

## EGUZKILORE

Número Extraordinario 11.

San Sebastián

Diciembre 1997

105 - 135

## EL DERECHO PENAL ANTE EL RACISMO Y LA EUGENESIA

Prof. Dr. D. Carlos María ROMEO CASABONA

*Catedrático de Derecho Penal de la UPV/EHU*

*San Sebastián*

*Director de la Cátedra Interuniversitaria*

*de Derecho y Genoma Humano*

*Bilbao*

**Resumen:** Las posibilidades de intervención en los genes humanos no sólo abren las puertas a la prevención y tratamiento de graves enfermedades, sino también se percibe el temor de su utilización con fines raciales, poniendo en cuestión el resurgimiento del pensamiento eugenésico en manifestaciones vinculadas con propósitos racistas, absolutamente censurados por la conciencia universal. La introducción de los delitos de clonación y otros procedimientos para la selección de la raza en el Código penal español de 1995 ha de valorarse favorablemente por sus previsibles efectos preventivos frente a ciertas líneas de investigación y experimentación.

**Laburpena:** Gizakion geneetan esku hartzeko aukerek bideak zabaltzen dituzte gaitz larrien aurkako aurrearretarako eta gaitzok sendatzeko, baina aldi berean badago beldurra inork teknika berriok arrazakeriaz erabil ditzan eta eugenesiaren aldeko pentsamendua indarberritu dadin arrazakeriari loturik; kontzientzia unibertsalak guztiz gaitzesten du hori. Espainiako Zigor Kodean 1995ean klonazioa eta arraza-aukeraketako beste prozedura batzuk delitu gisa sartu izana ongi baloratu behar da, ikerkuntza eta esperimentazioko zenbait bideren aurkako aurreneurria delako.

**Résumé:** Les possibilités d'intervention dans les gènes humains n'ouvrent pas seulement les portes à la prévention et traitement des maladies graves, mais aussi on perçoit la peur de son utilisation avec des fins raciales, en mettant en question la renaissance de la pensée eugénique dans des manifestations liées avec des buts racistes largement censurés par la conscience universelle. L'introduction des délits de clonage et des autres méthodes pour la sélection de la race dans le Code pénal espagnol de 1995 doit être évaluée favorablement à cause de ses prévisibles effets préventifs face à quelques lignes de recherche et d'expérimentation.

**Summary:** The possibilities of intervention in the human genes open doors to the prevention and treatment of serious illness, but also to the fear of their use with racial finalities. The resurgence of the eugenic thought in manifestation with racist purposes -absolutely disapproved by the universal consciousness- is put in question. The introduction of the offences of clonation and other methods for the racial selection has a favourable value in the spanish penal Code of 1995 because of its predictable effects facing certain lines of research and experimentation.

**Palabras clave:** Racismo, Eugenesia, Derecho Penal, Técnicas Genéticas, Clonación.

**Hitzik garrantzizkoenak:** Arrazakeria, Eugenesia, Zigor Zuzenbidea, Teknika genetikoak, klonazioa.

**Mots clef:** Racisme, Eugénique, Droit Pénal, Techniques Génétiques, Clonage.

**Key words:** Racism, Eugenics, Penal Law, Genetic Techniques, Clonation.

## 1. LAS CORRIENTES EUGENÉSICAS Y SUS PROYECCIONES RACISTAS

La historia de la humanidad ha conocido una permanente preocupación por la mejora del ser humano –en particular de la descendencia–, principalmente de sus características biológicas, pero también de sus potencialidades psíquicas y mentales. Aunque de forma rudimentaria, desde los albores de la humanidad el ser humano ha sido también consciente de que algunos rasgos biológicos son heredados de padres a hijos<sup>1</sup>, y de alguna manera se ha reflejado en las normas de diversas culturas<sup>2</sup> y en el ideario de algunos filósofos de la antigüedad, como fue el caso de Platón en su *República*<sup>3</sup>. Las aportaciones de la Biología humana y animal sobre los mecanismos de la reproducción y la herencia biológica han ido permitiendo que los propósitos selectivos se hayan podido apoyar en bases científicas –aunque en ocasiones no suficientemente contrastadas o incluso erróneas–, así como en sus recursos y técnicas disponibles para tales objetivos. La eugenesia se ha ido arropando de este modo de un pretendido soporte científico y con ello de una mayor credibilidad intelectual y autoridad moral, lo que, por otro lado, tampoco ha impedido que haya sido contestada en los momentos históricos de mayor esplendor, al menos frente a ciertas de sus prácticas más radicales, que abocaron en prácticas racistas crueles y atentatorias de los derechos humanos más elementales.

Las posibilidades próximas de intervenciones en los genes humanos abren las puertas a la prevención, tratamiento y tal vez erradicación de graves enfermedades hereditarias hasta hoy incurables, pero también a la mejora o perfección de algunos rasgos biológicos mediante procedimientos de selección de genes, respecto a lo cual se percibe ya el temor de que se utilice con fines raciales, de selección o incluso creación de nuevas razas. Que esta última perspectiva parezca remota, no debe impedirnos reflexionar sobre ello, pues lo futurible puede convertirse en futuro, y el futuro acaba haciéndose presente. Esta actitud reflexiva no es más que previsor y prudente, siem-

---

1. V. Diego GRACIA GUILLEN, “Historia de la Eugenesia”, en Javier GAFO (ed.), *Consejo genético: aspectos biomédicos e implicaciones éticas*, Universidad de Comillas, Madrid, 1994, pp. 13 y s.

2. Así, la prohibición bíblica del incesto encontraría esta explicación, al menos de forma parcial; o la ancestral creencia, reflejada en las diversas mitologías de la antigüedad, de que la mujer podía concebir de animal, se plasma en el Derecho romano en relación con el *monstrum*, de ahí que se requiriera que el nacido tuviera forma humana. Ello ha pervivido hasta nuestros días, cuando el Código Civil español señala que “para los efectos civiles sólo se reputará nacido el feto que tuviere figura humana y viviere veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno” (art. 30). V. sobre esto último Manuel ALBALADEJO, *Derecho Civil, I*, vol. 1<sup>o</sup>, *Introducción y Derecho de la persona*, 14<sup>a</sup> ed., J. M<sup>a</sup> Bosch, Barcelona 1995, p. 214; José M. STAMPA BRAUN, “El objeto material de los delitos contra la vida (límite mínimo)”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1950, p. 530.

3. He aquí algunas de las propuestas eugenésicas de Platón: Es preciso, según nuestros principios, que las relaciones de los individuos más sobresalientes de uno y otro sexo sean muy frecuentes, y las de los individuos inferiores muy raras; además, es preciso criar los hijos de los primeros y no los de los segundos, si se quiere que el rebaño no degenera. Por otra parte, todas estas medidas deben ser conocidas sólo de los magistrados, porque de otra manera sería exponer al rebaño a muchas discordias [...] Los hijos, a medida de que nazcan, serán puestos en manos de hombres o de mujeres, o de hombres o de mujeres reunidos, encargados de educarlos [...]. En cuanto a los hijos de los súbditos inferiores, lo mismo que respecto de los que nazcan con alguna deformidad, se los ocultará, pues así es conveniente, en algún sitio secreto que estará prohibido revelar. Es el medio de conservar en toda su pureza la raza de nuestros guerreros”. Platón, *La República o el Estado*, Espasa-Calpe, 15<sup>a</sup> ed., 1982, p. 159.

pre que se logre mantener en una posición objetivable, no alarmista ni anatematizante, a la que es proclive la inseguridad que genera lo desconocido<sup>4</sup>.

Recordemos que por eugenesia se entienden los procedimientos capaces de mejorar la especie humana. Como es sabido, fue Francis Galton quien acuñó el término de eugenesia (*eugenics*) en el Reino Unido a finales de la centuria pasada, y la definió como “la ciencia que trata de todos los factores que mejoran las cualidades propias de la raza, incluidas las que las desarrollan de forma óptima”<sup>5</sup>. En su concepción Galton propugnaba el recurso a todos los factores sociales utilizables que pudieran mejorar las cualidades raciales, tanto físicas como mentales de las generaciones sucesivas.

También es común la distinción de dos clases de eugenesia: la eugenesia positiva, que consiste en favorecer la transmisión de caracteres estimados deseables, lo que en algún momento se ha pretendido llevar a la práctica –sin grandes perspectivas de éxito por sus limitadas posibilidades de entonces–, fomentando matrimonios de parejas seleccionadas, o, más recientemente, recogiendo gametos (en concreto, semen) de personas con rasgos físicos o intelectuales considerados óptimos. La eugenesia negativa, por su parte, pretende evitar la transmisión de caracteres apreciados como no deseables, valiéndose para ello de procedimientos mucho más eficaces, como han sido tradicionalmente la esterilización, la contracepción y, en casos aislados, el aborto y la muerte del recién nacido. La protección de la especie humana (o su supervivencia) y la mejora de las condiciones sociales del ser humano y de la colectividad han sido la justificación del pensamiento eugenésico.

Como antecedente debemos remitirnos a la obra de Charles Darwin, que supuso una revolución sobre la percepción de los seres vivos. Con su famoso libro *El origen de las especies*, publicado en 1859, impuso de forma definitiva entonces la teoría de la evolución (ya percibida por Malthus en la sociedad humana) y, como base de ésta, la selección natural: la lucha de los seres vivos por la existencia, por la vida, conduce a la selección natural<sup>6</sup>. Sólo los más fuertes, los más aptos, vencerán en ese combate vital y, por consiguiente, sobrevivirán; combate que es intra e interespecies. Pero su interés como germen de la eugenesia se sintetiza en esta afirmación: “los miembros débiles de la sociedad civilizada propagan su especie. Nadie que haya ayudado en la crianza de animales domésticos dudará de que esto debe ser altamente dañoso para la raza humana... casi nadie es tan ignorante como para permitir que sus peores animales se reproduzcan”<sup>7</sup>.

---

4. Por ello ha señalado Jonas: “Dado que es nada menos que la naturaleza del hombre la que entra en el ámbito de poder de la intervención humana, la cautela será nuestro primer mandato moral y el pensamiento hipotético nuestra primera tarea. Pensar las consecuencias antes de actuar no es más que inteligencia común. En este caso especial, la sabiduría nos impone ir más lejos y examinar el uso eventual de capacidades antes de que estén completamente listas para su uso”. Hans JONAS, *Técnica, Medicina y Ética. La práctica del principio de responsabilidad*, Ed. Paidós, Barcelona, 1997, p. 109.

5. Francis GALTON, *Inquiry into human faculty*, London, 1883.

6. V. Ernst MAYR, *Darwin et la pensée moderne de l'évolution*, Ed. Odile Jacob, Paris, 1993, pásim. Denis BUICAN, *Historia de la Biología*, Acento Editorial, Madrid, 1995, pp. 42 y ss.

7. Charles DARWIN, *La descendencia del hombre*, 1871 (citado por Thomas F. LEE, *El Proyecto Genoma Humano*, Gedisa, Barcelona, 1994, p. 272).

Las teorías de Darwin ejercieron un extraordinario impacto en otras esferas del pensamiento e influyeron decisivamente en el campo de las ciencias sociales y, derivadamente, en el de las ciencias jurídicas. El darwinismo social fue una transposición del darwinismo estricto –biológico– al ámbito social, desarrollado por Herbert Spencer con el fin de explicar la evolución de las sociedades humanas desde aquella óptica: la lucha por la supervivencia de los más capaces, selección, etc., y se acabaría imponiendo al neolamarckismo (seguido principalmente en Francia), que partía de la idea de que los caracteres adquiridos son también hereditarios, idea a la que no fue ajeno en algún momento el propio Darwin. Paradójicamente, el darwinismo social experimentó diversas manifestaciones distantes, que fueron, esencialmente, una conservadora y otra reformista, con una forma diferente de entender la evolución de la sociedad humana: la selección y la supervivencia de los más aptos (?), y el progreso del ser humano a través del de aquellas sociedades que se han sustentado en la cooperación y ayuda entre los individuos, respectivamente<sup>8</sup>. Pero el impulso definitivo hacia la eugenesia correspondió, como decíamos, a Galton, quien la estructuró y reforzó con la aplicación de métodos científicos, fundamentalmente el estadístico y matemático, e insistió en la importancia de la herencia en los componentes mentales y morales de los individuos y de la eugenesia –positiva– para su eliminación<sup>9</sup>.

Todo este complejo entrecruzamiento de ideas y de proyecciones en muy variadas facetas del pensamiento humano contemporáneo dio lugar a los movimientos eugenésicos del primer tercio de siglo y a su penetración misma en el mundo jurídico a través del darwinismo social y legal<sup>10</sup>. Pero la cuestión no se mantuvo ceñida al debate teórico, sino que promovió una intensa acción legislativa en algunos países e impregnó ideológicamente algunas decisiones jurisprudenciales, principalmente en los Estados Unidos de América<sup>11</sup>, donde un influyente conjunto de intelectuales y políticos estaba preocupado por el deterioro de la “calidad” biológica de la población frente al cual debía prevalecer el interés de la especie<sup>12</sup>. Este movimiento se vio favorecido por varios factores, como el rechazo social a ciertos sectores de la población, marginales y delincuentes, y la importante inmigración que estaba experimentando el país desde hacía unas décadas. Un papel fundamental a este respecto lo ejercieron Charles Davenport y el *Eugenics Record Office* en Cold Spring Harbor, Long Island, promovido y dirigido por

---

8. V. Eusebio FERNANDEZ, “Sociología y darwinismo”, en *Sistema*, nº 31, 1979, p. 68.

9. GRACIA GUILLEN, “Historia de la Eugenesia”, cit., pp. 25 y ss.

10. Daniel J. KLEVES, “La influencia de la eugenesia en la genética humana”, en Fundación BBV (ed.), *Proyecto Genoma Humano: Ética*, Bilbao, 1991, pp. 391 y ss.

11. V. sobre el particular la muy documentada tesis doctoral inédita de Diego BETANCOR CURBELO, *Las implicaciones jurídicas del movimiento eugenésico como paradigma del darwinismo legal*, Universidad de La Laguna, 1992. V. también Philip R. REILLY, “Eugenic Sterilization in the United States”, en *Genetics and the Law*, III (A. Milunsky / G. J. Annas, eds.), Plenum Press, New York, 1985, pp. 227 y ss.; Jesús M. SILVA SANCHEZ, *La esterilización de disminuidos psíquicos (Un informe de derecho penal comparado)*, PPU, Barcelona, 1988, pp. 53 y ss.

12. En este sentido, Tom WILKIE, *El conocimiento peligroso. El Proyecto Genoma Humano y sus implicaciones*, Ed. Debate, Madrid, 1994, p. 178, indica que la eugenesia se basaba en “dos principios fundamentales: el primero es que la preocupación por las futuras generaciones tiene preferencia sobre los intereses, autonomía y derechos de los vivos; el segundo, que los intereses de la especie son más importantes que los de los individuos vivos y, por supuesto, que los de los posibles niños aún por nacer”.

él<sup>13</sup>. Si bien se dieron pasos en favor de medidas de eugenesia positiva (fomento de matrimonios de parejas de “calidad” biológica y moral), en el ámbito legislativo llegaron a cuajar las de eugenesia negativa a través de las leyes de esterilización, que fueron promulgadas por una treintena de estados de la Unión<sup>14</sup>, aparte de otras relativas a internamientos de aislamiento, limitaciones matrimoniales y restricciones a la inmigración. Todas tenían en común como efecto la imposición coactiva (aunque en ocasiones también voluntaria) de sus previsiones a los ciudadanos que resultaran incurso en ellas y la aceptación como presupuesto (sin base científica real) de que algunos rasgos mentales se heredaban, como lo que sus seguidores llamaban debilidad mental y la tendencia criminal. Varias de esas leyes fueron objeto de recursos de inconstitucionalidad (lo que revela la discrepancia existente sobre este proceso legislativo) y algunas anuladas por tal motivo, pero no impidieron que fueran sustituidas por otras revisadas.

El pensamiento eugenésico fue asumido tempranamente también en los países escandinavos y en el Reino Unido, pero sobre todo por el ideario nacional-socialista, proponiendo ya diez años antes de llegar al poder la esterilización por motivos eugenésicos, y acabaría confluendo e identificándose con las extremas y fatales consignas racistas de tal ideario<sup>15</sup>. La ley para la prevención de las enfermedades hereditarias en la descendencia (*Gesetz zur Verhütung erbkranken Nachwuses*) de 14 de julio de 1933 y una Orden de 18 de julio de 1935 fueron su efecto jurídico, acompañado de decenas de miles de esterilizaciones impuestas por la fuerza, así como el programa eutanásico de 1º de septiembre 1939, saldado también con varias decenas de miles de víctimas<sup>16</sup>. Incluso, en 1943, se permitió el aborto de mujeres no pertenecientes a la raza aria<sup>17</sup>.

El movimiento eugenésico perdió prestigio y credibilidad (debido en gran parte a los avances en genética), y por ello decayó y fue desapareciendo a partir de los años treinta casi con la misma velocidad y entusiasmo con los que había surgido<sup>18</sup>, pero sus efectos perniciosos ya se habían consumado, y para algunas personas de forma irreversible. No obstante, algunas de sus huellas legislativas e institucionales han perdurado en los EEUU, si bien con otras orientaciones ideológicas y otros métodos (aunque algu-

---

13. LEE, *El Proyecto Genoma Humano*, cit., pp. 273 y s.

14. La primera de estas leyes fue la del Estado de Indiana, de 9 de marzo de 1907 (declarada inconstitucional en los años veinte); le siguieron las de los Estados de Washington, California (donde más esterilizaciones se practicaron al amparo de sus sucesivas leyes), Nueva Jersey, Virginia (de 1924, que superó favorablemente un recurso de inconstitucionalidad en el caso *Buck versus Bell* en 1927, ante el TS Federal, y por ello sirvió de modelo a las posteriores para evitar tachas de esta naturaleza), entre otras. Solían incluir los supuestos de aplicación, los sujetos destinatarios, los procedimientos y el carácter voluntario o coercitivo de la esterilización.

15. V. John I. FLEMING, “La ética y el Proyecto Genoma Humano sobre Diversidad”, en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, nº 4, 1996, p. 172.

16. V. Benno MÜLLER-HILL, “La desigualdad genética y la injusticia social: una lección de la historia”, en Fundación BBV (ed.), *Proyecto Genoma Humano: Ética*, Bilbao, 1991, pp. 381 y ss.; Carlos María ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, Ed. CERA, Madrid, 1994, pp. 473 y ss.

17. V. Gerardo LANDROVE DIAZ, *Política criminal del aborto*, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1976, p. 78.

18. WILKIE, *El conocimiento peligroso*, cit., pp.178 y s.

nas se han mantenido en su concepción original hasta la década de los setenta)<sup>19</sup>. El hecho de que se pudieran llenar bibliotecas enteras sobre la obra y el pensamiento eugenésico de principios de siglo dirigido por reconocidos científicos e intelectuales, de que parlamentos democráticos promulgaran leyes eugenésicas con prescripciones coactivas y en ocasiones con penas o medidas de seguridad dirigidas a impedir la reproducción mediante la esterilización de delincuentes estimados peligrosos, de que en nombre del pueblo se dictaran sentencias imponiendo o avalando algunas de esas medidas coactivas y de que por ello algunos ciudadanos se vieran lesionados de forma irreversible en su integridad física y moral, aunque sean acontecimientos pasados, imponen una reconsideración de la eugenesia que puede consolidarse en nuestros días.

La Sociobiología ha supuesto una cierta continuidad del darwinismo social, y aunque tuvo un fuerte impacto en su momento, ha sido rechazada de forma amplia<sup>20</sup>. Para Wilson<sup>21</sup>, la Sociobiología –para quien consiste en el estudio sistemático de los fundamentos biológicos de todos los comportamientos sociales– intenta realizar la integración de la ecología y de la etología en el seno de la teoría neo-darwinista; la explicación de los comportamientos sociales sería de orden genético.

## 2. LA NEOEUGENESIA: ¿VESTIGIOS RACISTAS?

Los descubrimientos modernos sobre el genoma humano y el perfeccionamiento y ampliación de las técnicas de reproducción asistida han abierto ya una enorme potencialidad instrumental al pensamiento eugenésico. En efecto, son varios los frentes a través de los cuales podría tener cabida un replanteamiento de las corrientes eugenésicas que afloraron a finales del siglo pasado y se consolidaron durante el primer tercio del actual. Así, los análisis genéticos por su valor predictivo incluso para individuos asintomáticos y por la información indirecta que suministran sobre los familiares del sujeto sometido a los análisis. Destacan en este contexto en particular los realizables en torno a la reproducción, como son los diagnósticos preconceptivos practicados a las parejas antes de procrear, el diagnóstico prenatal al feto en el curso del embarazo y el diagnóstico preimplantatorio en el cigoto obtenido in vitro antes de decidir su transferencia a la mujer. Todos ellos son procedimientos vinculados en principio con la salud y con las decisiones reproductivas de las parejas, pero que también pueden llevarse a cabo con fines estrictamente eugenésicos, de eugenesia negativa, evitando la descendencia si se aprecia el riesgo de transmitir a la misma enfermedades hereditarias de las que son portadores los progenitores, o cuando el propio embrión o el feto son ya portadores de patologías graves. Por otro lado, las técnicas de reproducción asistida son un eficaz instrumento de eugenesia positiva, pues por medio de ellas es posible la selección de gametos o cigotos exentos de anomalías o portadores de las características deseadas, para lo cual el diagnóstico preimplantatorio será de

---

19. V. sobre la evolución del pensamiento eugenésico después de la Segunda Guerra Mundial, en FLEMING, "La ética y el Proyecto Genoma Humano sobre Diversidad", cit., pp. 172 y ss.

20. V. Jean-Paul THOMAS, *Les fondements de l'eugénisme*, PUF. París, 1995, pp. 111 y ss., quien señala que la sociobiología aporta un fundamento biológico al conservadurismo político.

21. Edward O. WILSON, *Sociobiology: The new Synthesis*, The Bellknap Press of Harvard University Press, Cambridge, 1975.

gran ayuda. Los análisis genéticos a grupos de población, en especial a grupos de riesgo frente a determinadas enfermedades (así, la beta-talasemia en algunas poblaciones mediterráneas y norteamericanas, la enfermedad de Tay-Sachs en los judíos ashkenazis originarios de la Europa oriental y la anemia falciforme en la población negra de los Estados Unidos), conocidos como cribado genético (*genetic screening*), constituyen un recurso disponible tanto de Medicina preventiva como de política eugenésica. Finalmente, la llamada ingeniería genética o del ADN recombinante, al igual que puede –o podrá– ser utilizada como instrumento terapéutico (terapia génica en la línea somática y en la línea germinal), con su compleja problemática ética y jurídica, es otro medio de perfeccionamiento de la especie o de selección de la misma, como procedimiento de eugenesia positiva, cuyas enormes posibilidades quedan abiertas al futuro.

Todas estas técnicas o medios, o algunos de ellos, pueden ser el trasfondo del resurgimiento de las corrientes eugenésicas de finales de este siglo: la *neoeugenesia*. Y la denominamos así con el fin de enfatizar las notables diferencias que puede presentar el pensamiento eugenésico actual en relación con el de principios de siglo<sup>22</sup>. En efecto, la nueva tentación eugenésica de esta época tiene a su disposición estos poderosos medios que proporciona el cada vez más amplio y preciso conocimiento sobre el genoma humano de la especie y de los individuos, y no sólo de sus enfermedades orgánicas, sino también, según se anuncia, de enfermedades mentales, de comportamientos considerados desviados, de aptitudes y habilidades (y de su carencia). Pero, sobre todo, sus posibilidades dependerán también, en último extremo, del desarrollo futuro de la ingeniería genética. Sin embargo, los riesgos de la eugenesia actual radican en que presenta también otros aspectos más tentadores y fascinantes, por ejemplo, la erradicación, por ingeniería genética, de algunas plagas de este siglo, como son el cáncer y el sida, así como la disminución de otras enfermedades hereditarias hoy incurables (por medio de la terapia génica o la selección de embriones *in vitro*, p. ej.), lo que difícilmente puede ser rechazado.

Por otro lado, a diferencia de los movimientos eugenésicos de principios de siglo, que propugnaban una mejora de la raza y la protección de la especie y se orientaban hacia los efectos sociales inmediatos de las prácticas de eugenesia, es decir, se concebía como un problema social y colectivo cuya solución era promovida por científicos, pensadores, juristas y políticos, la nueva eugenesia está planteada por el momento como una cuestión médica, propia de la esfera de la relación médico-paciente y, por ello, como un asunto de salud individual; de salud de los propios interesados y de las generaciones futuras, acreedoras de un derecho a la salud –a nacer sanos– frente a sus progenitores y sus facultades o libertades reproductivas<sup>23</sup>. Conforme veremos más

---

22. V. THOMAS, *Les fondements de l'eugénisme*, cit., pp. 89 y ss., quien entiende que la vinculación de la eugenesia con la biotecnología podría perseguir un efecto estigmatizador global de la misma. Sin embargo, en mi opinión, sí puede dar lugar a una nueva eugenesia, que, cierto, tendría poco en común con los movimientos “clásicos”, ya mencionados.

23. Sobre ello, FLEMING, “La ética y el Proyecto Genoma Humano sobre Diversidad”, cit., pp. 174 y ss., quien señala en esta dirección a Luca Cavalli-Sforza, de quien cita textualmente: “el diagnóstico prenatal de trastornos hereditarios y la interrupción del embarazo no son ejemplos de eugenesia. Son procedimientos profilácticos”; “en un mundo mejor un niño tendría el derecho a nacer sano”; y “podemos prevenir el nacimiento de niños con algunas de las enfermedades más graves y extendidas y podríamos eliminar prácticamente en su totalidad el nacimiento de niños con importantes enfermedades genéticas”.



adelante, la cuestión se presenta ahora como una responsabilidad de los individuos o de las parejas contraída con su propia descendencia, y el alcance de esta responsabilidad es también objeto de discusión. Todavía más, son ya usuales los procesos y condenas por responsabilidad civil a profesionales de la salud por haber realizado de forma incorrecta el diagnóstico prenatal o haber omitido su ofrecimiento cuando estaba indicado, habiendo sustraído así a los padres la posibilidad de abortar si el niño presentó al nacer graves taras. En los sistemas democráticos y respetuosos con los derechos humanos la eugenesia aparece así confundida con otros planteamientos donde afloran supuestos –pero, en ocasiones, también reales– derechos individuales, que hacen difícil discernir hasta qué punto se encuentra enmascarada en ellos.

El interés por la protección de la especie no ha decrecido, pero ahora se presenta desde una óptica diametralmente opuesta: mientras que los avances de la Biología de la segunda mitad del pasado siglo y de principios de éste ayudaron a conocer la evolución de la especie humana y a que algunos llegaran a predecir el peligro de su devenir (por haber interferido el ser humano en los procesos de selección natural, etc.) y a concluir en la necesidad de atajar tal peligro con los procedimientos expuestos, los más precisos conocimientos actuales suscitan la preocupación de mantener inalterada la identidad e integridad biológica de la especie, de proteger el genoma humano de manipulaciones y considerarlo patrimonio de la humanidad. Este cambio de actitud ha sido provocado por varios factores: evidentemente, por la conciencia del enorme poder de la ingeniería genética, de que el ser humano se inserta como una pieza más en el equilibrio de la materia viva (ecología) y de que los intereses colectivos han de supeditarse a los individuales, al menos cuando colisionan de forma inconciliable con los derechos humanos. En efecto, la ingeniería genética es admirada a la vez que temida, pues se aprecian tanto sus potencialidades beneficiosas (tratamiento y erradicación de enfermedades, incluso el fortalecimiento biológico, claramente eugenésico, del ser humano en relación con agentes hostiles), como de sus riesgos (creación de sub- o superrazas, dominación del ser humano por el poder); el desconocimiento de sus efectos a medio o largo plazo, aunque a corto sean beneficiosos, dado el todavía insuficiente conocimiento sobre la historia de la evolución natural de los genes<sup>24</sup> y de la explicación profunda de las mutaciones genéticas espontáneas (bien que se sepa su papel decisivo en la evolución) y, con mayor razón, de las provocadas por el propio ser humano por medio de la ingeniería genética, de sus efectos en él mismo y en el entorno y, por consiguiente, para su supervivencia como especie; finalmente, el importante movimiento sobre los derechos humanos, consolidado siquiera programáticamente a través de la Declaración Universal de 1948, constituye un freno teóricamente efectivo frente a las derivaciones del posibilismo científico y a la exclusiva primacía de los intereses colectivos, si es en detrimento de la dignidad de la persona y los derechos humanos, sin perjuicio de que la discusión sobre la solución de su confrontación no ha sido todavía fijada.

En este nuevo contexto se afirma también por algunos sectores que corresponde a los poderes públicos la obligación de adoptar una posición activa e intervencionista coadyuvante, incluso, se vuelve a defender, recurriendo a métodos coercitivos, especialmente si a ello se añade la necesidad de establecer prioridades sobre las prestaciones sanitarias y sociales y costes económicos en relación con los discapacitados o con

---

24. WILKIE, *El conocimiento peligroso*, cit., p. 175.



el crecimiento demográfico. Y es aquí, en la coerción, donde se produce el punto de encuentro de la neoeugenesia con la eugenesia de principios de siglo, que tan nefasta resultó para los derechos individuales. De este modo, la eugenesia actual ha vuelto a sucumbir a tentaciones discutibles o inaceptables<sup>25</sup>. La imposición en algunos países de análisis biológicos –genéticos– a las parejas antes de contraer matrimonio y la prohibición misma de aquél en función de los resultados, son prácticas eugenésicas coercitivas en las que, ciertamente, priman objetivos de salud pública y económicos más que de depuración racial. Por otro lado, las rígidas políticas de planificación familiar de algunos estados con el fin de contener el crecimiento demográfico (ciertamente alarmante en algunas zonas del globo) han provocado indirectamente prácticas eugenésicas de hecho especialmente dramáticas, al querer asegurarse los padres que el hijo al que tienen “derecho” sea sano (eliminando o abandonando el primer hijo enfermo o discapacitado), incluso con interferencia de las concepciones culturales sobre el sexo –preferido– de ese hijo<sup>26</sup>. Como se puede comprobar, este enfoque, de primar los intereses colectivos frente a los individuales con medidas coercitivas, se aproxima más a la anterior eugenesia, pero desprovisto de cualquier tinte de selección o discriminación raciales. El ejemplo actual nos lo proporcionan la República Popular China y, en cierta medida, Chipre.

Por lo que se refiere a China, el régimen legal prevé el consejo médico prematrimonial, encaminado a detectar si alguno de los miembros de la pareja padece o es portador de enfermedades genéticas graves, enfermedades infecciosas o enfermedades mentales graves<sup>27</sup>. Si se encuentran en la fase activa de alguno de los dos últimos supuestos (enfermedad infecciosa o mental), deberán posponer temporalmente el matrimonio (art. 9); si se trata de una enfermedad genética, los contrayentes podrán contraer matrimonio “siempre que ambos acuerden llevar a cabo medidas anticonceptivas durante largo tiempo o se sometan a una intervención de ligadura esterilizante” (art. 10)<sup>28</sup>.

---

25. FLEMING, “La ética y el Proyecto Genoma Humano sobre Diversidad”, cit., p. 174, recuerda la creciente presión existente en los últimos años a favor de la legalización de la eliminación de niños nacidos con graves taras (v. en nota 54 referencias de autores que sustentan tal postura).

26. En efecto, en algunas culturas, la preferencia de los hijos varones sobre las mujeres por razones económicas (en esas sociedades los primeros son considerados productivos, por incorporarse muy jóvenes al mercado laboral, mientras que el matrimonio de las hijas requiere una mínima capacidad económica de la familia para reunir la dote requerida) se ha agravado por la limitación impuesta por medios indirectos de sobrepasar un número determinado de hijos (uno en China), lo que ha llevado a prohibir que el diagnóstico prenatal sea utilizado para conocer el sexo del feto, salvo para prevenir enfermedades ligadas al mismo. Así, lo prohíben la Ley sobre *Protección de la salud materna e infantil*, de 27 de octubre de 1994, de la República Popular de China (art. 32.2), y la Ley nº 57, sobre *Técnicas de diagnóstico prenatal (regulación y prevención de su utilización abusiva)*, de 20 de septiembre de 1994, de la India (art. 5.2).

27. Según el art. 8 de la Ley sobre protección de la salud materna e infantil: “El chequeo médico prematrimonial incluirá el reconocimiento de las siguientes enfermedades: (1) enfermedades genéticas graves, (2) enfermedades infecciosas y (3) enfermedades mentales graves. Las instituciones médico sanitarias emitirán un certificado de reconocimiento médico prematrimonial, una vez efectuado éste”.

28. Dice el art. 10: “Los médicos, tras el chequeo prematrimonial, explicarán y darán consejo médico tanto al hombre como a la mujer a los que les haya sido diagnosticada una enfermedad genética grave que se considere inconveniente para la maternidad desde el punto de vista médico; los contrayentes podrán casarse siempre que ambos acuerden llevar a cabo medidas anticonceptivas durante largo tiempo o se sometan a una intervención de ligadura esterilizante [...]”.

Aunque esta última medida requiere el consentimiento del afectado (art. 19), lo cierto es que el matrimonio queda supeditado a la práctica de esterilización o al sometimiento a medidas anticonceptivas por tiempo indefinido. Por otro lado, el médico puede decidir la realización de un diagnóstico prenatal, parece que de forma obligatoria para la embarazada (art. 17) y aconsejar la interrupción del embarazo, cuando el feto presente malformaciones o enfermedades genéticas graves o exista un peligro para la vida o la salud de la mujer de continuar el embarazo (art. 18), aunque formalmente es preciso también aquí el consentimiento de aquélla (art. 19).

En cuanto a Chipre, se han adoptado diversas medidas sanitarias con el propósito de frenar la extensión de la enfermedad conocida como  $\beta$ -talasemia, enfermedad de grave pronóstico y endémica en la isla. Una de ellas consiste en la obligatoriedad del certificado prenupcial para todos los contrayentes, cuyo resultado permanece, no obstante, confidencial; sin embargo, ha constituido un factor disuasorio para el matrimonio de aquellos que se han sabido portadores de la enfermedad como consecuencia de aquel certificado.

Lo que el pensamiento eugenésico no debe olvidar es que cualquier tipo de medida preventiva que se adopte, de forma voluntaria o coercitiva, no podrá impedir del todo el nacimiento de niños con patologías congénitas, debidas a mutaciones génicas espontáneas, a la imposibilidad de erradicar a medio o largo plazo las enfermedades de origen poligénico y multifactorial (ambiental) y la incapacidad, también a largo plazo, para controlar otras alteraciones biológicas secundarias a intervenciones en el genoma humano.

Las manifestaciones actuales de la eugenesia ofrecen, a grandes rasgos, tres paradigmas, que se proyectan fundamentalmente en las prácticas reproductivas: la *autorresponsabilidad*, que se sitúa en el seno de las decisiones privadas individuales y de las parejas, y en la que entran en juego diversas consideraciones, por lo general de carácter personal, irrelevantes jurídicamente; la *responsabilidad reproductiva*, la cual en ocasiones es provocada compulsivamente en los interesados y en estos casos comportan restricciones indirectas a la libertad de reproducción (el caso de Chipre y, en parte, el de China); y las *limitaciones reproductivas*, que restringen o prohíben directamente el derecho a la reproducción en determinadas circunstancias (China).

### 3. LAS TÉCNICAS GENÉTICAS COMO PROCEDIMIENTOS SELECTIVOS EUGENÉSICOS O RACISTAS

#### 3.1. Los desarrollos científicos de la clonación

La especulación sobre la posibilidad de aplicar las técnicas de clonación en el ser humano no es nueva. Ya en 1993 los investigadores Jerry Hall y Robert Stillman (Universidad Georges Washington, de Baltimore, EE.UU.) anunciaron con ocasión de un encuentro científico celebrado en Montreal la obtención de embriones humanos a partir de otros embriones (blastómeros), por clonación<sup>29</sup>. Esta técnica ya se venía aplicando

---

29. J.L. HALL et al., "Experimental Cloning of Human Polyploid Embryos Using an Artificial Zona Pellucida", en *The American Fertility Society conjointly with the Canadian and Andrology Society*, Program Supplement, 1993.

desde hacía décadas de forma experimental y aplicativa, y con éxito, sobre vegetales y animales superiores, por lo que desde el punto de vista científico no aportaba ninguna novedad biotecnológica, salvo su obtención en embriones humanos, aunque en la experiencia relatada los autores del experimento insistieran en que aquéllos eran inviables.

A comienzos de 1997 Ian Wilmut (Instituto Roslin, Edimburgo, Reino Unido) publicó los resultados de un experimento científico consistente en la obtención por primera vez de una oveja clónica (la llamada oveja “Dolly”) a partir del núcleo de una célula adulta de seis años de edad, por tanto diferenciada (célula del epitelio de la glándula mamaria)<sup>30</sup>. Este logro sí constituía una importante innovación, al haber conseguido por primera vez en animales superiores –pues hace ya unos treinta años que se habían obtenido clones de ranas– una “regresión” biológica en una célula somática (por tanto especializada), es decir, su totipotencialidad, característica reservada por la naturaleza a los gametos (el óvulo y espermatozoide) y al óvulo fecundado en sus primeras fases de desarrollo<sup>31</sup>. Lo definitivamente alarmante del experimento fue reconocer que sería posible repetirlo en un futuro no muy lejano sobre células humanas, lo que significaría abrir otra puerta más a la clonación de seres humanos, pues son varias las técnicas disponibles, además de las señaladas.

En efecto, uno de los puntos que más inquietud está suscitando en estos momentos es la posible clonación de seres humanos, al haberse comprobado el desarrollo que está adquiriendo esta técnica en el mundo animal, cuyos principios técnicos serían, una vez perfeccionados, fácilmente trasladables al ser humano. Por consiguiente, el debate sobre la clonación no ha hecho más que empezar, sin perjuicio de que en el terreno puramente especulativo ya mereció un rechazo generalizado desde hace años.

Recordemos que por clon se entiende “un grupo de organismos de idéntica constitución genética que proceden de un único individuo mediante multiplicación asexual, siendo a su vez iguales a él”<sup>32</sup>. La clonación es el procedimiento de producción de clones, sea espontánea o provocada, pues no debe olvidarse que existe en la naturaleza, particularmente en algunos vegetales, así como en algunos invertebrados y otros organismos inferiores. También los gemelos monocigóticos, genéticamente idénticos (aunque no necesariamente siempre), son el resultado de una suerte de división espontánea del cigoto. Las técnicas conocidas hasta el momento consisten en la división de embriones en sus primeros estadios de desarrollo (en cuyo caso, la identidad genética se extiende también a la mitocondria), en la transferencia de núcleos diploides a ovocitos, óvulos o cigotos que han sido previamente enucleados; a su vez, los núcleos transferidos pueden proceder de células embrionarias indiferenciadas –totipotentes– o de células somáticas diferenciadas<sup>33</sup>. En estos casos de transferencia de núcleos sólo el

---

30. Ian WILMUT et al., “Viable offspring derived from fetal and adult mammalian cells”, *Nature*, vol. 385, 1997, pp. 817 y ss.

31. V. sobre ello, Juan Ramón LACADENA, “La clonación: Aspectos científicos y éticos”, *An. Real Acad. Farm.*, 63, 1997, pp. 273 y ss.

32. Según LACADENA, *La clonación*: “La clonación: Aspectos científicos y éticos”, cit., p. 276.; el mismo, “Delitos relativos a la manipulación genética en el nuevo Código Penal español: un comentario genético”, en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, nº 5, 1995, p. 213.

33. V. LACADENA, ob. cit., pp. 276 y s.

ADN –los genes–, contenido en éstos sería idéntico al del “donante”, no así el citoplasma ni el ARN –ni sus genes– mitocondrial, situado en el citoplasma.

Son, no obstante, muchas más las posibilidades abiertas al futuro a través de estas diversas técnicas de clonación aplicadas en material humano, aunque de momento sólo lo sean hipotéticamente. Así, como procedimiento de soporte de las técnicas de reproducción asistida, p. ej., para la obtención de más embriones preimplantatorios a partir de otros ya formados cuando resulta imposible o difícil obtener más óvulos de la paciente. En este caso, la dotación genética del o de los hijos clónicos nacidos sería doble, es decir, del padre y de la madre y los hijos podrían ser uno o varios, coetáneos o de sucesivos embarazos cronológicamente próximos. Pero las especulaciones que abre el nuevo experimento en mamíferos –la oveja Dolly– es la replicación de nuevos seres humanos a partir de otros ya nacidos, vivos o muertos (p. ej., el adulto que quiera asegurar una descendencia genéticamente idéntica a sí mismo; los padres que quieren recuperar un hijo ya fallecido o replicar un determinado personaje).

Técnicamente también constituye clonación, aunque no esté presidida por una finalidad reproductiva directa, la separación de una o varias células del embrión en su fase totipotente para efectuar sobre ellas un análisis genético (diagnóstico preimplantatorio), y dada la absoluta identidad genética de la “muestra”, la garantía de los resultados –a reserva de la fiabilidad de la técnica analítica misma– es máxima. Tampoco está dirigida a la reproducción (pero sí a conocer mejor sus mecanismos y procesos) la clonación de células no embrionarias o de tejidos, con fines de investigación. Por el contrario, la técnica de transferir un núcleo –p. ej., de un cigoto, pero con un mitocondrio portador de alguna enfermedad grave– a una célula con una dotación mitocondrial sana tendría un fin terapéutico en un contexto reproductivo, pero sin dar lugar a un ser genéticamente idéntico a otro y teniendo la dotación genética doble, del padre y de la madre.

Asimismo, se alude a la obtención de fetos humanos clónicos de un individuo adulto con el fin de que aquél sirva para éste como fuente de órganos y tejidos en el caso de desarrollar una enfermedad que los requiera.

Por otro lado, se mencionan como futuribles la posibilidad de combinar las técnicas de clonación con las de ingeniería genética (manipulación de genes) con el fin de conseguir seres humanos con características biológicas –o mentales– predeterminadas, como la creación de seres humanos libres de ciertas enfermedades o, incluso, de super o subrazas humanas. Las modificaciones del genoma humano –estén implicadas o no en un procedimiento de clonación– susceptibles de ser transmitidas a la descendencia han sido prohibidas totalmente por las legislaciones comparadas que han abordado estas materias o al menos cuando no están ligadas a la evitación o prevención de enfermedades hereditarias graves, si bien es cierto que la intervención en la línea germinal, incluso con este objetivo terapéutico, no deje de suscitar serias reservas en algunos sectores.

### **3.2. La clonación y otros procedimientos selectivos, objeto de rechazo social y de prohibición o incriminación en los sistemas jurídicos**

Ya el experimento de Hall y Stillman produjo una convulsión en la opinión mundial. Pero ha sido la divulgación del experimento de la oveja clónica la que ha provo-

cado mayores reacciones, hasta el punto de que diversas instituciones y mandatarios han planteado sus reservas o incluso han rechazado de plano la clonación. Así, el Vaticano propugnó que la ley prohibiera la aplicación de la clonación en el ser humano, y *L'Osservatore Romano* reclamaba que los Estados no hagan concesiones frente a la presión de las corrientes posibilistas dispuestas a apoyar esta técnica en la experimentación humana. Por su parte, el Presidente de los EE.UU.<sup>34</sup> propuso al sector privado una moratoria voluntaria sobre este tipo de investigaciones y prohibió la utilización de fondos federales en proyectos de clonación humana, así como que la Comisión Nacional Asesora de Bioética elaborase un informe al respecto, lo que hizo en junio de 1997, con recomendaciones muy restrictivas, incluida la regulación legal; como consecuencia del dictamen, el presidente estadounidense anunció la remisión al Congreso de un proyecto de ley por el que se prohibirá que cualquier persona del sector público o privado pueda emplear estas técnicas para crear niños, sin que dicha prohibición afecte a la clonación de ADN en células o a la clonación de animales, y en el que se preverá la revisión de esta cuestión en un plazo de cinco años<sup>35</sup>, de acuerdo con las recomendaciones de la Comisión Asesora. El Ministerio de Sanidad de Italia ha dictado una Ordenanza que prohíbe toda forma de experimentación sobre la clonación animal y humana. En términos semejantes se han pronunciado representantes del Consejo de Europa y la Organización Mundial de la Salud, así como el Comité Director de Bioética de aquél<sup>36</sup> y el Grupo de Asesores sobre las Implicaciones Éticas de la Biotecnología de la Comisión Europea<sup>37</sup>.

Desde el punto de vista normativo, la legislación española fue la primera en prohibirla como infracción administrativa en 1988 (Ley 35/1998, art. 20.2.B, letras k y l), y desde 1995 ha pasado a constituir delito en el Código Penal español (art. 161.2). También ha sido prohibida de forma directa o indirecta en otros países. En realidad no se suelen prohibir las técnicas de clonación en sí mismas (aunque veremos más abajo que algún sistema jurídico las prohíbe de forma absoluta), sino la creación de seres idénticos por clonación o, incluso, otros procedimientos dirigidos a la selección de la raza, que son, precisamente, los únicos supuestos abarcados por el Derecho español.

Poco podrá lograrse, sin embargo, si no se adoptan medidas normativas y de otro tipo de carácter supra e internacional. Afortunadamente, se está siguiendo esta direc-

---

34. A través de la Secretaría de Prensa de la Casa Blanca, el 6 de marzo de 1997.

35. V. William J. CLINTON, *Valores humanos y clonación*, publicado en español por el diario "El Mundo", 22 de junio de 1997.

36. V. *Avis sur le clonage humain*, de 19 de junio de 1997, en el que se pronuncia a favor de la aprobación de un Protocolo al Convenio de Derechos Humanos y Biomedicina (v. más abajo) sobre la "Prohibición de la clonación de seres humanos", conforme al cual es prohibida 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 aquel que tenga en común con otro el conjunto de los genes nucleares (art. 1º). También propone una "Declaración sobre la clonación humana", por parte de la Segunda Conferencia de la Cumbre de Jefes de Estado y de Gobierno del Consejo de Europa, que se celebrará próximamente.

37. V. Group of Advisers on the Ethical Implications of Biotechnology, *Opinion on the Ethical aspects of cloning techniques*, by request of the European Commission on 28 February 1997, de 28 de mayo de 1997 (rapporteur: Anne McLaren).

ción en relación con las diversas implicaciones derivadas de los conocimientos que se van alcanzando sobre el genoma humano, como lo demuestran los trabajos recientes del Consejo de Europa y de la UNESCO, aunque tal vez de forma todavía demasiado imprecisa o poco comprometida, carencias en las que han incurrido incluso estos mismos organismos, pues ni en el Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina<sup>38</sup> ni en el Proyecto de Declaración sobre Derechos Humanos y Genoma Humano de estos organismos, respectivamente, encontramos una prohibición expresa de la clonación.

Veamos, por consiguiente, en qué términos ha sido prohibida la clonación de seres humanos por algunas legislaciones estatales, incluso antes de que fuera posible o se previera próxima su realización. Así, la República Federal Alemana, en la Ley sobre Protección de Embriones de 1990, ha prescrito: "(1) Quien artificialmente dé lugar a que se genere un embrión humano con información genética idéntica a la de otro embrión, feto, ser humano o persona muerta, será sancionado con pena privativa de libertad de hasta cinco años o con pena de multa. (2) Será sancionado del mismo modo quien transfiera a una mujer un embrión al que se refiere el párrafo 1º. (3) La tentativa es punible" (art. 6º). Como se ve, aquí se incrimina ya la mera creación de embriones humanos clónicos y no sólo el nacimiento de niños clónicos.

Por su parte, la Ley del Reino Unido, en su Ley sobre Fertilización Humana y Embriología, también de 1990, prohíbe (mejor: ningún permiso podrá autorizar) "sustituir el núcleo de una célula de embrión por el núcleo extraído de una célula de persona alguna, de un embrión o del desarrollo posterior de un embrión" (art. 3º.3.d). De acuerdo con el art. 41.1.b esta conducta constituye delito y será castigada con pena de prisión no superior a diez años, con multa o con ambas penas.

En Francia, la Ley nº 94-653, de 29 de julio de 1994, relativa al respeto del cuerpo humano, prescribe que "nadie podrá vulnerar la integridad de la especie humana. Se prohíbe toda práctica eugenésica dirigida a la organización de la selección de las personas" (art. 16-4); y más adelante establece como delito con pena de veinte años de reclusión "la aplicación de una práctica eugenésica dirigida a la organización de la selección de las personas" (art. 511.1). Aunque de forma menos explícita que los ejemplos anteriores, puede deducirse de tal regulación que incluye también la creación de seres humanos por clonación, en la medida en que ésta implique la selección de las personas con propósitos eugenésicos.

La Asociación Internacional de Derecho Penal, en su *XIV Congreso Internacional de Derecho Penal*, celebrado en Viena en 1988, propone la tipificación penal de la clonación de seres humanos en su Resolución 6.9.

El Consejo de Europa ha propugnado también la prohibición de la creación de seres idénticos por clonación, en varias de sus Recomendaciones: la Recomendación

---

38. El propio Comité Directivo de Bioética, en el dictamen mencionado más arriba (*Avis sur le clonage humain*), reconoce esta laguna del Convenio, al proponer, entre otras alternativas, una revisión de aquél, introduciendo un nuevo artículo (art. 13 b), en términos idénticos a los propuestos para el Protocolo (v. más arriba). Como hemos visto, no es ésta la solución por la que se inclina finalmente el Comité Director, por considerar que podría aparecer como un simple remedio a una laguna del texto convencional, mientras que, por el contrario, la adopción de un protocolo sería percibida como la demostración de la capacidad de la Convención de responder muy rápidamente a un desarrollo científico nuevo.

de 1986 prohíbe “La creación de seres humanos idénticos mediante clonación u otros métodos con fines de selección de la raza o de otra índole”, y la de 1989, en cuanto que se remite a la anterior<sup>39</sup>.

Una vía indirecta de prohibición de la clonación podría obtenerse en aquellos sistemas jurídicos que, sin prohibir directamente aquélla o alguna de sus variantes, limitan la selección o predeterminación del sexo del futuro niño a motivos relacionados con la evitación de la transmisión de enfermedades hereditarias graves vinculadas con el cromosoma sexual (así, el Convenio del Consejo de Europa de 1997, art. 14; Ley española 35/1988, art. 20.2.B.n). En esta limitación podría incluirse la clonación, en cuanto que como tal supone ya la predeterminación del sexo, que sería el mismo del ser del que proviene la dotación genética completa o, incluso, cuando se clonan uno o varios embriones a partir de otro: si bien en éste no ha tenido por qué seleccionarse el sexo sí implica necesariamente tal selección o determinación la obtención de otros clones del mismo.

### 3.3. Razones para el rechazo de la clonación de seres humanos

De acuerdo con lo expuesto más arriba, no es exagerado afirmar que ya la sola perspectiva de clonar embriones humanos, sea con propósitos reproductivos o no, ha producido una reacción contraria muy extendida<sup>40</sup>. Pero lo que resulta realmente llamativo es la parquedad de los argumentos que sustentan estas posiciones, por lo general terminantes y definidas.

Es cierto que es frecuente el recurso a la vulneración de la dignidad humana, en la medida en que se cosificarían o instrumentalizarían los embriones o seres humanos resultantes de las técnicas de clonación. Y aun reconociendo el peso de esta importante referencia, no es menos cierto que, como he tenido la ocasión de subrayar en diversas ocasiones<sup>41</sup>, no se suele profundizar suficientemente en la afectación concreta a la dignidad humana, ni, en este caso, en la especificidad del ataque que comportaría la clonación para la dignidad humana: ¿de la comunidad, de los seres así nacidos, de los propios embriones? Por otro lado, desde un punto de vista jurídico el concepto de dignidad humana no deja de plantear dificultades, no sólo interpretativas respecto a lo que ella pueda significar para las valoraciones jurídicas<sup>42</sup>, sino en algunos sistemas

---

39. Recomendación 1046 (1986), *relativa a la utilización de embriones y fetos humanos con fines diagnósticos, terapéuticos, científicos, industriales y comerciales* (Recommendation on the use of human embryos and foetuses for diagnostic, therapeutic, scientific, industrial and commercial purposes) y Recomendación 1100 (1989), *sobre la utilización de embriones y fetos humanos en la investigación científica* (Recommendation on the use of human embryos and foetuses in scientific research), respectivamente.

40. Así lo constató en 1994, John A. ROBERTSON, “The Question of Human Cloning”, *Hastings Center Report*, vol. 24, nº 2, 1994, pp. 6 y ss., quien, por otra parte, no considera éticamente censurable la clonación en la mayor parte de los casos.

41. V., por ejemplo, Carlos María 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 de la Universidad Externado de Colombia, Santafé de Bogotá, 1996, p.435.

42. V. sobre ello Pedro J. MONTANO, “La dignidad humana como bien jurídico tutelado por el Derecho Penal”, en *Actualidad Penal*, nº 19, 1997, pp. 419 y ss.



jurídicos incluso su estricta configuración como derecho fundamental. Por ejemplo, la Ley Fundamental Alemana de 1949 así lo proclama (art. 1<sup>o</sup>.1), mientras que en la Constitución Española de 1978, no tiene tal consideración (art. 10.1) y así lo tiene declarado de forma reiterada el Tribunal Constitucional español, sino que más bien es el sustrato y principio dinamizador de los derechos fundamentales y libertades públicas en sentido estricto.

Veamos, por consiguiente, las razones que se podrían oponer a la clonación en sus diversas variantes, comenzando por algunos aspectos importantes, pero en todo caso todavía periféricos a la cuestión central.

En primer lugar, debe tenerse en cuenta que la aplicación de esta técnica en el ser humano a más o menos corto plazo presentaría un inconveniente añadido a los que están siendo objeto de discusión, de los que nos ocuparemos más adelante: la todavía rudimentaria técnica podría dar lugar a muchos fracasos (con la consiguiente necesidad de recurrir a un número mayor de embriones, óvulos, etc.) y al nacimiento subsiguiente de seres defectuosos, en un porcentaje relativamente alto, aspectos ambos que no pueden ser desconocidos, si se pretendiera aplicar esta técnica en la reproducción humana. Y, también como elemento común de ponderación a 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, sino después del nacimiento o en la edad adulta del individuo clónico; por ejemplo, se especula con el posible incremento de incidencias de cáncer en la descendencia, con un mayor porcentaje de anomalías genéticas; o sobre cuál sería la edad biológica del ser (animal o humano) clónico originado por el procedimiento de enucleación y transferencia del núcleo de una célula somática, si contada a partir del nacimiento o a partir de la edad biológica del ser que ha sido replicado, aspecto éste actualmente desconocido. Estos riesgos e inconvenientes adicionales apelan en primer lugar a la responsabilidad de los propios investigadores.

Hay, además, otro factor que late en la controversia, si bien es cierto que sus efectos sólo se sentirían a largo plazo. Como es sabido, la diversidad genética es la garantía de la conservación de las especies vivas, puesto que tal variedad facilita contar con la presencia de un gen o de varios genes resistentes a otros organismos patógenos o agentes agresivos. Desde esta perspectiva, en el ser humano son conocidos desde antiguo –aunque haya sido de forma intuitiva– los efectos perniciosos de una acentuada endogamia, lo que explica que ya en la tradición bíblica (en el Levítico) se encuentren prohibiciones de matrimonios entre familiares próximos biológicamente, así entre hermanos, no importando a estos efectos que éstos fueran legítimos o ilegítimos, esto es, concebidos fuera del matrimonio. Al mismo motivo pueden responder las estrictas prohibiciones de contraer matrimonio entre consanguíneos que encontramos en el Derecho canónico y en la legislación civil, sin excepciones, aparte del tabú que rodea al incesto en nuestra cultura.

De todos modos, creo que se está olvidando en el debate lo grave que puede ser esta técnica aplicada a otros seres vivos, en concreto a animales superiores, puesto que ello pondría en peligro la diversidad biológica de esas especies si se efectúa de forma masiva (p. ej., con fines agropecuarios), diversidad que debe preservarse, y no sólo por razones estéticas, sino para salvaguardar su propia supervivencia como parte

de la materia viva y de su equilibrio<sup>43</sup>. Por tanto, el desarrollo de esta línea de investigación y de su aplicación en la mejora de la ganadería debería verse compensada por medidas que garantizaran la preservación de la variedad biológica de las especies.

La posibilidad de la clonación de seres humanos llegaría a traducirse, en cuanto decisiones de carácter privado sobre la descendencia reservadas a las parejas o a personas solas, en una opción de consumo de entre las muchas en las que está inmerso el ser humano en el crepúsculo del siglo XX: todo lo que puede ser comprado puede ser apropiado o utilizado, es decir, consumido. Sin embargo, conforme a esta mentalidad la idea de consumo se agota en sí misma, en algo perecedero, que compulsivamente provoca seguir consumiendo lo que aparece como nuevo; pero aquí el objeto del consumo es el futuro hijo, que habrá de tener su personalidad y su propia autonomía moral. Y esta afectación a terceros legitima ya, tanto ética como jurídicamente, a la interferencia en las decisiones privadas, puesto que ya no lo son tanto. Precisamente, la necesidad del concurso ajeno –de la técnica que domina el experto–, en la medida que significa una renuncia mínima aunque inevitable al ejercicio de la intimidad, refuerza finalmente que la ponderación sobre la prioridad de los intereses contrapuestos (la vida privada o intimidad, por un lado, y el bienestar del futuro niño, por otro) pueda realizarla la sociedad sin que implique una intromisión inaceptable, y que tal ponderación se resuelva, en su caso, en detrimento de los intereses de los padres.

Por otro lado, parece seguro que no es factible crear seres completamente idénticos a otros ya existentes, primero desde el punto de vista biológico, pues el ARN mitocondrial no es siempre idéntico, en razón de la técnica utilizada (así ocurre cuando se transfiere un núcleo a un óvulo enucleado), existen influencias entre citoplasma y núcleo, así como otras del medio uterino (hormonales en los primeros días de la gestación), sin olvidar la posibilidad de mutaciones genéticas espontáneas. En segundo lugar, es cierto que el ser humano, su personalidad, es fruto también de factores ambientales de espacio (culturales, familiares, sociales) y de tiempo (la sucesión temporal-generacional de los seres vivos en general y del ser humano en particular, que también presenta variaciones culturales). Es decir, que si el principio de individualización del ser humano es el resultado de su singularidad biológica y personal (fruto del desarrollo, de la educación y de otros factores mencionados), sólo la primera podría verse afectada por la clonación, esto es, por el origen clónico de ese individuo. A este respecto, representan una prueba tranquilizadora los gemelos monocigóticos, quienes poseyendo una dotación genética idéntica y un ambiente temporal y, por lo general, espacial semejante, no desarrollan una personalidad idéntica.

De todos modos, tampoco debe despreciarse el efecto homogeneizador de la indiferenciación cultural, mucho más perniciosa, en mi opinión, para el desarrollo singular de la personalidad y, con ello, del individuo, que la propia clonación biológica,

---

43. En este sentido apunta también el Group of Advisers on the Ethical Implications of Biotechnology, en su *Opinion* mencionada (puntos 1.3 y 2.4). Sin embargo, LACADENA, "La clonación: Aspectos científicos y éticos", cit., p. 287, advierte de que este riesgo es impensable, "teniendo en cuenta que la obtención de animales clónicos en mamíferos es una técnica suficientemente complicada como para no poder ser aplicada a gran escala sino para casos y circunstancias muy concretas", y que "cuando se produzcan pequeños rebaños clónicos habrá diferencias genéticas de unos a otros porque sus objetivos serán distintos".

cuyos efectos perjudiciales no deben ser, en cualquier caso, minusvalorados. Esta apreciación ha sido más atractiva hasta el momento para las ideologías totalitarias y sobre ella se han centrado los esfuerzos de los Estados que descansan en tales ideologías.

El filósofo alemán Hans Jonas se planteó hace ya unos años los dilemas éticos implicados en la clonación de seres humanos: “Ningún deseo es tan perverso (como el de la autorréplica), o tan cínicamente utilitario (como el de los equipos de trabajo homogéneos), o tan científico-fanático (como el de los sujetos de investigación iguales), como para no encontrar, al ser ofrecido, peticionarios entre los hijos de Adán y Eva”<sup>44</sup>. No obstante, entendía entonces que la búsqueda de una excelencia merecedora de perpetuación y reproducción debía centrar la reflexión ética, al tener implícito un objetivo más noble que los anteriores.

Los juristas y los especialistas en Bioética no han solido aclarar hasta el presente la razón más profunda para rechazar las técnicas de clonación aplicadas al ser humano, aparte de la imprecisa referencia, ya señalada, a que supone un grave atentado a la dignidad humana. La creación de seres humanos idénticos por clonación puede comportar un atentado a la identidad e irrepitibilidad del ser humano, como derecho a la individualidad y a la condición de ser uno mismo distinto de los demás<sup>45</sup>, cuando ello ha sido predeterminado deliberadamente por otro ser humano<sup>46</sup>, aceptando la complejidad y variabilidad de la naturaleza humana; bien que, como veremos a continuación, no siempre se ha de entender vulnerado tal interés. Como 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 de esa irrepitibilidad, sin que esta consideración suponga ningún principio estigmatizante para los gemelos monocigóticos nacidos así de forma natural. Sin embargo, estos bienes jurídicos no encuentran, en sentido estricto, un soporte en algún derecho subjetivo humano o fundamental, ni en otras constituciones nacionales, como tampoco hasta hace poco tiempo en declaraciones o convenciones internacionales.

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 los derechos internos por el procedimiento que corresponda, 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, que

---

44. Hans JONAS, *Técnica, Medicina y Ética*, cit., p. 124.

45. 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 Humanística*, nº 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.

46. En este sentido, el Comité Director de Bioética del Consejo de Europa, en su Proyecto de Informe Explicativo al *Avis* mencionado.

debe extenderse a la integridad genética, objeto de regulación específica por el propio Convenio, en su artículo 13<sup>47</sup>.

Por consiguiente, una vez perfilada la identidad del ser humano como un derecho subjetivo, 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 y el derecho a no ser predeterminado. Pero, ¿dónde radica entonces materialmente lo pernicioso del atentado a la identidad e irrepetibilidad a la que tendría derecho cada individuo?

De nuevo 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”<sup>48</sup>. “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 identidad. 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”<sup>49</sup>. 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”)<sup>50</sup>, y entiendo que podría ser predicable de los gemelos clónicos que nacen de un embarazo simultáneo. En resumen, la idea central de Jonas se centra en la concatenación de conocimiento-ignorancia-libertad, donde el derecho a la ignorancia se presenta como un bien, que 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), como un derecho a no saber, ha encon-

---

47. Según el Convenio para la “Protección de los Derechos Humanos y de la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y de la Medicina”, de 19 de noviembre de 1996 (sometido a la firma de veinte Estados en Oviedo, España, el 4 de abril de 1997), en su art. 1º: “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.”

48. JONAS, *Técnica, Medicina y Ética*, cit., p. 127.

49. JONAS, *Técnica, Medicina y Ética*, cit., p. 128. 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.

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

trado ya reconocimiento jurídico formal<sup>51</sup> y personalmente lo he reconducido a la esfera de la protección de la intimidad<sup>52</sup>.

De todos modos, insistamos una vez más en 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 e irrepitible entorno<sup>53</sup>. Pero ha de reconocerse el acierto de Jonas al expresar la compulsión de un cierto determinismo subjetivo sobre el ser repetido, no único<sup>54</sup>, lo que no es menos perturbador, y por ello también debe ser evitado. La Constitución española, 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.

Algo semejante sucede 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 atendería tanto a la identidad e irrepitibilidad como a 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 universal.

Por otro lado, la clonación realizada por medio de la transferencia de un núcleo en un óvulo o cigoto previamente enucleados, atenta al mismo tiempo al derecho del futuro hijo a tener un padre y una madre biológicos-genéticos.

En cuanto a la clonación como procedimiento de soporte de las técnicas de reproducción asistida (p. ej., para poder disponer de un número adecuado de embriones in vitro preimplantatorios para su ulterior transferencia cuando conseguido ya algún óvulo de la paciente y su fecundación, es difícil o imposible obtener otros) no parece en sí misma rechazable, puesto que, en sentido estricto, no implica necesariamente manipulaciones genéticas, ni supone replicar a un ser preexistente –vivo o muerto–, afectando a su identidad, como se indicó más arriba, como tampoco privar-

---

51. Así, en el Convenio sobre “Derechos Humanos y Biomedicina”, art. 10.2.

52. V., p. ej., Carlos María ROMEO CASABONA, “Questions de droits de l’homme dans la recherche en génétique médicale”, en *Éthique et génétique humaine*, Les Éditions du Conseil de l’Europe, Strasbourg, 1994, p. 186; el mismo, *Del Gen al Derecho*, cit., pp. 91 y s.

53. ROBERTSON, *The Question of Human Cloning*, cit., p. 11.

54. 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.

le de un padre y madre genéticos, sino emular a la naturaleza respecto a los gemelos monocigóticos, y hasta es posible que no se produzca este resultado<sup>55</sup>.

Tampoco suscita problemas especiales la separación de una o varias células –totipotentes– del blastómero con el fin de efectuar un análisis genético diagnóstico, siempre que con el desgajamiento no se perjudique la integridad del blastómero, pues, como ya he indicado más arriba, en todos estos casos las garantías técnicas han de elevarse al máximo nivel de exigencia.

Sí sería rechazable, por el contrario, si se reservan embriones in vitro congelados para transferirlos a una mujer para la procreación después del nacimiento del primer individuo surgido de ese conjunto de clones, haya fallecido o no; o cuando, siendo la pareja estéril, y siendo imposible conseguir gametos de ambos o de uno de ellos, se pretendiese obtener un hijo clónico de uno de los miembros de la pareja. También lo es si se trata de “recuperar” a un hijo anterior perdido, o se busca un hijo idéntico a un individuo admirado, o si se manipula previamente el ADN con fines selectivos perfectivos para dar lugar a continuación a seres idénticos, etc. La imaginación, amplia, no deja de adivinar posibilidades, aunque sean remotas.

Por este motivo, debería ponderarse globalmente el coste-beneficio de permitir este procedimiento, incluso como auxiliar de las técnicas de reproducción asistida en el sentido apuntado más arriba, por los riesgos de desviaciones graves a que puede dar lugar<sup>56</sup>, salvo que fuera posible discriminar de forma efectiva las técnicas admisibles de las prohibidas. Por otros motivos, también suele rechazarse la clonación como procedimiento de ayuda en la reproducción humana, por implicar en todo caso una instrumentalización del ser o seres así nacidos<sup>57</sup>. Incluso ha sido puesta en tela de juicio por algunos la clonación como procedimiento diagnóstico de enfermedades de las que podrían ser portadores embriones in vitro antes de decidir su posible transferencia para la procreación (es decir, extraer una célula del blastómero), aunque ya he señalado que lo único que estimo discutible es la falta –por el momento– de garantías técnicas suficientes para no lesionar el blastómero en la medida en que podría ser utilizado para la reproducción.

---

55. Por ejemplo, si sólo llega a implantarse uno de los embriones transferidos. Incluso es imaginable que el dominio de las técnicas permitiera en el futuro garantizar el embarazo transfiriendo un solo embrión siempre que pudiera asegurarse su implantación; también sería posible obtener embriones clónicos de otros logrados in vitro diferentes entre sí, de forma que se guardaran como reserva en previsión de intentos de embarazo fallidos y que en cada intento los embriones transferidos no fueran clones entre sí.

56. 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*, nº 1, 1994, pp. 70 y s.

57. De este criterio, el Group of Advisers on the Ethical Implications of Biotechnology, en su *Opinion* (“...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, aunque sea comprensible). Así parece ser también el criterio del Comité Director de Bioética del Consejo de Europa, en su Proyecto de Informe Explicativo, cit., 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 clonación 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.

Recuérdese, por otra parte, lo indicado más arriba sobre que la diversidad genética puede contribuir decisivamente a preservar la especie humana frente a enfermedades infecciosas o agentes externos de otro tipo a las que podría ser vulnerable una determinada configuración genética, bien es cierto que se trata más bien de una advertencia, dado que los riesgos de empobrecimiento del genoma humano serían muy remotos.

Finalmente, la posibilidad de creación de embriones clónicos como fuentes de órganos o tejidos para su trasplante en caso de enfermedad de la persona de quien proviene el genoma replicado, se enfrenta 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<sup>58</sup>. En mi opinión, es preferible apoyar la investigación hacia el xenotrasplante, puesto que aunque implica la utilización de genes humanos aislados con animales, este procedimiento suscita menos reservas éticas, y algunas de ellas giran más en torno a los riesgos (p. ej., la transmisión de patógenos del ambiente animal al ser humano, como virus) de todo tratamiento innovador o experimental para el paciente-receptor que el recurso a genes humanos<sup>59</sup>.

### 3.4. La clonación y la libertad de investigación

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 valores socialmente reconocidos. Sin embargo, queda en pie la pregunta de si la prohibición de la creación de embriones clónicos destinados a la investigación supone una limitación excesiva para la libertad de investigación.

Suele aceptarse sin mayor discusión que el derecho a la producción e investigación científica se presenta como otro interés evidentemente digno de protección, pero en ocasiones contrapuesto a otros valores individuales o colectivos. En efecto, la investigación científica tiene como soporte irrenunciable la libertad de investigación, concebida como derecho a la creación y a la producción científicas, con el cual se atiende de forma primaria a los intereses del investigador o científico, pero también los colectivos de promover el progreso científico por los beneficios generales que pueden proporcionarse a la sociedad. De ahí también otra consecuencia que debe ser igualmente garantizada y protegida: la difusión y circulación de la información y del conocimiento científicos<sup>60</sup>.

De todos modos, no es pacífico el entendimiento del alcance de tal derecho por lo que se refiere a la adquisición misma del conocimiento. Las posiciones son, funda-

---

58. Además, de ser la enfermedad de origen genético, el embrión creado con estos fines sería portador de la misma enfermedad, lo que requeriría una intervención genética previa en aquél, por lo que se añadirían los problemas específicos que genera la terapia génica.

59. V. Nuffield Council on Bioethics, *Animal-to-Human Transplant. The ethics of xenotransplantation*, London, 1996.

60. V. ROMEO CASABONA, *Questions de Droits de l'Homme dans la recherche en génétique médicale*, cit., pp. 183 y ss.; Pierre WIDMER, *Questions de Droits de l'Homme dans la recherche en génétique médicale*, en el mismo lugar, pp. 191 y ss.



mentalmente, tres<sup>61</sup>: según la primera, la obtención de información, de conocimiento científico, no debe estar sujeta a limitación alguna, puesto que el conocimiento en cuanto tal no es perjudicial, sino la utilización posterior que del mismo se haga. La segunda posición sostiene que la investigación dirigida directamente a la adquisición de determinados conocimientos para valerse de ellos con posterioridad en perjuicio de individuos o de la sociedad puede ser contraria a la ética, y por ello estaría entonces justificada su prohibición. Y, finalmente, la posición que sostiene que la adquisición de conocimiento en cuanto tal no debe sufrir ningún tipo de limitaciones, sin perjuicio de las que correspondan a su posterior utilización o aplicación. Posición esta última con la que hay que estar de acuerdo, añadiendo que sí es legítima la prohibición de determinados procedimientos o métodos de obtención del conocimiento científico en la medida en que involucren a seres humanos (incluido el concebido), a otros componentes biológicos humanos o a otros bienes dignos de protección (p. ej., los animales).

Por tanto, aunque se reconoce la legitimidad de la investigación científica y se propugna que sea eficazmente impulsada tanto por los poderes públicos como por la iniciativa privada, esta libertad –como cualquier otra libertad– tiene sus límites. Límites que de nuevo nos recuerdan la necesidad de que tienen que ser determinados, y que hay que encontrar, una vez más, tanto en los intereses individuales como en los colectivos, en la protección de un bien garantizado constitucionalmente o por otra norma jurídica; es decir, que los derechos fundamentales del individuo constituyen el límite infranqueable, sin perjuicio de las matizaciones que exijan las situaciones concretas; el ser humano, cada ser humano, es un valor en sí mismo que debe ser respetado sin consideración a los beneficios que puedan obtenerse para terceros o para la colectividad en su conjunto<sup>62</sup>.

Apuntado lo anterior, recordemos que la clonación como procedimiento de investigación y experimentación científicas comporta 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. Sin embargo, la mayor parte de los sistemas jurídicos prohíbe la creación de embriones con fines distintos a la reproducción o, incluso se prohíbe expresamente su creación con fines experimentales o de investigación, industriales o comerciales.

En cualquier caso, esta cuestión está directamente vinculada con las posiciones sobre la posibilidad general de utilizar embriones con fines de investigación o experimentación, sobre lo que no hay criterios unánimes. Así, fruto de esta controversia es

---

61. V. ROMEO CASABONA, *Del Gen al Derecho*, cit., pp. 329 y ss. Stella Maris MARTINEZ, *Manipulación genética y Derecho Penal*, Ed. Universidad, Buenos Aires, 1994, pp. 104 y ss., desde otro ángulo, distingue cuatro políticas posibles.

62. En este sentido, la Recomendación del Consejo de Europa, 934(1982), *On genetic ingeneering*, señala: “La libertad de la investigación científica –valor fundamental de nuestras sociedades y condición para su adaptación a las transformaciones del entorno mundial– lleva aparejadas obligaciones y responsabilidades, especialmente en lo referente a la salud y la seguridad de la población en general y de los restantes trabajadores científicos, así como a la no contaminación del medio ambiente” (principio 3, iii).

el precepto del Convenio 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).

La clonación de genes aislados o de un genoma en laboratorio no suscita –o no debería suscitar– especiales recelos, en cuanto no suponga ya la formación de un cigoto viable. Por consiguiente, la aplicación de técnicas de clonación sobre células humanas o tejidos para investigación debe ser permitida y apoyada, en su caso, dentro del marco general que debe regir la experimentación, puesto que puede permitir lograr información muy importante desde el punto de vista biológico y médico, 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, o la experimentación con animales con fines médicos, agropecuarios u otros, siempre que se respeten los principios de buena práctica sobre ellos<sup>63</sup>.

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.

### 3.5. Los delitos de clonación y otros procedimientos para la selección de la raza en el Código penal español

Como apuntábamos más arriba, el Código Penal de 1995 ha recogido como delito la clonación, que 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 se castigarán la creación de seres humanos idénticos por clonación u otros procedimientos dirigidos a la selección de la raza”.

No parece muy acertada la redacción de esta figura delictiva<sup>64</sup>. Por lo pronto, 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 raza. 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 dos diferentes. La segunda interpretación

---

63. V. al respecto, el Group of Advisers on the Ethical Implications of Biotechnology, en su *Opinion*, cit., puntos 2.2 y 2.3.

64. Sobre lo que sigue me he ocupado en Carlos María ROMEO CASABONA, “Genética y Derecho Penal: los delitos de lesiones al feto y relativos a las manipulaciones genéticas”, en *Derecho y Salud*, vol. 4, n<sup>o</sup> 2, 1996, pp. 156 y ss. Debo precisar ahora que, a la vista de las publicaciones aparecidas con posterioridad a la mía y, sobre todo, tras la discusión de la tesis doctoral que he dirigido con su autora, D<sup>a</sup> Paulina SILVA SALCEDO, titulada “La protección penal del embrión humano preimplantatorio”, pendiente de lectura y defensa, he matizado o modificado algunas de mis posiciones anteriores.

posible viene inducida por el empleo del verbo “castigar” en plural (“se castigarán”), que alude a dos conductas diferentes, además de la omisión de una segunda preposición “por” inmediatamente antes de “otros procedimientos”, que permitiría establecer mejor una unidad descriptiva de la acción. Sin embargo, a favor de la primera interpretación entra en juego la omisión de un verbo o sustantivo que exprese una acción diferenciada para el segundo inciso (p. ej., “utilizar” o “la utilización de”); y la preposición “u” sugiere la alternatividad de los procedimientos para la creación de seres idénticos. Vuelve a ser deplorable la defectuosidad en que ha incurrido el legislador en la plasmación de estos ya en sí mismos tan complejos delitos, con el consiguiente perjuicio para el principio de taxatividad y la seguridad jurídica.

Siendo aparentemente admisibles ambas interpretaciones, me inclino por la segunda –dos tipos diferenciados–, 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, como se vio más arriba, otros meramente reproductivos, aunque desviados, sin perjuicio de que una vez “seleccionada” una raza sea la clonación el procedimiento idóneo para la 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) significaría 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 técnicas de clonación. La ayuda definitiva para el criterio apuntado podemos obtenerla de la Disposición final tercera del propio CP, 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.2: 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 preciosista y depurada con la redacción de esta ley de 1988, cuyos términos 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 esta segunda infracción 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*, de modo que las infracciones administrativas que han pasado a convertirse en delito en el Código Penal han sido suprimidas. Esto significa, como propongo, 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.

En mi opinión, 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, 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, por lo que debe ser rechazada. De este modo el plural de “se castigarán” adquiere pleno sentido, a pesar de su imperfección.

En resumen, aunque el tipo delictivo coincide en su redacción con la primera infracción administrativa derogada (salvo una significativa coma, que ha sido eliminada), debe entenderse que, por un lado, se 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 otro, la utilización de cualquier procedimiento dirigido a la selección de la raza. Téngase en cuenta que el único procedimiento actualmente conocido en hipótesis para crear seres humanos idénticos es la técnica de la clonación (en su variante de división de un embrión), y aunque la selección de la raza presupone 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): 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. El legislador debería revisar tanto las Leyes de 1988 como el Código Penal, aunque sólo fuera para mejorar su redacción<sup>65</sup>, sin entrar en otras no menos importantes consideraciones políticocriminales.

En cualquier caso, ha de valorarse favorablemente la introducción de estos dos tipos delictivos, por 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 (técnica de enucleación y transferencia del núcleo proveniente de célula somática) e incluso en embriones humanos (división de embriones). En cualquier caso, la hipótesis de su comisión justifica plenamente la intervención del Derecho Penal, dada la gravedad que presentan las acciones típicas como la importancia de los bienes jurídicos que se pretenden proteger, y es en casos como éstos en los que el Derecho Penal ha de potenciar su función preventiva antes que represiva.

El bien jurídico protegido presenta varias proyecciones y requiere un examen autónomo de los dos tipos delictivos establecidos<sup>66</sup>. En el primer tipo delictivo se pro-

---

65. 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).

66. 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 las discrepancias doctrinales sobre si se trata de un delito de peligro abstracto o de resultado material. A ello trataremos dar respuesta más abajo.

tege de forma directa la identidad e irrepetibilidad del ser humano<sup>67</sup>, de cada individuo nacido clónico de otro (sobre esto volveremos más abajo), así como, en algunas modalidades de clonación, la doble progenie biológica (padre y madre). Se trata, por consiguiente, de un bien jurídico de carácter individual. Sobre el sentido de identidad e irrepetibilidad me he ocupado más arriba.

En el segundo tipo delictivo la identificación del bien jurídico protegido presenta mayores dificultades. Con los procedimientos de selección 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; 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 de estos individuos). Por consiguiente, se está afectando de algún modo a la integridad genética de la especie humana, con un propósito eugenésico<sup>68</sup> y racista, y una potencialidad discriminatoria. A ello quería aludir con la referencia a la intangibilidad del patrimonio genético en otro trabajo anterior<sup>69</sup>, 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. Creo así que 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

---

67. En este sentido, José Luis DE LA CUESTA ARZAMENDI, “Los llamados delitos de “manipulación genética” en el nuevo Código Penal español de 1995”, en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, nº 5, 1996, p. 68; José GONZALEZ CUSSAC y otros, *Comentarios al Código Penal de 1995* (coord. T. Vives), 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; Luis GRACIA MARTIN, en José Luis DIEZ RIPOLLES/Luis GRACIA MARTIN, *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 689; Juan Felipe HIGUERA GUIMERA, *El Derecho Penal y la Genética*, Trivium, Madrid, 1995, pp. 247 y ss, si bien como concreciones de la dignidad humana; Francisco MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal, Parte Especial*, 11ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 130; Jaime M. PERIS RIERA, *La regulación penal de la manipulación genética en España*, Civitas, Madrid, 1995, p. 179. José Manuel VALLE MUÑIZ y otros, *Comentarios a la Parte Especial del Código Penal* (Dir. G. Quintero), Aranzadi, Pamplona, 1996, p. 132, parece identificar la inalterabilidad e intangibilidad del patrimonio genético humano con “el derecho a la propia identidad del ser humano”.

68. En el sentido amplio de la expresión, de fomento no terapéutico de ciertos rasgos biológicos, aunque no contribuyan –ni se persiga– la mejora de la especie. Apunta también a la posible motivación eugenésica, LACADENA, *Delitos relativos a la manipulación genética en el nuevo Código Penal español: un comentario genético*, cit., pp. 213 y s.

69. 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 Código Penal*, cit., p. 132.

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 creo que, *de lege ferenda*, la pena debería ser mayor en este delito que en el de clonación, como trataré de justificar más adelante.

Tampoco debe olvidarse la importancia de la diversidad biológica, como garante, a largo término, de la supervivencia de las especies, en este caso la humana<sup>70</sup>. 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 el caso de que llegaran a nacer, si bien esta dimensión no aparece directamente protegida.

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 admisible la hipótesis de que nazca un solo 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*?<sup>71</sup> Varias razones abogan por rechazar esta posibilidad<sup>72</sup>. 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<sup>73</sup>, cuanto por el sentido de las infracciones administrativas derogadas al incorporarse al CP como delito. En consecuencia, el tipo comporta el nacimiento de un ser humano clónico, y por ello es un delito de resultado material<sup>74</sup>.

---

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

71. Téngase en cuenta que esta cuestión interpretativa 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.

72. 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.

73. 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”.

74. Así, también, DE LA CUESTA ARZAMENDI, “Los llamados delitos de “manipulación genética” en el nuevo Código Penal español de 1995”, cit., p. 68.

Por consiguiente, no afectan al tipo las prácticas de clonación con material humano en sí mismas, como sería su realización en células o tejidos, o la obtención de varios embriones humanos a partir de otro previo para utilizarlos –cuando se han apreciado dificultades para conseguir más por las técnicas de fertilización 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. Tampoco queda abarcada por el tipo la obtención de una célula totipotente del embrión preimplantatorio *in vitro*, destinada a la realización de un análisis genético (diagnóstico preimplantatorio), o de una terapia génica –en la línea germinal–, ni la obtención de varios embriones clónicos *in vitro* (p. ej., para experimentación) mientras no sean transferidos a una mujer; sin embargo, aquí podría existir el delito de fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación humana.

Sujeto activo del delito puede serlo cualquiera, sin perjuicio de que, una vez más, se requiera una especial cualificación para poder llevar a cabo estas técnicas. Sujeto pasivo del delito lo será el individuo nacido por clonación. 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 no creo que en este caso pueda 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).

De acuerdo con lo que se viene proponiendo, no es exigida por el tipo la finalidad de la selección de la raza ni cualquier otra, basta con la presencia del dolo, directo o eventual de dar nacimiento a seres humanos clónicos, aunque normalmente concurra el primero (pero piénsese si se transfieren varios embriones clónicos con la esperanza de que sólo se desarrolle uno de ellos, pero asumiendo el riesgo de que lleguen a implantarse todos o varios). No cabe la comisión culposa, por no venir expresamente tipificada.

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. En mi opinión, 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 de viabilidad, dado que el art. 16 del CP requiere que la acción sea peligrosa.

En el segundo tipo se incrimina la utilización de otros procedimientos dirigidos a la selección de 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, ya tipificados por lo demás en el delito de genocidio (art. 607.1.2<sup>ª</sup>). Situado en su contexto, debe limitarse a 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 genes. La selección de la raza no debe entenderse, pues, como el favorecimiento de la extensión o preponderancia biológica de unas razas 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 biológicas o la creación de otras nuevas, tengan naturaleza perfectiva o de mejora o no (p. ej., de especialización o capacidad biológica o habilidad, en detrimento de otras).

Como señalaba 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 –consumado, pues no entiendo posible la tentativa– 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 abstracto<sup>75</sup> y no de resultado material. No obstante, es indudable que junto al dolo, debe concurrir esta finalidad (elemento subjetivo de lo injusto), que configura al delito como de resultado cortado, según quedó dicho.

Si se realizara el hecho por medio de intervenciones genéticas, entraría en concurso –ideal– con el delito de manipulaciones genéticas, pues abarca también el elemento subjetivo de selección de la raza, aquí presente. Y el mismo criterio debería aplicarse si se utiliza, además, la clonación.

En ninguno de los dos delitos es admisible la concurrencia de cualesquiera causas de justificación<sup>76</sup>, una vez delimitado el ámbito típico respectivo, 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– de las causas de justificación correspondientes.

En cuanto a las penas, parece adecuado para los fines preventivos señalados su naturaleza mixta acumulativa, integrada 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). 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 CP, 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 nuevo CP, el objetivo de aproximación entre pena nominal y pena efectivamente cumplida, las relaciones internas de las penas previstas para los diversos delitos, de acuerdo con el principio de proporcionalidad, no estimo 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, en concreto, algo

---

75. 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.

76. GRACIA MARTIN, *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.

menos elevada que la establecida actualmente<sup>77</sup>. Para el delito de clonación, dado su contenido de injusto, la pena podría ser semejante a la del delito de manipulaciones genéticas, que 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 en mi opinión no puede haber comportamiento más degradante que pretender predeterminar ciertos rasgos biológicos con propósitos racistas, que comportan un añadido discriminatorio<sup>78</sup>.

---

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

78. 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.