰ A la misma conclusión llega la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, *Primer Informe*, cit., p. 76 y s.

⁴¹ Otro defecto, p. ej., se refiere a «la misma pena se impondrá», cuando en el párrafo anterior se mencionan dos cumulativas; salvo que lo erróneo se encuentre en otros preceptos, que en un supuesto similar hacen una remisión en plural (p. ej., art. 197.2; a la inversa, el art. 195.2 efectúa una remisión en plural cuando en el párrafo anterior no cabe duda de que la pena es única). Todos ellos son ejemplos del repetido descuido del legislador, lo que obliga a manejar con cautela el procedimiento interpretativo gramatical.

4.3. El bien jurídico

El bien jurídico protegido presenta varias proyecciones y requiere un examen autónomo de los dos tipos delictivos establecidos⁴².

En el primer tipo delictivo se protege de forma directa la identidad e irrepitibilidad del ser humano⁴³, de cada individuo nacido clónico de otro (sobre esto volveremos más abajo), así como, en algunas modalidades de clonación, la doble progeñe biológica (padre y madre). Se trata, por consiguiente, de un bien jurídico de carácter individual⁴⁴.

En el segundo tipo delictivo la identificación del bien jurídico protegido presenta mayores dificultades. Con los procedimientos de selección

⁴² Como tendremos ocasión de comprobar más abajo, algunos autores, quizá debido a que consideran que el tipo está constituido por una sola acción –hipótesis que nosotros hemos descartado–, apuntan a un bien jurídico plural, individual y colectivo (identidad e irrepitibilidad del ser humano e intangibilidad del patrimonio genético). Lo que no parece acertado, al menos *de lege lata*, es considerarlos de significado equivalente. Aquel punto de partida ha dado lugar también a discrepancias doctrinales sobre si se trata de un delito de peligro abstracto o de resultado material. A ello trataremos dar respuesta más abajo.

⁴³ En este sentido, ya ROMEO CASABONA, *Límites penales de las manipulaciones genéticas*, cit., p. 206. De criterio semejante, BENÍTEZ ORTÚZAR, *Aspectos jurídico-penales de la reproducción asistida y la manipulación genética*, cit., 477 («se enmarca en el natural desarrollo evolutivo de la especie humana, centrándose específicamente en la propia identidad genética de cada uno de los individuos que forman o van a formar la comunidad constituida por la especie humana»); DE LA CUESTA ARZAMENDI, *Los llamados delitos de «manipulación genética» en el nuevo Código Penal español de 1995*, cit., p. 68; José Luis GONZÁLEZ CUSSAC, en TS VIVES ANTON y otros, *Comentarios al Código Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 831, añadiendo la inalterabilidad e intangibilidad del patrimonio genético humano, aunque considera la vida prenatal como bien jurídico genérico protegido por el conjunto de delitos agrupados en el Título sobre la manipulación genética; GRACIA MARTÍN *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, cit., p. 689; HIGUERA GUIMERÁ, *El Derecho Penal y la Genética*, Trivium, Madrid, 1995, pp. 247 y ss, si bien como concreciones de la dignidad humana; LORENZO MORILLAS CUEVA, *Curso de Derecho Penal Español, Parte Especial, I* (M. Cobo del Rosal, Dir.), Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 181; FRANCISCO MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, 12ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, 145; JAIME M. PERIS RIERA, *La regulación penal de la manipulación genética en España*, Civitas, Madrid, 1995, p. 179; CARLOS SUÁREZ GONZÁLEZ, en G. RODRIGUEZ MOURULLO (Dir.) y A. JORGE BARREIRO (Coord.), *Comentarios al Código Penal*, Civitas, Madrid, 1997, p. 457. Sin embargo, José Manuel VALLE MUÑOZ, en G. QUINTERO OLIVARES (Dir.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 2ª ed., Aranzadi, Pamplona, 1999, p. 132, parece identificar la inalterabilidad e intangibilidad del patrimonio genético humano con «el derecho a la propia identidad del ser humano». Para SERRANO GÓMEZ, *Derecho Penal, Parte Especial*, cit., p. 142, el primer valor que se protege es el de la dignidad humana. JOAN J. QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho Penal Español. Parte Especial*, 3ª ed., Librería Bosch, Barcelona, 1996, p. 54, apunta a la dignidad de las personas individualmente consideradas como el futuro de la especie humana, tal y como la entendemos hoy.

⁴⁴ Sobre qué deba entenderse por identidad e irrepitibilidad del ser humano y cómo puede verse comprometida por la clonación –muy relativamente–, véase lo dicho más arriba.

de ciertos caracteres biológicos se están predeterminando dichos caracteres de los individuos que nazcan de este modo. Es decir, al menos como un primer paso, supone la finalidad de crear individuos distintos a otros preexistentes, a diferencia de la clonación, con algún rasgo nuevo o potenciado (o, tal vez, con la carencia de algún otro); cierto que la selección de la raza implica como paso ulterior la perpetuación del resultado obtenido, mediante replicación –clonación– u otro procedimiento (p. ej., la reproducción natural de estos individuos). Por consiguiente, se está afectando de algún modo a la integridad genética de la especie humana, con un propósito eugenésico⁴⁵ y racista y, en consecuencia, con una potencialidad discriminatoria⁴⁶. A ello quiere aludir la referencia a la intangibilidad del patrimonio genético⁴⁷, no ya del posible individuo afectado, sino de lo que genéticamente es característico del ser humano en general, incluso aunque la acción no comporte en sentido estricto ninguna manipulación genética. Con este entendimiento el bien jurídico presenta en primer lugar una dimensión colectiva, pues la utilización de cualquier procedimiento con tales propósitos da lugar ya a la existencia del delito, consumado, incluso aunque no llegue a nacer ningún individuo con las características propuestas por el sujeto activo del delito. Si, efectivamente, llega a producirse algún nacimiento se habrá atentado también contra la identidad o irrepetibilidad, según los casos, de ese individuo. Bien es cierto también que ese plus no aparece abarcado por el tipo, ni se refleja en la pena, sin perjuicio de aplicar un concurso de delitos con el de clonación y/o con el de manipulaciones genéticas, si se realizan las respectivas acciones típicas. Por todo lo anterior, *de lege ferenda*, la pena debería ser mayor en este delito que en el de clonación, en el caso de que debiera mantenerse, cuestión a la que nos referiremos más adelante.

Tampoco debe olvidarse la importancia de la variabilidad genética, como garante, a largo término, de la supervivencia de las especies, en este

⁴⁵ En el sentido amplio de la expresión, de fomento no terapéutico de ciertos rasgos biológicos, aunque no contribuyan a –ni se persiga– la mejora de la especie. Apunta también a la posible motivación eugenésica, Juan Ramón LACADENA, *Delitos relativos a la manipulación genética en el nuevo Código Penal español: un comentario genético*, en «Revista de Derecho y Genoma Humano», n.º 5, 1996, pp. 213 y s.

⁴⁶ De forma similar, LANDA GOROSTIZA, *Discriminación y prácticas eugenésicas*, cit., p. 335, cuando alude a «la integridad genética de la especie humana en su aspecto de diversidad racial», lo que le confiere una dimensión pluriofensiva (pp. 335 y s.).

⁴⁷ V. ROMEO CASABONA, *Genética y Derecho Penal: los delitos de lesiones al feto y relativos a las manipulaciones genéticas*, cit., p. 176. También en este sentido, DE LA CUESTA ARZAMENDI, *Los llamados delitos de «manipulación genética» en el nuevo Código Penal español de 1995*, cit., p. 70, quien, acertadamente, marca las relaciones y diferencias con el delito de manipulaciones genéticas del art. 159; similar, VALLE MUÑIZ, *Comentarios a la Parte especial del Derecho Penal*, cit., p. 132.

caso la humana.⁴⁸ Además, ambos delitos presentan una ulterior proyección individual, en cuanto tal lesión comporta al mismo tiempo un atentado a la dignidad de las personas afectadas (en cuanto suponga una intención de predeterminar su personalidad, según se expuso más arriba), en el caso de que llegaran a nacer, si bien esta dimensión no aparece directamente protegida.

El objeto material del delito en ambos tipos delictivos pueden serlo los gametos y los preembriones humanos⁴⁹.

4.4. El tipo

4.4.1. Elementos comunes a ambos tipos delictivos

Sujeto activo del delito puede serlo cualquiera, sin perjuicio de que se requiera una especial cualificación para poder llevar a cabo estas técnicas, lo que de hecho cierra drásticamente el círculo de posibles autores, pero nunca formal o legalmente, pues desde un punto de vista dogmático es un delito común.

Sujeto pasivo del delito lo será el individuo nacido por clonación⁵⁰ o por otros procedimientos. Ahora bien, si el hecho queda en tentativa, admisible, como veremos después, nos encontramos con la situación de que el sujeto pasivo no ha llegado a sustanciarse, y en este caso no podría predicarse tal cualidad del embrión o del feto (piénsese, que aquél puede no llegar a implantarse o que éste puede morir por problemas vinculados con la propia clonación, suceso que podría dejar abierta la puerta al delito de aborto por imprudencia grave, art. 146 del Código Penal).

4.4.2. Creación de seres humanos idénticos por clonación

4.4.2.1. Tipo objetivo

El primer tipo abarca la creación de seres humanos idénticos por clonación. Sin embargo, la expresión de «creación de seres humanos idénticos», plantea diversos problemas interpretativos.

En primer lugar, la expresión es plural ¿Significa ello que el tipo exige que se hayan producido varios individuos clónicos al mismo tiempo o, cuando menos, sucesivamente? Por supuesto que estos casos quedan perfectamente abarcados por el tipo, pero sabemos que técnicamente es

⁴⁸ GRACIA MARTIN, *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, cit., pp. 689 y s., entiendo igualmente que confluye este interés colectivo, pero que constituye tan sólo la *ratio legis* del mismo, lo que comparto.

⁴⁹ BENÍTEZ ORTÚZAR, *Aspectos jurídico-penales de la reproducción asistida y la manipulación genética*, cit., pp. 478 y s.

⁵⁰ Para BENÍTEZ ORTÚZAR, *Aspectos jurídico-penales de la reproducción asistida y la manipulación genética*, cit., p. 478, el sujeto pasivo lo es la comunidad social.

admisible la hipótesis de que nazca un sólo individuo idéntico a otro anterior, vivo o muerto. Para resolver esta cuestión, debemos responder previamente a otra pregunta: han de crearse seres idénticos, pero, ¿idénticos a quién? Puesto que la replicación, «el ser idéntico de», requiere la técnica de la clonación, la identidad se refiere a todo ser del que se es clonado o repetido. Por consiguiente, el tipo incluye no sólo los supuestos de creación de seres clónicos en serie, en un embarazo o en varios sucesivos o simultáneos (varias madres portadoras), que serían idénticos entre sí, sino también cuando se produce tan sólo uno por clonación, pero idéntico a otro preexistente, vivo o muerto.

La segunda cuestión se refiere al alcance de «seres humanos»: ¿incluye a los embriones in vitro?⁵¹ A pesar de los ejemplos que ofrece el derecho comparado a favor de admitir esta posibilidad, varias razones abogan por rechazarla en el nuestro⁵². En primer lugar, lo más lógico hubiera sido mencionarlo expresamente, como ocurre en derecho comparado, cuando así se ha estimado oportuno. En segundo lugar, el contexto de la Ley 35/1988, de donde trae causa el delito, abunda en la exclusión del embrión, tanto por las referencias expresas diferenciadas al mismo o al ser humano,⁵³ cuanto por el sentido de las infracciones administrativas derogadas al incorporarse al Código Penal como delito. En consecuencia, el tipo comporta el nacimiento de uno o varios seres humanos clónicos, y por ello es un delito de resultado material;⁵⁴ obviamente, entre éste y la acción descrita en el tipo deberá existir relación de causalidad.

Por último, queda por dilucidar el alcance de la exigencia típica de la «identidad» de los seres humanos creados por clonación. Se ha objetado aisladamente la insuficiencia o inadecuación de la expresión «idénticos», dado que la identidad genética total no ocurre en todos los casos tenidos como de clonación. No parece que sea éste un obstáculo insalvable para

⁵¹ Téngase en cuenta que esta cuestión interpretativa –la del significado de «seres humanos»– ha sido dejada deliberadamente abierta en el Convenio del Consejo de Europa sobre «Derechos Humanos y Biomedicina», con el fin de dejar mayor libertad a los Estados parte en el mismo, en atención a las previsiones de su derecho interno respectivo.

⁵² V. argumentos similares en DE LA CUESTA ARZAMENDI, *Los llamados delitos de «manipulación genética» en el nuevo Código Penal español de 1995*, cit., p. 69, quien añade, además, el principio de mínima intervención.

⁵³ P. ej., en la infracción de la letra s, del art. 20.2.B: al aludir a la ectogénesis «o creación de un ser humano individualizado en el laboratorio», para lo que, al igual que en el caso al que nos estamos refiriendo, tampoco puede ser suficiente la mera creación de un embrión.

⁵⁴ Así, también, DE LA CUESTA ARZAMENDI, *Los llamados delitos de «manipulación genética» en el nuevo Código Penal español de 1995*, cit., p. 68; GRACIA MARTIN, *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, cit., p. 691.

entender cubiertos todos los supuestos de clonación aludidos, ni siquiera que sea necesario introducir en la ley una precisión semejante a la que incluye el Protocolo del Consejo de Europa sobre clonación⁵⁵, salvo por motivos de mayor claridad. En efecto, lo más característico de la clonación reproductiva es la identidad genética nuclear a que da lugar, y es, por consiguiente, ésta la característica que ha de tomarse como referencia, con independencia de que compartan o no además el ADN mitocondrial, aspecto éste secundario. De otro modo, podría llegarse, incluso, al absurdo de exigir una identidad biológica absoluta, pero no es este el rasgo más identificativo de la clonación; o hasta tal vez una identidad de la personalidad, lo que es sabido resulta de imposible consecución a través de la clonación, como tampoco está al alcance de esta técnica una mera identidad fenotípica o exterior si al mismo tiempo no lo es también genética.

En resumen, el tipo abarca las acciones que dan lugar al nacimiento de un ser humano que posee un genoma nuclear idéntico a otro –u otros– ya nacido, vivo o muerto, o que ha sido fruto del mismo o simultáneo embarazo.

Por consiguiente, no afecta a este tipo penal la gemelación artificial u obtención de varios embriones humanos a partir de otro previo para utilizarlos –cuando se han apreciado dificultades para conseguir más por las técnicas de fecundación de óvulos *in vitro* o de hiperestimulación ovárica– para disponer de varios con el fin de intentar otras tantas veces el embarazo de una mujer, *siempre* que, en este último caso, sólo dé lugar a la gestación y nacimiento de *uno* de todos ellos (la consecución de un embarazo gemelar incurriría en la prohibición de la norma, pues se formarían *dos* seres idénticos *entre sí*, y hemos visto más arriba que la ley no establece distinciones a este respecto). A una conclusión semejante puede llegarse respecto a la paraclonación, siempre también que se dé origen a un sólo individuo.

Nótese que, en relación con la gemelación artificial, parece que el legislador ha proyectado el mismo criterio valorativo, ampliamente exten-

⁵⁵ En efecto, el art. 1º de este Protocolo dice: «Se prohíbe cualquier intervención que tenga por objeto crear un ser humano genéticamente idéntico a otro, ya sea vivo o muerto. A los efectos de este artículo, la expresión ser humano ‘genéticamente idéntico’ a otro ser humano significa compartir con otro la misma carga nuclear genética». Téngase en cuenta que el Convenio del Consejo de Europa sobre Derechos Humanos y Biomedicina, al que se vincula el citado Protocolo, está en vigor en España desde 1º de enero de 2000, y dicho Protocolo se incorporará, asimismo, al Derecho interno, el 1º de marzo de 2001, pues fue también firmado (12 enero 1998) y ratificado (24 de enero de 2000) por España, por lo que podría también servir como refuerzo interpretativo del art. 161.1 CP en el sentido apuntado en el texto, sin caer en la analogía prohibida (en perjuicio del reo).

dido, contrario a ella, que el empleado con las técnicas de clonación en sentido estricto. Sin embargo, aquélla no suscita en realidad un problema de identidad respecto a otro individuo *anterior*, vivo o muerto, sino que las reservas principales que podrían existir en la actualidad contra la misma serían, básicamente, la seguridad de tal técnica y la posibilidad de la gemelación diacrónica, esto es, separada en el tiempo, puesto que, como dijimos más arriba, en ese caso sí que crearía un individuo genético idéntico a otro ya existente. Ténganse también en cuenta, a este respecto, que la gemelación artificial no es considerada una técnica de clonación en sentido estricto⁵⁶.

Tampoco quedan abarcadas por el tipo las técnicas de transferencia de núcleos o de citoplasma con sus mitocondrias aplicadas al óvulo con su posterior fecundación por un gameto masculino, pues ya no se trata de clonación, sino de una reproducción sexual (en el sentido de doble dotación genética, si bien aquí hay genes –mitocondriales– de un tercero). Así ocurre con la transferencia del núcleo de un óvulo de la madre al óvulo enucleado de otra mujer (donante), para luego fecundar el óvulo resultante con semen de la pareja, del mismo modo que si se transfiere al óvulo de una mujer el citoplasma o las mitocondrias de una donante, con el fin, en ambos casos, de prevenir la transmisión de patologías al futuro hijo que radican en las mitocondrias de la madre. Esta última finalidad excluye precisamente también el tipo del delito de manipulaciones genéticas (art. 159 del CP).

Es, asimismo, ajena al tipo que estamos analizando la obtención de una célula indiferenciada –sea totipotente o pluripotencial– del embrión preimplantatorio *in vitro*, destinada a la realización de un análisis genético (diagnóstico preimplantatorio) en su propio beneficio, o de una terapia génica en la línea germinal (siempre que ésta se realice de acuerdo con la ley)⁵⁷, ni la obtención de varios embriones clónicos *in vitro* (p. ej., para experimentación) mientras no sea transferido más de uno a una mujer. Sin embargo, en algunos de estos casos quedaría pendiente de comprobar si el hecho se adecúa al delito de fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación humana o constituye ya tentativa punible del delito que estamos analizando.

4.4.2.2. Tipo subjetivo

En cuanto al tipo subjetivo, y de acuerdo con lo que se viene proponiendo, no es exigida por el tipo la finalidad de la selección de la raza ni

⁵⁶ De acuerdo con las consideraciones y definiciones propuestas por el Comité de Expertos sobre Bioética y Clonación, *Informe sobre clonación. En las fronteras de la vida*, cit., p. 52 y s.

⁵⁷ V. art. 13 de la Ley 35/1988 y art. 159 del Código Penal.

cualquier otra, basta con la presencia del dolo, directo o eventual, de dar nacimiento a seres humanos clónicos, aunque normalmente concorra el primero (pero piénsese que el segundo podría concurrir si se transfieren varios embriones clónicos con la esperanza que sólo se desarrolle uno de ellos, pero asumiendo el riesgo de que lleguen a implantarse todos o varios). No cabe la comisión culposa o imprudente, por no venir expresamente tipificada en el Código Penal.

4.4.3. Utilización de otros procedimientos dirigidos a la selección de la raza

4.4.3.1. Tipo objetivo

En el segundo tipo se incrimina la utilización de otros procedimientos dirigidos a la selección de la raza. Debía haber sido más explícito el legislador sobre los procedimientos abarcados por el tipo, pues de entrada podrían caer las prácticas de esterilización a grupos de población (eugenesia negativa), ya tipificados por lo demás en el delito de genocidio (art. 607.1.2^a), o hasta las de promoción de uniones sexuales con fines reproductivos de jóvenes parejas con dotaciones genéticas –y manifestaciones fenotípicas– deseables. Situado en su contexto, la acción típica debe limitarse de todos modos a las prácticas de selección positiva para la reproducción por medio de procedimientos biológicos: selección de gametos y de cigotos sin objetivos de prevenir enfermedades; formación de híbridos de humano y animal mediante la fusión de sus respectivos gametos o la selección de algunos de sus genes⁵⁸. La realización de la conducta de manipular genes modificando el genoma de los gametos o de un embrión con esta finalidad selectiva podría dar lugar también a este delito, sin perjuicio de su concurrencia con el del artículo 159, concurso que habrá que resolver más abajo.

La selección de la raza⁵⁹ no debe entenderse, pues, como el favorecimiento de la extensión o preponderancia biológica de unas etnias frente a otras si no se utilizan aquellos procedimientos (incluso, si fuera éste el caso, probablemente se adecuaría al tipo de creación de seres idénticos por clonación), sino como la selección de ciertas características biológi-

⁵⁸ Esta conducta constituye una infracción administrativa, de acuerdo con la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida de 1988, art. 20.2, B, r. Sobre las relaciones entre esta infracción y la penal y propuestas de criterios de delimitación del ámbito de una y otra, v. BENÍTEZ ORTÚZAR, *Aspectos jurídico-penales de la reproducción asistida y la manipulación genética*, cit., p. 480.

⁵⁹ Sobre lo problemático del término «raza» y, por consiguiente, de su incorrección, v. extensamente, LANDA GOROSTIZA, *Discriminación y prácticas eugenésicas*, cit., pp. 334 y s. y 340 y ss.

cas o la creación de otras nuevas de la especie humana⁶⁰, tengan naturaleza perfectiva o de mejora o no, o su contrario⁶¹ (p. ej., de especialización o capacidad biológica o habilidad, en detrimento de otras). En consecuencia, dadas las características de estas conductas y la gravedad de injusto específico que representan, no se acogerían en este tipo otros procedimientos de selección negativa (es decir, prescindir de gametos o embriones para la reproducción), aparte de su escasa operatividad para una pretendida selección racial y de que son conductas expresamente permitidas por la ley (ni siquiera sería preciso considerarlos por este motivo causas de justificación, pues faltaría ya el presupuesto de la tipicidad, que es lo que se está analizando ahora). Este es el caso de la selección del sexo (y, por tanto, del gameto o del embrión) con el fin de evitar la transmisión de enfermedades vinculadas con el cromosoma sexual, así como el de no transferir embriones in vitro a la vista de los resultados del diagnóstico preimplantatorio.

Como señalábamos más arriba, el resultado de selección de la raza no es requerido por el tipo, por lo que basta la utilización de cualesquiera procedimientos que posean en sí mismos esa capacidad selectiva. En este caso, no parece necesaria para la existencia del delito la transferencia a una mujer de un embrión fruto de estos procedimientos. En coherencia con esta comprensión del tipo, se trata de un delito de peligro abstracto⁶² y no de resultado material.

4.4.3.2. Tipo subjetivo

Por lo que respecta al *tipo subjetivo*, es indudable que junto al dolo debe concurrir esta finalidad selectiva (elemento subjetivo de lo injusto), que configura al delito como de resultado cortado, según quedó dicho.

4.5. Antijuricidad

En ninguno de los dos delitos es admisible la concurrencia de cualesquiera causas de justificación,⁶³ una vez delimitado el ámbito típico res-

⁶⁰ También considera incorrecta la referencia a la raza, siendo mejor a la especie, BENÍTEZ ORTÚZAR, *Aspectos jurídico-penales de la reproducción asistida y la manipulación genética*, cit., p. 479.

⁶¹ Así, también, SERRANO GÓMEZ, *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 143.

⁶² En este sentido, pero para todo el conjunto del art. 161.2, PERIS RIERA, *La regulación penal de la manipulación genética en España*, cit., p. 181.

⁶³ BENÍTEZ ORTÚZAR, *Aspectos jurídico-penales de la reproducción asistida y la manipulación genética*, cit., p. 482; GRACIA MARTÍN, *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, cit., p. 692, pero, como se deduce de la configuración de ambos tipos, no se trata de delitos con objeto plural inequívocamente ilícito, pues en ambos supuestos el objeto puede ser singular.

pectivo, que marca al mismo tiempo el espacio lícito de acuerdo con la normativa específica (Ley 35/1988), pues hemos apuntado algunas posibilidades de las técnicas de clonación que, en cuanto tales, son ajenas al tipo. Pero una vez constatada la tipicidad, no queda resquicio ni tan siquiera para la existencia de los *presupuestos fácticos* –no ya de sus requisitos normativos– de las causas de justificación correspondientes. Estas consideraciones son aplicables tanto cuando se busca actuar en favor de la fertilidad de la pareja cuanto de prevenir enfermedades del propio futuro hijo: para ninguno de estos supuestos, ambos previstos por la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida, se incluye la clonación dentro de los procedimientos autorizados (v. arts. 1, 12 y 13), y es más que discutible que en estos momentos o en un futuro más o menos próximo debiera autorizarlos, al menos mientras no quede depurada la seguridad de estas técnicas y su limitación a las finalidades terapéutico-preventivas señaladas. Como ya se indicó, en ambos casos se trata en realidad de combatir la esterilidad o infertilidad humanas, para lo cual existen otras alternativas menos objetables por el momento. Reflexiones semejantes impedirían también la apreciación de la eximente de estado de necesidad.

4.6. Grados de ejecución

Por lo que se refiere al tipo relativo a la creación de seres idénticos por clonación, al tratarse de un delito de resultado material, según se indicó más arriba, la consumación requiere el nacimiento de al menos un individuo idéntico a otro. Por tal motivo la tentativa existe desde que los embriones clonados se utilizan para la reproducción humana, es decir, desde que se transfieren a una mujer, incluso aunque aquélla fracase desde el principio. La mera obtención de uno o varios clones *in vitro* sin iniciar la transferencia puede constituir un acto preparatorio impune. De todos modos, también habría tentativa punible si se iniciase en relación con un clon el procedimiento de ectogénesis, siempre que ésta tuviera visos objetivos de viabilidad, dado que el art. 16 del Código Penal (sobre la tentativa de delito) requiere que la acción sea peligrosa.

En cuanto al otro tipo, al no ser preciso un resultado material, dada su estructura de delito de peligro abstracto, no caben formas imperfectas de ejecución, siendo suficiente para su consumación la realización de cualesquiera de las prácticas de selección apuntadas más arriba.

4.7. Concursos

Si se realizara el hecho por medio de intervenciones genéticas, entraría en concurso (medial, para el que son aplicables las reglas previstas en el art. 77 del Código Penal) con el delito de manipulaciones genéticas del art. 159, pues abarca también –es decir, es compatible– el elemento sub-

jetivo de selección de la raza, aquí presente⁶⁴. Y el mismo criterio debería aplicarse si se utiliza, además, la clonación respecto al segundo delito de utilización de otros procedimientos dirigidos a la selección de la raza.

Los riesgos que actualmente lleva aparejados la clonación humana reproductiva a la vista del estado actual de la ciencia, de posibles malformaciones del futuro niño, ya aludidos más arriba, podrían dar lugar a la infracción muy grave de transferir preembriones humanos (en este caso, el clon) sin las exigibles garantías biológicas o de viabilidad (art. 20.2, B, i), con independencia de que el niño llegara a presentar o no alguna malformación. Tal sanción sería compatible con la responsabilidad penal derivada de la clonación, al ser hechos independientes y no infringirse por ello el principio de *ne bis in idem*. Incluso, de producirse tales malformaciones, podría ser aplicable el delito de manipulaciones genéticas por imprudencia grave, según fuera el origen de aquéllas (art. 159.2 del Código Penal).

4.8. Penalidad

En cuanto a las penas, integradas por una privativa de libertad (de uno a cinco años) y otra de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio (de seis a diez años), parece adecuada su naturaleza mixta acumulativa para los fines político-criminales preventivos perseguidos por el legislador.

Ocasionalmente se ha censurado la levedad de la pena de prisión (que por su duración mínima, es susceptible de beneficiarse de los sustitutivos penales previstos por el Código Penal, es decir, poder sustraerse al cumplimiento efectivo de la privación de libertad; v. arts. 81 y 88). Dado el sistema general de penas que ha establecido el actual Código Penal, el objetivo de aproximación entre pena nominal y pena efectivamente cumplida, así como las relaciones internas de las penas previstas para los diversos delitos, y de acuerdo con el principio de proporcionalidad, no es necesaria su elevación, que en todo caso podría ser de matiz. Sin embargo, parece cierto que dentro del Título dedicado a estos delitos, el principio de proporcionalidad no siempre ha sido logrado satisfactoriamente. Así, no está justificada la equiparación punitiva entre el primer párrafo y el segundo del art. 161. La pena del primero (fecundar óvulos humanos con cualquier fin distinto a la procreación humana) ha de ser inferior a la del segundo, lo que se debería resolver optando por rebajar

⁶⁴ Como concurso aparente de normas lo resuelve, sin embargo, BENÍTEZ ORTÚZAR, *Aspectos jurídico-penales de la reproducción asistida y la manipulación genética*, cit., 482., quien apunta otras hipótesis de concursos de delitos (práctica de reproducción asistida en una mujer sin su consentimiento y lesiones corporales en ésta).

la pena establecida actualmente,⁶⁵ sin que sea óbice para ello lo que se propone a continuación para el delito de clonación. En efecto, para el delito de clonación, dado su contenido de injusto, la pena podría ser semejante a la del delito de manipulaciones genéticas, que en estos momentos es más grave. Y respecto a la utilización de procedimientos dirigidos a la selección de la raza debería ser más grave, si no la más grave de este conjunto de delitos, y ello con independencia de que las reglas concursales podrían elevar algo la pena final, pues probablemente no puede haber comportamiento más degradante que pretender predeterminar ciertos rasgos biológicos con propósitos racistas, que comportan un añadido discriminatorio.⁶⁶

4.9. Orientaciones de lege ferenda

El conjunto de reflexiones aportadas sobre estos delitos apela a la necesidad de su mantenimiento en el momento actual, sin perjuicio de las propuestas que a este respecto se harán más abajo, como, por ejemplo, matizar las diferencias valorativas que se han ido apuntando a lo largo de la exposición, y asimismo, mejorar su redacción, dejando clara la separación entre las conductas típicas.

Por lo que se refiere al primer delito, consideramos suficiente el punto de partida del Código Penal, esto es, sancionar únicamente la clonación con propósitos reproductivos, sin perjuicio de la protección que deba otorgarse al embrión *in vitro* en general. Y dado que quedarían abarcados los diferentes procedimientos de clonación reproductiva, puesto que por el momento no parece aconsejable establecer distinciones valorativas, aunque de hecho son sostenibles (p. ej., en el caso de la gemelación artificial como ayuda frente a la infertilidad), una futura reforma legal debería aspirar al menos a una mayor claridad descriptiva de la conducta prohibida (principio de taxatividad)⁶⁷, para lo que podría adoptar un fórmula semejante a ésta: «Se castigará con la pena de prisión de dos a seis años e inhabilitación especial para empleo o cargo

⁶⁵ Objeción similar plantea VALLE MUÑIZ, *Comentarios a la Parte Especial del Código Penal*, cit., p. 132.

⁶⁶ El Derecho comparado refleja las discrepancias punitivas. Así, en la Ley Alemana de 1990, la pena prevista para la clonación es de hasta cinco años de prisión o, alternativamente, multa (art. 6º; téngase en cuenta que también constituye delito la mera creación de embriones clónicos); en el Reino Unido, hasta diez años o multa para la clonación (art. 41); y en Francia (Ley nº 94-653), hasta veinte años de reclusión las prácticas eugenésicas dirigidas a la organización de la selección de las personas (art. 511.1), lo que es a todas luces excesivo.

⁶⁷ En este sentido, la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, *Primer Informe*, cit., pp. 20 y 80 y s.

público, profesión u oficio de siete a diez años la creación por clonación de un ser humano idéntico a otro embrión o ser humano vivo o muerto»⁶⁸, entendiendo por identidad la referida al genoma nuclear; y sin perjuicio de que en un futuro pudiera pensarse su despenalización y autorización en limitados casos, como procedimiento frente a la infertilidad de la pareja y a la transmisión a la descendencia de enfermedades hereditarias⁶⁹.

En cuanto a la conducta relativa a los procedimientos dirigidos a la selección de la raza, a pesar de su gravedad, por todos los motivos que se han razonado más arriba, no parece que sea oportuno su mantenimiento en el CP. Primero, por la ambigüedad y la perspectiva unilateral que preside a la conducta punible, en la que deberían quedar diferenciados los aspectos que pueden afectar a la integridad genética de la especie de los puramente discriminatorios⁷⁰. En segundo lugar, porque estos comportamientos quedarían incluidos en otros delitos, como el relativo a las manipulaciones genéticas en sentido estricto (art. 159 del CP), frecuentemente en concurso con el delito de clonación propuesto. Y asimismo sería aplicable en todo caso la circunstancia agravante de cometer el delito por motivos racistas, etc. (art. 22 circ. 4ª), por lo que la respuesta final punitiva sería suficientemente grave. Desde luego, que en el caso de que se decidiera su mantenimiento, pero siempre separado del delito de clonación, la pena debería elevarse, en conformidad con lo señalado más arriba⁷¹.

5. La clonación no reproductiva con material humano

Se ha intentado demostrar de forma sucinta pero clara que la creación de seres humanos clónicos atenta, en la mayor parte de los casos expuestos, a destacados valores socialmente reconocidos. Sin embargo, queda todavía pendiente la cuestión de si la clonación como técnica utilizando material biológico humano (o, más específicamente, gametos y embrión-

⁶⁸ V. Protocolo sobre clonación del Consejo de Europa, cit.; y una propuesta anterior más sintética, ROMEO CASABONA, *Consideraciones jurídicas sobre las técnicas genéticas*, p. 99.

⁶⁹ V. Comité de Expertos sobre Bioética y Clonación, *Informe sobre clonación. En las fronteras de la vida*, cit., pp. 263 y s. (Recomendaciones).

⁷⁰ V. también LANDA GOROSTIZA, *Discriminación y prácticas eugenésicas*, cit., pp. 342 y ss.

⁷¹ Téngase en cuenta que la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea prohíbe «las prácticas eugenésicas, y en particular las que tienen por finalidad la selección de las personas», con redacción muy similar a la de la legislación francesa, mencionada más arriba.

nes) es igualmente objetable desde el punto de vista jurídico cuando se recurre a ella con otros objetivos en sí mismos no reproductivos.

Como podrá comprobarse a continuación, algunos de estos objetivos podrían colisionar con la protección jurídica del embrión *in vitro*, respecto de la cual no existe, sin embargo, un criterio unánime, salvo en lo que se refiere a la creación de embriones con fines distintos a los reproductivos, cuestión que también está levantado una fuerte polémica. Así, fruto de esta controversia es el precepto del Convenio del Consejo de Europa sobre Derechos Humanos y Biomedicina, que refleja una solución más o menos abierta y de compromiso, al no haberse logrado consenso al respecto, salvo en lo que afecta a la creación de embriones con fines de experimentación, que es expresamente prohibida: «1. Cuando la ley permita la investigación sobre embriones *in vitro*, aquélla debe asegurar una adecuada protección del embrión. 2. Se prohíbe la creación de embriones con fines de experimentación» (art. 18). Por consiguiente, en aquellos Estados que hayan sido parte en el Convenio sólo podrá investigarse sobre embriones cuando se trate de los que no se han podido utilizar en prácticas de reproducción asistida –embriones sobrantes– y siempre, por supuesto, que la normativa estatal correspondiente admita ambas hipótesis (es decir, que puedan resultar embriones sobrantes de técnicas de reproducción asistida y que se autorice experimentar con ellos).

1. La separación de una o varias células totipotentes o pluripotentes (blastómeros) del embrión preimplantatorio con el fin de efectuar un *análisis genético para el diagnóstico de enfermedades* de las que podría ser portador aquél, antes de decidir su posible transferencia para la procreación (diagnóstico preimplantatorio), es una técnica próxima a la clonación por gemelación artificial. No debería suscitar especiales objeciones, siempre que con el desgajamiento no se perjudique la integridad del blastocito (fase o estadio del embrión), pues en todos estos casos las garantías técnicas han de elevarse al máximo nivel de exigencia, dado que ese embrión sí está inicialmente destinado a la procreación. No obstante, también esta finalidad ha sido puesta en tela de juicio por algunos⁷². En cualquier caso, excluida la posible objeción que se opone a la clonación reproductiva, pues no es ése el propósito aquí perseguido con la célula extraída, quedaría pendiente de reflexión si la separación de una célula indiferenciada puede asimilarse a la creación de un embrión con fines no reproductivos, lo que podría enfrentarse a las prohibiciones legales semejantes a la que incorpora el art. 18 del Convenio últimamente citado.

⁷² P. ej., por BELLVER CAPELLA, *Consideraciones filosófico jurídicas en torno a la clonación para la reproducción humana*, «cit.», pp. 61 y s.; el mismo, *¿Clonar? Ética y derecho ante la clonación humana*, cit., pp. 142 y ss.

El llamado diagnóstico preimplantatorio está expresamente autorizado en la legislación española⁷³, y no parece incidir en ningún tipo penal.

2. La clonación como *procedimiento de investigación y experimentación científicas* comporta en ocasiones el recurso a gametos y embriones humanos. Cualquier procedimiento que dé lugar a embriones con fines experimentales implica, por definición, que no van a ser utilizados para la reproducción, con lo cual queda –o debería quedar– excluida la hipótesis de la transferencia en el útero de una mujer de un embrión clónico que ha sido objeto de experimentación; es decir, esta posibilidad debe ser absolutamente prohibida por la ley, como así ocurre. Sin embargo, la mayor parte de los ordenamientos jurídicos prohíbe además la misma creación de embriones con fines distintos a la reproducción o, incluso, se prohíbe expresamente al menos su creación con fines experimentales o de investigación, industriales o comerciales, según se ha indicado más arriba. No obstante, como se adelantaba más arriba, la cuestión se centra hoy en la posibilidad de utilizar para estos fines embriones congelados obtenidos con fines reproductivos, pero que por circunstancias sobrevenidas no pueden ser destinados a tal objetivo (embriones supernumerarios o sobrantes).

El Derecho español permite, por el momento, la investigación y experimentación con embriones sobrantes de técnicas de reproducción asistida muertos o no viables para la reproducción –en el sentido biológico de la expresión⁷⁴.

3. Totalmente distinta es la replicación o manipulación de *genes* en el laboratorio y no suscita –o no debería suscitar– especiales recelos, al no recaer la conducta en un objeto material sustrato de bien jurídico alguno, siempre que no comporte ya la formación de un cigoto viable o la fecundación de un óvulo humano. Por consiguiente, la aplicación de estas técnicas sobre moléculas, genes, células o tejidos humanos para investigación debe ser permitida y apoyada, en su caso, dentro del marco general que debe regir a la experimentación, puesto que puede facilitar lograr información muy importante desde el punto de vista biológico y clínico, como conocer mejor la estructura y desarrollo celular, el proceso de algunas enfermedades, como el cáncer, entre otras. Asimismo, otras técnicas que consistan en la utilización de genes humanos sobre animales, con el fin de obtener productos terapéuticos de consumo humano.

⁷³ V. el art. 12.1 de la Ley 35/1988, sobre Técnicas de Reproducción Asistida, y el art. 8.1 a de la Ley 42/1988, de donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos.

⁷⁴ V. los arts. 15, 16 y 17 de la Ley 35/1988.

Estas actividades están expresamente permitidas en el ordenamiento jurídico español, bajo el cumplimiento de ciertos requisitos⁷⁵.

4. Finalmente, se está investigando sobre la prometedora posibilidad de obtener células pluripotenciales (*stem cells*) a partir de embriones humanos clónicos como *fuentes de líneas celulares o de tejidos* para su trasplante en caso de enfermedad de la persona de quien proviene el genoma replicado: se trata de la –inapropiadamente– llamada clonación «terapéutica». Sin embargo, la práctica de esta técnica se enfrentaría con la protección jurídica que se reconoce al embrión *in vitro*, que se traduce en la prohibición de fecundación de óvulos con fines distintos a la procreación (art. 161.1 del Código Penal español), sin perjuicio de la dificultad que entraña determinar el ámbito exacto de esta prohibición⁷⁶; en estos términos no parece, pues, aceptable, al menos *de lege lata*, bien es cierto que esta objeción tan sólo supone el comienzo de un debate, que será largo y duro.

En efecto, en relación con este asunto debe tenerse presente que el bien jurídico protegido en el art. 161.1 del CP no es el óvulo humano, sino el embrión en sí mismo⁷⁷, pues los fines distintos de la procreación no son –no pueden ser–, por definición, el favorecimiento del nacimiento de nuevos seres humanos futuros a los que se quisiera proteger, pues éstos no van a nacer. Lo que se pretende es evitar dar lugar a embriones que no van a ser destinados a la reproducción, y que por ello puedan ser utilizados con cualquier otro propósito (p. ej., para experimentación, cosmética o farmacología, terapia, etc.). Esta consideración no se contradice por la circunstancia de que la ley (Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida) admita la posibilidad de que se originen embriones con fines reproductivos, pero que por cualquier causa sobrevenida no pueda ser ya la reproducción (de la propia pareja o de terceros) su destino y se abra la posibilidad a otros (p., la experimentación, aunque muy restringida, y la pura destrucción de los mismos)⁷⁸. Además, este planteamiento se refuerza por lo establecido en el Convenio del Consejo de Europa sobre Derechos Humanos y Biomedicina, en vigor en Es-

⁷⁵ V. el art. 8 de la Ley 42/1988.

⁷⁶ V. más ampliamente, Comité de Expertos sobre Bioética y Clonación, *Informe sobre clonación. En las fronteras de la vida*, cit., pp. 220 y ss.; ROMEO CASABONA, *Genética y Derecho Penal: los delitos de lesiones al feto y relativos a las manipulaciones genéticas*, cit., p. 177.

⁷⁷ De similar criterio, SERRANO GÓMEZ, *Derecho Penal. Parte Especial*, p. 142.

⁷⁸ En este sentido, la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, *Primer Informe*, cit. p. 52.

paña⁷⁹, cuando prohíbe la creación de embriones humanos con fines de experimentación⁸⁰, fuera de contextos reproductivos.

Por consiguiente, ni los futuros seres humanos (su integridad, dignidad, etc.), ni la vida prenatal, ni el patrimonio genético de la especie humana,⁸¹ ni la dignidad de ésta⁸² podrían ser el bien jurídico protegido. Tampoco puede aceptarse como bien jurídico el «interés del Estado en el control y limitación del uso y aplicación de las técnicas de reproducción asistida a las finalidades de la reproducción humana»⁸³. Indudablemente, con este precepto tampoco se pretenden controlar los riesgos para la pluralidad de bienes jurídicos y derechos colectivos e individuales, limitando las técnicas de reproducción asistida⁸⁴, como se razona para apoyar esta tesis sobre el bien jurídico, pues con la conducta prohibida no se ve amenazado –al menos de forma directa e inmediata– ninguno de ellos, salvo los propios intereses del embrión u otros de algún modo relacionados con él. Por otro lado, la propia Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida, que es un reflejo del interés estatal por garantizar que las técnicas de reproducción asistida discurran por unos cauces ade-

⁷⁹ Aprobado en Oviedo el 4 de abril de 1997. Instrumento de Ratificación por el Reino de España de 23 de julio de 1999 (BOE 20 de octubre de 1999 y en vigor desde el 1º de enero de 2000. V. el texto completo del Convenio en *Código de leyes sobre genética*, Cátedra de Derecho y Genoma Humano, Fundación BBV - Diputación Foral de Bizkaia, Universidades de Deusto y del País Vasco, Bilbao, 1997.

⁸⁰ Art. 18.2. El art. 18.1 dice así: «Investigaciones sobre embriones in vitro. 1. Cuando la ley nacional admitiere la investigación sobre embriones in vitro deberá asegurar una protección adecuada al embrión». De la lectura conjunta del artículo se deduce que en el primer párrafo se refiere a los embriones sobrantes, destinados inicialmente a la procreación.

⁸¹ Para GONZÁLEZ CUSSAC, *Comentarios al Código Penal*, cit., p. 831, se trata de la vida prenatal en sus primeras fases evolutivas, pero no es exacto cuando sostiene que «puede hablarse nuevamente del derecho a la inalterabilidad e intangibilidad del patrimonio genético humano y a la identidad e irrepitibilidad del ser humano», ni que la «protección gira en torno a la idea de la vida prenatal, esto es, la idónea para alcanzar el estatuto de persona» (833), pues la prohibición incluye, p. ej., la creación intencionada de preembriones no viables. También considero incorrectos los criterios que proponen MORILLAS CUEVA, *Curso de Derecho Penal Español, Parte Especial, I*, cit., p. 181, y SUÁREZ GONZÁLEZ, *Comentarios al Código Penal*, cit., p. 456, quienes apuntan a la intangibilidad del patrimonio genético humano; MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal, Parte Especial*, cit., p. 126, alude al derecho a la individualidad y a la identidad genética o a no ser producto de un patrón genético artificial, aspectos que en ningún modo tienen por qué verse afectados por el delito.

⁸² Así, BENÍTEZ ORTÚZAR, *Aspectos jurídico-penales de la reproducción asistida y la manipulación genética*, cit., 467; DE LA CUESTA ARZAMENDI, *Los llamados delitos de «manipulación genética» en el nuevo Código Penal español de 1995*, cit., p. 67.

⁸³ Según propone GRACIA MARTÍN, *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, cit., p. 685.

⁸⁴ GRACIA MARTÍN, *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, p. 685.

cuados, señala cuáles son los fines legítimos principales, por este orden –de prioridades, podríamos incluso sostener–: 1º la actuación médica ante la esterilidad humana, para facilitar la procreación; 2º la prevención y tratamiento de enfermedades de origen genético o hereditario; y, 3º la investigación y experimentación con gametos u óvulos fecundados humanos⁸⁵. Por tanto, es evidente que las técnicas de reproducción asistida trascienden la sola procreación y el régimen legal refleja esas otras posibilidades. Finalmente, proponer que el bien jurídico tutelado es el interés del Estado citado más arriba no aporta especificidad alguna para identificar el valor realmente comprometido. El Estado tiene siempre un interés de protección de todos los bienes jurídicos en relación con determinadas actividades (vida, libertad personal, patrimonio, el tráfico motorizado, el medio ambiente, etc.), al ejercer de forma exclusiva y excluyente el *ius puniendi*; únicamente cuando se ven implicados aspectos directamente relacionados con los fundamentos, estructura y organización del Estado (los poderes públicos, etc.) podría hablarse en sentido estricto de un «interés» del Estado específico, y aún en esos casos, siempre ha sido posible identificar el concreto bien jurídico protegido.

Por otro lado, queda pendiente también la cuestión de si la clonación a partir de células troncales o madre, presentes en algunos órganos y tejidos de adultos, en el cordón umbilical de los recién nacidos y en embriones y fetos abortados, para desarrollar determinadas líneas celulares y tejidos humanos con el fin de su trasplante posterior al propio adulto donante, comporta o no ya la creación de embriones, y con ello el procedimiento quedaría también bajo la prohibición acabada de señalar. A este respecto es significativo, aunque no se sabe si suficientemente relevante, el hecho de que son células que estarían dirigidas desde el principio al desarrollo de determinadas líneas celulares, pero al mismo tiempo serían células indiferenciadas (blastómeros) que caracterizan al embrión en sus primeras fases de desarrollo. La primera conclusión ha de ser la de constatar la necesidad de proseguir profundizando en estas posibilidades técnicas (p., ej., que pueda transformarse una célula somática en indiferenciada y no sea preciso recurrir a la formación de un embrión) y en sus consecuencias morales y jurídicas, con el fin de delimitar la realidad ontológica que se identifica con el embrión y cuál no.

Por el momento, dado el carácter experimental que reviste este tipo de actividades en la actualidad y mientras no se definan mejor los hechos y los aspectos éticos involucrados, parece más recomendable proseguir la investigación por la segunda vía (las células madre de adultos, o

⁸⁵ V. art. 1º de la Ley 35/1988, sobre Técnicas de Reproducción Asistida. Recuérdese también aquí el art. 18.2 del Convenio del Consejo de Europa sobre Derechos Humanos y Biomedicina.

del cordón umbilical o de fetos) que por la primera (crear embriones clónicos), sin perjuicio de valorar la conveniencia de que se autorice - pues hoy está prohibido por la legislación española- el recurso a embriones sobrantes de técnicas de reproducción asistida, siempre que se hayan agotado previamente las posibilidades de su destino para la reproducción humana, sea en la pareja de la que provienen, sea donándolos a otras parejas.

6. Algunas conclusiones

Por lo general se entiende que la clonación humana reproductiva puede comprometer el derecho del futuro ser a su propia identidad e irrepetibilidad *genéticas* y a que no interfiera la voluntad ajena con la pretensión de predeterminar el proceso vital futuro del ser clonado, si bien es cierto que no afectaría, al menos de forma significativa, a la identidad *personal* del individuo clonado ni a su propia trayectoria vital.

Por otro lado, las necesidades que podrían atender las diversas variantes de la clonación reproductiva no son vitales, pues no está implicada la vida de persona alguna a causa de una enfermedad grave, ni se prevén por el momento de gran alcance, pues se trataría de facilitar la capacidad de tener descendencia o de que ésta no padezca enfermedades transmitidas por su padres; o tal vez también de atender a determinados deseos reproductivos personales, los cuales, sin embargo, no parecen atendibles. No obstante, la clonación dirigida a paliar la infertilidad o a prevenir la transmisión de enfermedades hereditarias a los hijos pudiera ser aceptable en el futuro, cuando estas técnicas no ofrezcan ya riesgos significativos para el nuevo ser y pueda garantizarse su eficacia y su seguridad. Como se ha indicado más arriba, ésta es en el momento actual la objeción más relevante, con independencia de la importancia que puedan tener las demás.

No obstante, existen otras posibilidades (diagnósticas, tratamiento o prevención de enfermedades) que aunque pueden suscitar objeciones de diversa índole, no son tributarias de un rechazo absoluto, salvo cuando se modifique al mismo tiempo la línea germinal o comporte la generación de embriones humanos destinados directamente a la investigación, sobre lo cual no hay todavía un criterio suficientemente compartido.

En cualquier caso, la reflexión ética, lejos de haber llegado a conclusiones definitivas, debe proseguir; y las legislaciones deberán reflejar de un modo u otro los criterios que se vayan perfilando, siendo deseable que sea lo más armónicamente posible, al menos en el ámbito europeo. 