

1. DOCTRINA INTERNACIONAL

GENÉTICA Y DERECHO PENAL: LOS DELITOS DE LESIONES AL FETO Y RELATIVOS A LAS MANIPULACIONES GENÉTICAS *

CARLOS MARÍA ROMEO-CASABONA

SUMÁRIO: 1. Criterios político-criminales generales: 1.1 La necesidad de la vinculación a los principios de intervención del Derecho Penal contemporáneo; 1.2 Los bienes jurídicos implicados – 2. Conductas de intervención en el genoma humano con peligro o lesión para los bienes jurídicos; 2.1 Algunos problemas específicos en relación con el embrión y el feto humanos; 2.1.1 El embrión preimplantatorio: protección del futuro ser y de la especie humana; 2.1.2 Intervenciones fetales y causación de la muerte del feto; 2.1.3 Lesiones fetales y muerte postnatal; 2.2 Intervenciones genéticas; 2.2.1 Las técnicas jurídico-penales de intervención desde el punto de vista político-criminal; 2.2.2 Intervenciones genéticas objeto de conminación penal – 3. Los modelos legislativos existentes; 3.1 Los modelos en el derecho comparado; 3.2 ¿El modelo español? El Código Penal de 1995; 3.2.1 Manipulaciones genéticas; 3.2.2 Clonación y procedimientos para la selección de la raza; 3.2.3 Fecundación de óvulos humanos sin fines procreativos; 3.2.4 Utilización de la ingeniería genética para la producción de armas biológicas; 3.2.5 Reproducción asistida no consentida.

Los avances en el conocimiento del genoma humano y las posibilidades de intervención sobre él por medio de la ingeniería genética, del ADN recombinante, han planteado nuevas necesidades de protección jurídica de los bienes jurídicos implicados o de reforzar la misma, en el caso de contarse ya con tal protección. En este sentido, son imaginables en el ámbito de la genética diversos caminos de regulación escalonada intensiva y extensiva completamente diferentes pero probablemente complementarios:¹ empezando

por el auto control individual o deontológico de la comunidad investigadora,

Proyecto Genoma Humano, III, Bilbao, 1995, p. 163 y s.; Albin Eser, "Genética humana desde la perspectiva del Derecho alemán" (trad. C. M. Romeo Casabona) en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1985, p. 363 y s.; Alberto Silva Franco, "Genética Humana e Direito", en *Bioética*, vol. 4, n. 1, 1996, p. 23; Emilssen Gonzalez de Cancino, *Los retos jurídicos de la genética*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1995, p. 89, para quien en Colombia no existe un espacio libre de derecho (p. 90). Ferrando Mantovani, "Manipolazioni genetiche", en *Digesto*, vol. VII, Penale, 4.^a ed., Utet, Torino, 1993, p. 21 y s.; Carlos María Romeo Casabona, "Límites penales de la manipulación genética", en Fundación BBV (ed.), *El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano*, III, Bilbao, 1994, p. 177.

(*) Palestra proferida no II Seminário Internacional do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, realizado em São Paulo, em outubro de 1996.

(1) Según proponen Jean L. Baudouin, "Límites penales de la experimentación en genética", en Fundación BBV (ed.), *El Derecho ante el*

pasando por garantías administrativas de carácter procedimental, hasta llegar a la introducción de tipos civiles de protección — o al fortalecimiento de tales instrumentos — o, incluso, en caso necesario, de prohibiciones penales. En efecto, pensamos que si bien es cierto que en otros ámbitos de la actividad humana también está abierta esta forma de regulación plural y escalonada con diferentes niveles de intensidad, no lo es menos que tal procedimiento está especialmente indicado en relación con la Biotecnología y las Ciencias Biomédicas en general, de modo que se flexibilice adecuadamente su acción en aras a la mayor libertad posible en la investigación y que se prevengan al mismo tiempo también eficazmente las derivaciones de ella no deseables socialmente.

1. Criterios político-criminales generales

1.1 La necesidad de la vinculación a los principios de intervención del Derecho Penal contemporáneo

En una materia tan nueva como la que nos ocupa la intervención del Derecho Penal debe regirse de acuerdo con sus principios rectores tradicionales, pero tal y como son concebidos en la actualidad,² esto es, atender a la función del Derecho Penal y a los principios de intervención mínima y *ultima ratio*.³ Sin embargo, en la todavía escasa actividad legislativa comparada abundan ejemplos de la tendencia

contraria.⁴ Por el contrario, en esta materia es de suma importancia mantenerse fiel a los principios de que al Derecho Penal le sigue correspondiendo la exclusiva tarea de protección de bienes jurídicos, es decir, de los bienes, valores e intereses fundamentales pertenecientes al individuo y a la comunidad, frente a las conductas que los lesionen o pongan en peligro, siempre que impliquen al mismo tiempo una infracción grave de las normas ético-sociales vigentes en la sociedad en un momento determinado, pero que el recurso al Derecho Penal debe reservarse frente a los ataques más intolerables a los bienes jurídicos de especial importancia y únicamente cuando sea estrictamente necesario por ser insuficientes otros instrumentos jurídicos no penales (Derecho Administrativo, Civil etc.).

Por consiguiente, también en relación con las actuaciones en el genoma humano deben mantenerse estos criterios, de modo que en numerosas ocasiones la intervención del Derecho Penal será accesorio o inexistente, por no detectarse motivos suficientes para ello, en especial si otros sectores del ordenamiento jurídico pueden satisfacer plenamente las necesidades de protección de bienes o intereses o de limitación de las actividades no deseables; por el contrario, la llamada al Derecho Penal será inevitable — pero siempre excepcional — cuando se trate de conductas particularmente graves frente a bienes o valores dignos de una protección reforzada. Por consiguiente, y como señalaba más

(2) Sobre lo que sigue, v. más ampliamente José Cerezo Mir, *Curso de Derecho Penal Español*, I Parte General, 4.ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, 1994, p. 11 y s.

(3) En este sentido, Gonzalez de Cancino, *Los retos jurídicos de la genética*, cit. p. 221; Raimo Lahti, "Criminal Law and Modern Bio-Medical Techniques, General Report", en *Revue Internationale de Droit Penal*, v. 59, 1988, p. 611; Jaime M. Peris Riera, *La regulación penal de la manipulación genética en España*, Civitas, Madrid, 1995, p. 71 y s.

(4) En efecto, tanto la Ley alemana sobre Protección de Embriones (*Gesetz zum Schutz von Embryonen Embryonenschutzgesetz*), de 13.12.1990, como la francesa relativa a la Procreación Médicamente Asistida y el Diagnóstico Prenatal, de 1994 (n. 654), contienen numerosos delitos, y la última de ellas conductas que deberían haberse mantenido dentro de lo ilícito administrativo, en particular las infracciones de naturaleza procedimental.

arriba, el primer filtro limitador y sancionador debe obtenerse de las leyes que regulan, limitan y sancionan los procedimientos vinculados con la reproducción asistida (no ésta en sí misma), la ingeniería genética y la utilización de gametos y embriones humanos con fines de investigación, así como de microorganismos modificados genéticamente; en el caso español por las Leyes sobre Técnicas de Reproducción Asistida⁵ y de Donación, Utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos,⁶ y Utilización confinada, Liberación voluntaria y Comercialización de organismos modificados genéticamente.⁷ La misma función filtradora corresponde a la reparación civil del daño producido.⁸

De todos modos, a pesar de que son conceptualmente claros estos criterios en la práctica resultan difíciles de concretar, en cuanto que deben reflejar las concepciones ético-sociales vigentes en la comunidad en relación con las diversas derivaciones y consecuencias de los descubrimientos y actuaciones en genoma humano, y por el momento no es todavía fácil encontrar puntos de acuerdo más o menos generalizado. Por otro lado, perspectivas diversas sobre la concepción del Derecho Penal — aun partiendo por lo general del núcleo común acabado de exponer —, pueden provocar que su intervención se adelante o se retrase. Así, si se acentúa su función preventiva, atendiendo a la racionalidad del fin (concepción utilitaria), puede dar lugar a la criminalización de conductas que constituyen un peligro para los bienes jurídicos que se pretenden proteger, incluso, cuando tal peligro es meramente potencial, sin necesidad de que se haya producido en el caso concreto (delitos de peligro abstracto); mientras que la orientación a la

racionalidad de los valores, pondrá el énfasis en los derechos y bienes del individuo y en los ideales de humanidad y justicia,⁹ lo que facilitará una contención de la criminalización. Otros sectores apelan a la función simbólica del Derecho Penal, en estos supuestos como refuerzo moral frente a conductas desviadas, o a la función de demostración del error moral de la conducta y de enfatización de su función declaratoria, afirmando los límites de tolerancia de la sociedad.¹⁰ Por fin, y también en relación con las Ciencias Biomédicas, se ha querido destacar la función reguladora del Derecho Penal, anteponiéndola a la sancionadora (ésta misma cumpliría aquella función reguladora), de modo que determinadas conductas no estarían criminalizadas directamente, sino que estarían autorizadas bajo el cumplimiento de ciertas condiciones y procedimientos, cuya infracción podría dar lugar a la criminalización, de modo semejante a como sucede en cierta medida con el Derecho Penal económico.¹¹

Los anteriores puntos de vista confirman la complejidad y dificultad para encontrar criterios político-criminales adecuados, pero al mismo tiempo ponen de manifiesto el riesgo de expansión del Derecho Penal y de desviación de su función esencial y de los principios de intervención. Sin embargo, no debería apartarse de ellos, como tampoco de la aspiración hacia los ideales mencionados de justicia y humanidad. Por consiguiente, una vez establecido este marco, para poder seguir avanzando decíamos que es preciso detectar y delimitar los bienes jurídicos o valores o intereses que pueden verse afectados por las actuaciones en el genoma humano; únicamente después de haber logrado esta

(5) Ley 35/1998, de 22 de noviembre.

(6) Ley 42/1988, de 28 de diciembre.

(7) Ley 15/1994, de 3 de junio.

(8) V. Romeo Casabona, *Límites penales de la manipulación genética*, cit., p. 183 y s.

(9) V. sobre estos planteamientos, Lahti, *Criminal Law and Modern Bio-Medical Techniques*, *General Report*, cit., p. 611.

(10) V. Lahti, lug. cit., p. 612.

(11) V. Lahti, lug. cit.

identificación es posible analizar las conductas que puedan atentar contra aquéllos, medir su gravedad y adoptar a continuación la decisión político-criminal oportuna. En cualquier caso, no puede aspirarse a soluciones definitivas, primero porque todavía no se conocen de modo suficiente los resultados a que pueden dar lugar las aplicaciones — algunos todavía no practicables — derivadas de los conocimientos sobre el genoma humano; en segundo lugar, porque lo que en la actualidad puede mostrarse indeseable y desviado puede no ser percibido así en el futuro, en particular si son evitables los efectos no deseables. Por otro lado, debe tenerse presente que numerosas manipulaciones genéticas que describe la literatura científica se admiten como posibles desde una perspectiva teórica o hipotética, pero todavía no son técnicamente realizables, lo que suscita la cuestión de si la función preventiva del Derecho Penal (merecimiento y necesidad de pena) debe adelantarse incluso a la manifestación misma de tales hechos.

1.2 Los bienes jurídicos implicados

Como venimos proponiendo, la tarea consistiría ahora en detectar cuáles son los bienes jurídicos implicados por las intervenciones en el genoma humano, qué clase de protección gozan en el ordenamiento jurídico, con el fin de poder señalar más adelante cuáles son las carencias, así como decidir a qué instrumentos jurídicos hay que acudir para garantizar su adecuada protección, según su importancia y las formas de agresión que pueden experimentar, sin que, como apuntábamos más arriba, el recurso al Derecho Penal sea siempre necesario. Pueden verse afectados bienes jurídicos, intereses o valores individuales o colectivos. Por consiguiente procede ahora mencionar brevemente cuáles son.¹²

Las corrientes humanistas y neoperso-nalistas de las últimas décadas han puesto el acento en el reconocimiento de dignidad humana y del libre desarrollo de la personalidad como valores individuales del ser humano de primera magnitud,¹³ valores que frecuentemente aparecen como trasfondo en numerosos aspectos concernientes a la genética humana. La Constitución española de 1978 los ha incorporado de forma expresa en el art. 10.1: "La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social." El recurso frecuente, indiscriminado y tal vez abusivo a estos valores, sumado al descuido por lo general del estudio de su acotación y función precisa en el conjunto del texto constitucional, no debe hacernos perder la perspectiva de su importancia intrínseca. Baste resaltar aquí su función de proyección sobre los demás derechos fundamentales y libertades públicas que la Constitución española recoge (como de modo semejante puede operarse en otras Constituciones de estructura similar), de modo que aquéllos permiten dar a éstos un mejor sentido interpretativo y cohesión, más que concebirlos (la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad) como derechos fundamentales autónomos.¹⁴ Por otro lado, el principio de

(13) V. Carlos María Romeo Casabona, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, Ed. Cera, Madrid, 1994, p. 44 y s. y 67 y s.

(14) V. en este sentido, José M. Valle Muniz / Marisé Gonzalez Gonzalez, "Utilización abusiva de técnicas genéticas y Derecho Penal", en *Poder Judicial*, n. 26, 1992, p. 126 y s. V. sobre la cuestión, Regino Mateo Pardo, *La "dignidad de la persona humana" y su significación en la Constitución española de 1978 a través de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, en *Escritos Jurídicos en Memoria de Luis Mateo Rodríguez*, Universidad de Cantabria, 1992,

(12) V. sobre el particular, más ampliamente, Romeo Casabona, *Límites penales de la manipulación genética*, cit., p. 187 y s.

igualdad ante la ley, pero sobre todo, su derivación de no discriminación (por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social, según el art. 14 de la Constitución española) se elevan también a un primer plano por la potencialidad discriminatoria que pueden propiciar algunas aplicaciones derivadas del conocimiento del genoma humano.

La mayor parte de los bienes jurídicos de titularidad individual que pueden verse implicados por las actuaciones en el genoma humano han encontrado un reconocimiento expreso por parte de las constituciones modernas y de las declaraciones y convenios internacionales relativos a los derechos humanos; el mismo Derecho Penal les ha conferido tradicionalmente una especial protección. Así sucede con la vida humana, con la integridad personal (física y mental), con la libertad de decisión o autodeterminación y con la intimidad, bienes jurídicos que gozan todos ellos de protección penal directa frente a casi todas o las más importantes formas de agresión a los mismos. Sin embargo, como trataremos de demostrar más abajo, no siempre sucede así. Otros bienes jurídicos han experimentado una fluctuación en cuanto a su protección, pero se va poniendo el énfasis en los últimos años en la necesidad de

intensificar aquélla, a la vista de nuevas formas de agresión que eran impensables con anterioridad o parecían de escaso relieve, como sucede con la vida y la integridad corporal y psíquica (futura) del concebido.

Junto a los anteriores bienes jurídicos individuales se van perfilando otros de carácter colectivo, o que al menos presentan esta proyección supraindividual autónoma que afecta a diversos aspectos de la especie humana, y por tal razón diferente de los concretos intereses individuales comprometidos. En efecto, las acciones que pueden realizarse en el genoma humano a partir de su conocimiento, es decir, las manipulaciones genéticas y la ingeniería genética del ADN recombinante, ponen de relieve que dichas conductas, aunque puedan recaer sobre individuos concretos, afectándoles incluso de forma directa, les trascienden al poder afectar también a la propia especie humana, a su integridad, identidad, inalterabilidad y diversidad. Por ello despiertan recelos y se rechazan la eugenesia positiva perfecta o de mejora de ciertos rasgos genéticos y no meramente terapéutica, las manipulaciones genéticas con propósitos raciales o racistas y las que degradan de algún modo la especie humana, por ejemplo, al mezclarla genéticamente con animales; se pretende evitar el resurgimiento modernizado — tanto en sus posibilidades técnicas como en su ideología — de las corrientes eugenésicas del primer tercio de este siglo. Incluso las intervenciones en los genes humanos con fines terapéuticos, aunque se tiende a aceptar su licitud, tampoco dejan de despertar recelos y plantear dudas en la medida que presenten esa potencialidad de incidir sobre la especie humana alterando su genoma fuera de ciertas circunstancias; posibilidad ésta abierta en relación con la terapia o cualquier otra intervención genética en la línea germinal, que a su vez vuelve a plantear la discusión de su utilización como medio preventivo de fortalecimiento de la raza humana frente a determinadas enfermedades con el fin de hacerla más resistente a ellas (p., ej., cáncer

341 y s. (p. 348 y s.). V., no obstante, Ferrando, Mantovani, *Manipulaciones genéticas, bienes jurídicos amenazados sistemas de control y técnicas de tutela*, en *Rev. Der. Gen. H.*, n. 1, 1994, p. 93 y s., y el "Schema di delega legislativa per l'emana-zione di un nuovo codice penale", de 1992, en Italia, que prevé un título (el IV) que acoge la dignidad del ser humano como bien jurídico autónomamente protegido, entre los que se encuentra un capítulo dedicado a los delitos "contra la identidad genética" (art. 65). V. el texto completo de este Schema en *L'Indice Penale*, n. 3, 1992, p. 579 y s. (642 y s.), y comentarios en Peris Riera, *La regulación penal de la manipulación genética en España*, cit., 210, y s.

u otras producidas por virus); o en su vertiente de eugenesia negativa de eliminación del material genético patológico.¹⁵ Dentro del espíritu de moratoria que parece aconsejable en estos momentos, hasta conocer mejor las consecuencias o efectos que pueden derivarse de las intervenciones en la línea germinal, tampoco es oportuno pronunciarse de forma definitiva sobre esta propuesta eugenésica, mientras no estemos en condiciones de conocer mejor sus posibilidades y efectos y en su caso controlar los no deseables, pues se trata de una posibilidad que en el plano puramente especulativo debe valorarse en principio favorablemente.

Pero la pregunta que sigue en pie es si realmente hay bienes colectivos nuevos además de los individuales dignos de protección por el Derecho y en su caso merecedoras de pena las conductas que atenten gravemente contra ellos. Podría pensarse, según lo indicado, en determinados bienes que afecten de modo genérico a la humanidad,¹⁶ de modo semejante a como se ha entendido tradicionalmente en relación con el derecho de gentes y los delitos de genocidio. Así lo entienden también el Consejo de Europa y la Unesco, en los respectivos instrumentos internacionales que se están elaborando en su seno, pues aluden explícitamente a la especie humana como posible perjudicada por las intervenciones en el genoma humano.¹⁷

Sobre estos bienes jurídicos me he ocupado en otro lugar,¹⁸ con las diversas matizaciones que requieren, por lo que bastará ahora con enumerarlos: 1.º inalterabilidad e intangibilidad del patrimonio genético no patológico del ser humano, para garantizar la integridad y diversidad de la especie humana; 2.ª la identidad e irrepetibilidad característica de todo ser humano, como garantía de la individualidad y la condición de ser uno mismo distinto de los demás; 3.º la dotación genética doble, de la línea genética masculina y femenina; 4.ª la supervivencia misma de la especie humana.

Por consiguiente, en estos bienes genéticos se protegería la inalterabilidad de

derechos humanos y la dignidad de la persona respecto a las aplicaciones de la Biología y de la Medicina: Convenio de Bioética, proclama: "Convencidos de la necesidad de respetar al ser humano no sólo como individuo sino también en su pertenencia a la especie humana, y reconociendo la importancia de garantizar su dignidad" (Preámbulo). Y la UNESCO, en su Anteproyecto de Declaración Universal sobre el genoma humano y los derechos de la persona humana proclama a su vez que: "El genoma humano es un componente fundamental del patrimonio común de la humanidad" (principio 1.º, versión de 21.02.1996; la versión anterior añadía la siguiente frase, suprimida en esta última: "... y necesita ser protegido para salvaguardar la integridad de la especie humana, como un valor en sí mismo, y la dignidad y derechos de cada uno de sus miembros").

(15) V. matizaciones en Albin Eser, *La moderna medicina de la reproducción e ingeniería genética. Aspectos legales y sociopolíticos desde el punto de vista alemán*, en *Ingeniería Genética y Reproducción Asistida*. (M. Barbero, ed.), Madrid, 1989, p. 294.

(16) Noëlle Lenoir, *Aux frontières de la vie: une éthique biomédicale à la française*, T. I, La Documentation Française, Paris, 1991, p. 81, sostiene que "el género humano es en sí un valor".

(17) Así, el Consejo de Europa, en su Proyecto de Convenio sobre la Protección de los

(18) V. Romeo Casabona, *Límites penales de la manipulación genética*, cit., p. 203 y s.; el mismo, ya anteriormente, *La persona entre la Biotecnología, la Bioética y el Derecho*, en *Folia Humanistica*, n. 276, 1986, p. 6. También a favor de esta configuración y distribución, Peris Riera, *La regulación penal de la manipulación en España*, cit., p. 108. V., asimismo, y la interesante y fundamentada aportación de Valle Muniz/Gonzalez Gonzalez, *Utilización abusiva de técnicas genéticas y Derecho Penal*, cit., p. 119 y s. (128).

determinadas características de la especie humana al tiempo que su pluralidad y variedad genética frente a pretensiones eugenésicas o de otro tipo por medio de la Biotecnología o ingeniería genética, incluida la propia supervivencia de la especie humana en los casos más graves. En ocasiones estas decisiones de protección pueden constituir un medio instrumental para proteger al mismo tiempo valores democráticos basados en el pluralismo y en impedir el dominio de unos seres humanos sobre otros; es sabido que la indiferenciación, la homogeneidad y la docilidad de los ciudadanos ha sido siempre la tentación del Estado totalitario.

2. Conductas de intervención en el genoma humano con peligro o lesión para los bienes jurídicos

Una vez identificados los bienes jurídicos dignos de protección, es preciso comprobar cuáles son las conductas que pueden lesionarlos de forma grave o ponerlos en peligro frente a las cuales sea necesaria la configuración de delitos. Sólo vamos a referirnos aquí a las conductas que suponen una intervención en el genoma humano, incluso, aunque no comporten en sentido estricto una modificación en el mismo (como sucede con los análisis genéticos), pero no de las lesiones a otros bienes jurídicos en relación con el acceso indebido y la utilización no autorizada del conocimiento que aportan algunas pruebas genéticas. Por otro lado, según el criterio que se propone aquí, gran número de las intervenciones en el genoma recaen sobre el embrión preimplantatorio, aunque con ello se afecte a otros bienes jurídicos; no obstante, es preciso efectuar un estudio previo de la respuesta penal a las agresiones de que pueden ser objeto el embrión o el feto, como desarrollo y concreción de los criterios de protección que he formulado en otro trabajo.¹⁹

2.1 Algunos problemas específicos en relación con el embrión y el feto humanos

Las legislaciones actuales muestran por lo general una insuficiencia para proteger al concebido en los diversos estadios de su desarrollo, incluidas las manipulaciones genéticas que recaigan sobre él o sobre los gametos o el cigoto, en particular si van a ser utilizados con fines de reproducción. El delito de aborto no responde satisfactoriamente frente a las nuevas formas de agresión contra el embrión o el feto que en épocas anteriores eran inconcebibles o infrecuentes. Sin embargo, como ya ha señalado, no toda agresión ha de ser objeto de respuesta jurídica, ni mucho menos mediante la reacción penal. Por otro lado, parece imprescindible determinar con claridad a partir de qué instante desde el inicio de la gestación debe sustanciarse esa protección, pues hay razones biológicas, a las que se suman otras de componente ético y jurídico, que marcan una diferencia entre el momento de la concepción y fases posteriores, como es, en concreto, la de la culminación de la anidación, esto es, a los catorce días de ocurrir aquélla.²⁰ A ese momento biológico se están vinculando ya algunas limitaciones y prohibiciones. Recordemos que esta orientación de protección está también presente de forma indudable en las leyes españolas sobre Donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos y sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida en relación con el embrión *in vitro*, aunque de modo parcial y podríamos añadir que insuficiente, al menos en algunos aspectos por ellas abordados.

Vida: Concepções e Debates, Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, Lisboa, 1996, p. 131 y s.

⁽²⁰⁾ V. más extensamente sobre la cuestión Romeo Casabona, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, cit., p. 147 y s.

⁽¹⁹⁾ V. Carlos María Romeo Casabona, "El estatuto del embrión y del feto", *Ética da*

2.1.1 El embrión preimplantatorio: protección del futuro ser y de la especie humana

Del mismo modo se suele urgir sobre la necesidad de otorgar alguna forma de protección jurídica, incluida en casos extremos la penal, al embrión obtenido *in vitro* todavía no transferido a una mujer e implantado en su endometrio con el fin de prevenir las manipulaciones (o algunas de ellas: las que no estén dirigidas a su propio beneficio — diagnósticas y terapéuticas — con el propósito de su posterior transferencia) de que puede ser objeto, bien es cierto que con argumentación no siempre coincidente, pero con la consecuencia de que el ámbito de lo punible se amplía o reduce, ya sea por entender que aquél merece protección en sí mismo, ya sea por verse afectada la posibilidad del libre desarrollo de la persona futura²¹ o intereses que atienden a la propia humanidad como tal. En cualquier caso, las propuestas de protección penal — directa o indirecta — del embrión preimplantatorio no suponen necesariamente una contradicción con los sistemas legales de despenalización del aborto voluntario, sobre todo si se perfila correctamente el bien jurídico que realmente se pretende proteger. No obstante, parece existir acuerdo entre los juristas sobre la prohibición de la obtención de embriones *in vitro* con fines distintos a los de la procreación, así como la prohibición de transferir a una mujer un embrión preimplantatorio que haya sido sometido previamente a cualquiera de estas manipulaciones (es decir, no dirigidas a su propio interés diagnóstico o curativo)²² o

permitir su desarrollo *in vitro* o extracorporal más allá de los catorce días,²³ aparte de otras ya propuestas más arriba. Insistamos una vez más en que esta triple barrera constituye un auténtico muro de contención frente a un buen número de manipulaciones genéticas no deseables, correspondiendo en concreto a las dos últimas el objetivo prioritario de impedir el nacimiento (en el útero materno o en el laboratorio en todo caso) de un ser humano manipulado. Por tanto, la configuración de nuevos tipos penales ha de responder a este propósito, excluyendo de este ámbito — aunque no del administrativo — cualquier otra forma de protección directa del embrión viable no implantado.

2.1.2 Intervenciones fetales y causación de la muerte del feto

Veamos a continuación las intervenciones en el feto que pueden afectar a su integridad corporal o psíquica, lo cual es cada vez más factible. Así, el caso de que

legales y sociopolíticos desde el punto de vista alemán, cit., p. 288; Silva Franco, *Genética Humana e Direito*, cit., p. 19; Carlos M. Romeo Casabona, "La utilización de embriones y fetos humanos con fines de investigación genética u otros fines no terapéuticos", en *Eguzkilore*, Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, San Sebastián, n. 5, 1992, p. 151 y s.; Hans-Ludwig Schreiber, *Der Schutz des Lebens durch das Recht an seinem Beginn und an seinem Ende*, en *Medizinrecht Psychopathologie-Rechtsmedizin* (eds. H. Schütz, H. J. Kaatsch, H. Thomsen), Springer Verlag, Berlin, 1991, p. 127; Valle Muñoz/Gonzalez Gonzalez, *Utilización abusiva de técnicas genéticas y Derecho Penal*, cit., p. 134, aunque estiman que no está justificada la intervención penal.

(21) Valle Muñoz/Gonzalez Gonzales, *Utilización abusiva de técnicas genéticas y Derecho Penal*, cit., p. 123 y s. (especialmente, p. 125 y s. y 132 y s.), mantienen una postura restrictiva. Por el contrario, la Ley alemana de Protección de Embriones, se ha decantado por una amplia cobertura penal, hasta cierto punto censurable.

(22) V. Eser, *La moderna medicina de la reproducción e ingeniería genética. Aspectos*

(23) Limitaciones ya establecidas por la Ley 35/1988 en los arts. 3.º, 14.3 (y art. 15 en conjunto) y 15.1.b, respectivamente. Recuérdense las infracciones que establece a este respecto.

se practique un aborto tomando como presupuesto un dictamen erróneo por parte del especialista (falso positivo) al realizar el diagnóstico prenatal. La situación sería la de un comportamiento previo negligente (el del especialista que emite el dictamen) que provoca la realización del aborto doloso por un tercero (el médico o profesional sanitario que lo realiza) que ha observado sus propios deberes de cuidado, al asumir la corrección del dictamen emitido por aquél, salvo que tenga indicios de su defectuosidad (principio de la confianza). A éste le afecta un error de prohibición, es decir, realiza un hecho típico en principio prohibido (el delito de aborto consentido), pero que puede ser lícito si se corresponde con alguno de los supuestos en los que la ley autoriza el aborto, por ejemplo, de acuerdo con un sistema de las indicaciones que acoja el aborto eugenésico o embriopático; pues bien, el dictamen incorrecto induce a creer al médico que el feto presenta deformaciones que le autorizan a practicar el aborto en ese caso. Lógicamente no incurre en responsabilidad: aunque practica el aborto consciente e intencionadamente — pero que en esta hipótesis no estaría permitido por no concurrir la indicación correspondiente —, se encontraría en un error, normalmente invencible o inevitable (art. 14.3 del CP español), sobre la licitud de la conducta realizada.²⁴

Para quien hizo el diagnóstico o dictamen defectuoso se trata de la hipótesis de la participación culposa en un hecho típico doloso, cuestión no resuelta

pacíficamente por la doctrina, aunque por el momento comparto el criterio mayoritario de que dicha participación no es posible en los delitos culposos en general, tratándose en estos casos más bien de la autoría de un delito culposo. En cuanto a la posibilidad de considerarle autor mediato imprudente, se discute en la doctrina si es o no contraria esta figura a la naturaleza de la autoría mediata.²⁵ En el Derecho español, como es sabido, el aborto culposo era atípico en el CP ya derogado, salvo el supuesto del art. 412 (el ocasionado violentamente, a sabiendas del estado del embarazo de la mujer, cuando no haya habido propósito de causarlo), en el que no podía subsumirse el aquí contemplado, y debíamos concluir en la solución de la impunidad, pues se entendía por la doctrina que la existencia de esa figura especial de aborto culposo implicaba la exclusión de la aplicación de la cláusula general de imprudencia del derogado art. 565 del Código Penal.²⁶ No obstante, en

⁽²⁵⁾ V. una posición reciente a favor de ella, José Ulises Hernández Plasencia, *La autoría mediata en el Derecho Penal español*, Ed. Comares, Granada (en prensa). Téngase en cuenta que el CP de 1995 incluye ya de forma expresa la autoría mediata, con la duda de si su regulación es compatible con la comisión culposa: "Son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento" (art. 28; el subrayado ha sido añadido).

⁽²⁶⁾ Sobre la situación anterior v., por ejemplo, Miguel Bajo Fernández, *Manual de Derecho Penal (Parte Especial), Delitos contra las personas*, 2.ª ed., Cera, Madrid, 1991, p. 171; Elena Farre Trepas, "Sobre el concepto de aborto y su delimitación de los delitos contra la vida humana independiente", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1990, p. 350; Francisco Muñoz Conde, *Derecho Penal, Parte Especial*, 9.ª ed., Tirant lo Blanch, 1993, p. 96; Carlos M. Romeo Casabona, *La reforma penal del aborto: límite mínimo, figuras delictivas y sistema de las*

⁽²⁴⁾ Art. 14 del nuevo CP. Patricia Laurenzo Copello, *El aborto no punible*, Bosch-Spicum, Barcelona, 1990, p. 329 y s., partiendo de su concepción sobre la naturaleza jurídica de las indicaciones, que entiende como supuestos específicos de exclusión de la responsabilidad por el hecho, considera que se trata de un caso análogo al error de prohibición, al que hay que aplicar las reglas referidas a dicho error.

el CP de 1995 se ha introducido una figura de aborto por imprudencia grave más general,²⁷ que ha de estimarse acertada en sus términos desde el punto de vista político-criminal, conforme a la cual el hecho que estamos estudiando sería típico. Por otro lado, debe recordarse de todas formas que al médico se le reconoce en su actividad diagnóstica un margen de error mayor (y debe admitirse más aún en el diagnóstico prenatal, dadas sus características actuales), y aunque se equivoque no podrá sostenerse en un buen número de casos que ha infringido sus deberes de cuidado, salvo que se deba a una auténtica falta de diligencia o de conocimientos o de cualificación (o de actualización en las técnicas o de aparataje y medios adecuados por parte del analista) para desempeñar esta labor, pero puede ser relevante para determinar una responsabilidad civil. En cualquier caso, del propio art. 417 bis del CP se deduce el reconocimiento, implícito en este caso, de un cierto margen de error mayor y no sólo de incerteza, al decir "que se presuma".²⁸

En segundo lugar, debemos abordar el tratamiento jurídico-penal que corresponde si se produce la muerte del feto como consecuencia de la toma de muestras o de las pruebas realizadas por el especialista

indicaciones, en Propuestas para la Reforma Penal, Centro de Estudios Criminológicos, La Laguna, 1992, p. 141 y s.

(27) Según el art. 146 del CP: "El que por imprudencia grave ocasionare un aborto será castigado con pena de arresto de doce a veinticuatro fines de semana. Cuando el aborto fuere cometido por imprudencia profesional se impondrá asimismo la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un período de uno a tres años. La embarazada no será penada por este precepto."

(28) V. C. M. Romeo Casabona, *El diagnóstico prenatal y sus implicaciones jurídico-penales, La Ley*, 1987, p. 9. El art. 417 bis del CP de 1973 continúa en vigor, v. Disposición derogatoria única, 1, a, del CP de 1995.

para elaborar el diagnóstico, del tratamiento o de la experimentación fetal – de estar permitida por la ley – o por cualquier otro medio. Los peligros derivados de la propia naturaleza de la intervención (p. ej., la amniocentesis) hay que entenderlos incluidos dentro del riesgo permitido, siempre que se haya procedido a la adecuada ponderación de los riesgos y ventajas que incidan en el caso concreto, y no se habrá producido la inobservancia del deber de cuidado objetivo, elemento que configura el tipo del delito culposo. Si el profesional actuó, por el contrario, infringiendo tal deber de cuidado (por actuación negligente o por falta de preparación suficiente para realizar las pruebas) se plantea una vez más la cuestión de un aborto culposo. Como hemos visto, el anterior CP no preveía la punición del aborto culposo más que en un supuesto excepcional, y por ello la respuesta jurídica era la absolución por atipicidad de la conducta, cuestión que ha quedado plenamente resuelta en el sentido de la tipicidad en el CP de 1995. Si al practicar el aborto se produjera la muerte o lesiones en la madre no habría inconveniente para castigar la conducta por el delito de homicidio o lesiones culposas correspondientes, si concurren los elementos típicos de los mismos (art. 142 y 152 del nuevo CP, respectivamente).

2.1.3 Lesiones fetales y muerte postnatal²⁹

Otra hipótesis posible consiste en que el feto no muera como consecuencia de las acciones señaladas, pero que se le causen lesiones, las cuales se manifestarán una vez que haya nacido; incluso es posible que éste muera al poco de nacer. Aquí la cuestión es de nuevo la de la más que

(29) V. más ampliamente sobre lo que se trata en este epígrafe, Fátima Flores Mendoza, *El delito de lesiones al feto en el Código Penal de 1995*, en *Rev. Der. Gen. H.*, n. 5, 1996 (en prensa).

dudosa tipicidad de las llamadas lesiones fetales, si el ordenamiento jurídico que resulte aplicable no cuenta con un tipo delictivo específico, lo que veremos más abajo ha previsto el CP español de 1995. Con anterioridad a estas nuevas previsiones legislativas la doctrina española se había dividido en dos posiciones fundamentales opuestas, que vamos a recordar brevemente con el fin de comprobar la pertinencia de la inclusión del nuevo delito de lesiones fetales.³⁰

La primera de ellas venía entendiendo que era una conducta impune por atípica – es decir, no prevista como delito en el CP –, pues los delitos de lesiones corporales y de homicidio del CP español – también el CP de 1995 – requieren que las respectivas acciones típicas se hayan infligido a una persona, es decir, a un ser humano ya nacido.³¹⁻³² Desde el punto de

vista del principio de legalidad este criterio es el más adecuado, pues téngase en cuenta que el resultado se *manifiesta* o se produce después del nacimiento, pero la agresión – la acción – recae en el feto, que es un bien jurídico distinto; la singularidad de que hay una evolución, un tránsito, de un bien jurídico a otro no debe apartarnos la atención de quién es en realidad el que sufre la agresión, pues el momento del nacimiento, en el que se produce el cambio del objeto de la agresión (del feto al individuo), determina un corte en cuanto a la consideración del bien jurídico protegido (vida humana dependiente e independiente, respectivamente).

La segunda posición apuntaba a defender que concurría el tipo del delito de homicidio o de lesiones, según correspondiera, valiéndose de diversos criterios, como los que se suelen utilizar para la determinación del tiempo de la comisión del delito (teoría del resultado o de la ubicuidad).³³

El Tribunal Supremo español se ha pronunciado recientemente sobre este problema en relación con el derogado CP de 1973, habiéndose decantado a favor de la tipicidad de estos supuestos como un delito de lesiones, en el caso, culposas.³⁴

⁽³⁰⁾ V. sobre los términos de la discusión, Marisé Gonzalez, *Las lesiones fetales*, en *Cuadernos Jurídicos*, n. 10, 1993, p. 10.

⁽³¹⁾ Pues en este sentido se interpretaba la palabra “otro” que utilizaba la Ley, y no sólo en el delito de lesiones corporales (art. 420 del CP de 1973: “El que, por cualquier medio o procedimiento, causare a *otro* una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental...”; en los mismos términos el art. 147 del CP de 1995), sino también en el de homicidio, donde aparece con más claridad todavía.

⁽³²⁾ V. Antonio Cuerda Riezu, *Límites jurídico-penales de las nuevas técnicas genéticas*, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1988, p. 420 y s.; Farre Trepas, *Sobre el concepto de aborto y su delimitación de los delitos contra la vida humana independiente*, cit., p. 347 y 350; Pastora García Álvarez, *Lesiones al feto. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de abril de 1995*, en *Cuadernos Jurídicos*, n. 43, 1996, p. 13; Gonzalez, *Las lesiones fetales*, cit., p. 10, José Luís Gonzales Cussac, *Manipulación genética y reproducción asistida en la reforma española*, *Rev. Der. Gen. H.* 3/1995, p. 81 y s.; Juan Felipe Higuera Guimera, *El*

Derecho Penal y la Genética, Trivium, Madrid, 1995, p. 322; Romeo Casabona, *El médico y el Derecho Penal*, I, cit., p. 267 y s. También de este criterio para el Derecho alemán, Hans Lüttger, *La distinción del embrión y feto frente a la calidad de persona en el proceso “Contergan”*, en *Medicina y Derecho Penal*, Madrid, 1984, p. 76 y s.; I. Tepperwien *Pränatale Einwirkungen als Tötung oder Körperverletzung?*, Tübingen, 1973, p. 143 y s.

⁽³³⁾ Así, Bajo Fernandez, *Manual de Derecho Penal (Parte Especial). Delitos contra las personas*, cit., p. 25.

⁽³⁴⁾ STS de 5 de abril de 1995. V. comentario a la misma por José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez, *Imprudencia sanitaria con resultado de lesiones irreversibles al feto*, en *Actualidad del Derecho Sanitario*,

Revocando la sentencia absolutoria de la primera instancia, el TS condenó a una comadrona por haber omitido poner en conocimiento del ginecólogo de guardia la situación de una parturienta con evidentes señales de sufrimiento fetal, que tuvo como resultado una parálisis cerebral del niño nacido, imposibilitado para su propio desenvolvimiento en vida y necesitado de asistencia continuada de otras personas. De los hechos se deduce que hubo una infracción grave del cuidado objetivamente debido por parte de la condenada, el resultado lesivo para el niño y la relación de causalidad, y lo que acentúa su dramatismo es que los hechos ocurrieran durante el curso del parto, esto es, a punto de nacer el niño, tras un embarazo, según parece, normal.

Sin embargo, no pueden compartirse ni el fallo ni la línea argumental de la sentencia, tanto por los razonamientos de *lege lata* acabados de exponer más arriba, contrarios a la condena en estos casos para no vulnerar el principio de legalidad, como por las contradicciones que se aprecian en la misma, cuyos argumentos parecen el algún caso más bien de *lege ferenda*, y que por ello son totalmente asumibles desde esta perspectiva, como veremos más abajo. Dice la sentencia: "Ciertamente que el delito de lesiones (...) lleva embebida la idea de alteridad (...) y 'el otro', mientras no alcance la categoría de persona (el caso del feto o embrión humano) es más objeto que sujeto pasivo del delito; pero puede afirmarse que, en estos supuestos de vida dependiente, las lesiones causadas durante el curso de la gestación deben tener relevancia penal porque la acción — en sentido lato — se intenta y realiza sobre una persona, la madre, y el

resultado — demostrada la relación causal — trasciende al feto por ser parte integrante de la misma, aunque las taras somáticas o psíquicas no adquieran notoriedad o evidencia hasta después del nacimiento". "Afirmada como realidad penal el delito de lesiones al feto a través de la violencia ejercida sobre la madre embarazada, o, atribuyéndole, con un sentido progresivo que se emancipa de las ficciones civiles, condición humana diferenciada de su progenitora y penalmente protegible, la posibilidad del delito doloso y, consecuentemente, del delito imprudente no es cuestionable en nombre del principio de legalidad" (f. j. 1.^o).

El que la conducta se realice a través de la madre no resuelve en absoluto la cuestión, pues es evidente que la acción agresora recae directamente sobre el feto, a través de aquélla, dado que si fuera *sobre ella* — una persona, recalca la sentencia — ella misma sería el sujeto pasivo del delito y se tendría que dilucidar la existencia de un delito de lesiones también contra la madre. Si lo que la sentencia quiere destacar es que acción y resultado se reparten, respectivamente, entre la madre y el feto, resulta todavía más inadecuado fundamentar en ello la tipicidad, puesto que habría que deducir una tentativa de delito en relación con la madre, y un resultado sin acción (?) respecto al feto. No es esa, pues, la cuestión. El problema radica en si el sujeto pasivo del delito de lesiones lo es o no el feto, lo que niega la propia sentencia. El delito de lesiones corporales del CP español de 1973 (hasta el CP de 1995) no protegía la integridad corporal o psíquica del feto, como tampoco su vida frente a comportamientos imprudentes, salvo el previsto en el art. 412. Y esto es debido a que hasta hace pocas décadas no eran imaginables esta clase de hechos: si se quería atacar dolosamente al feto era para privarle de su vida, para provocar un aborto, no con el propósito de tan sólo lesionarle, no existían procedimientos tan precisos para conseguirlo. Por

n. 6, 1995, p. 350 y s., quien comparte en lo esencial el criterio de la sentencia. Una perspectiva crítica ofrece García Álvarez, *Lesiones al feto*. Comentário a la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de abril de 1995, cit., p. 13 y s.

otro lado, si es válido extender el delito de lesiones corporales al feto, por el mismo razonamiento habría que concluir que también le es aplicable el de homicidio,³⁵ con la particularidad de que habría entonces un concurso de normas con el delito de aborto no consentido, a resolver a favor de éste de acuerdo con el principio de especialidad (o, ¿por qué no?, con el de la alternatividad a favor del de homicidio). Pero continúan los contrasentidos: ¿por qué la ley ha querido castigar con diferente pena la muerte – aborto – de un concebido y la muerte – homicidio – de uno ya nacido y no, en cambio, las lesiones de uno u otro, que serían las mismas de acuerdo con la interpretación jurisprudencial? ¿cuál es el soporte normativo para mantener esas discrepancias valorativas? La respuesta es que este tipo era únicamente aplicable a las lesiones causadas a los nacidos. Se trataba, en suma, de una cuestión de *lege ferenda*, pues cierto que no satisface la solución de impunidad por atipicidad que veníamos proponiendo de *lege lata* en relación con el ya derogado CP de 1973.

Por consiguiente, debemos concluir manifestándonos a favor de la oportunidad de la incriminación como delito las lesiones al concebido, para eliminar así estas lagunas o vacíos legales³⁶ cuando se ocasionen

dolosamente³⁷ o sean consecuencia de una grave o burda infracción del deber de cuidado al menos por parte de los profesionales médicos, sanitarios o asimilados.³⁸ Tengamos en cuenta, por un lado, que él concebido es más accesible y, consecuentemente, más vulnerable a diversas agresiones, pues, por ejemplo, el diagnóstico prenatal (y por tanto, las exploraciones y pruebas fetales que implica su obtención) está en vías de convertirse en un recurso generalizado, sobre todo a medida que se vaya abaratando su costo, aumente su fiabilidad y su ámbito de cobertura, y los tratamientos en fase experimental sobre el feto requieren una mayor ponderación de los riesgos y las ventajas que pueden afectarle; y finalmente, por otro lado, despejaría las dudas sobre su tipicidad, en particular sobre las lesiones

158, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 812; García Alvarez, *Lesiones al feto*, cit., p. 13; Higuera Guimera, *El Derecho Penal y la Genética*, cit., p. 323; Diego López Garrido/Mercedes García Aran, *El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador*, Madrid, 1996, p. 97.

(37) V. sobre la cuestión, Tepperwein, *Pränatale Einwirkungen als Tötung oder Körperverletzung?*, cit., p. 143 y s. A favor en nuestro país de la creación de un tipo semejante, Cuerda Riezu, *Límites jurídico-penales de las nuevas técnicas genéticas*, cit., 422 (al menos en relación con las lesiones dolosas); Romeo Casabona, *El médico y el Derecho Penal*, I, cit., p. 269; Valle Muñiz/Gonzalez Gonzalez, *Utilización abusiva de técnicas genéticas y Derecho Penal*, cit., p. 144.

(38) Restrictivo en cuanto a los sujetos activos del delito, Kapp, *Der Fötus als Patient?*, cit., p. 280. Sin embargo, el CP de 1995 no configura el delito de aborto culposo como delito especial (art. 146, salvo la imprudencia profesional), acotando un determinado círculo de autores, sino como delito común imputable a cualquier autor, salvo a la madre. Es aceptable esta solución, puesto con esta figura se pretende sustituir la anterior del art. 412.

(35) Así, también, García Alvarez, *Lesiones al feto*, cit., p. 19.

(36) Del mismo parecer, Armin Kaufmann, *Tatbestandmäßigkeit und Verursachung im Contergan-Verfahren* en *Juristenzeitung*, 1971, p. 571 y s.; Lüttger, *La distinción del embrión y feto frente a la calidad de persona en el proceso "Contergan"*, cit., p. 80; Romeo Casabona, *El médico y el Derecho Penal*, I, cit., p. 269 y s. y 279 y s.; Tepperwein *Pränatale Einwirkungen als Tötung oder Körperverletzung?*, cit., p. 144 y s. También estiman, recientemente, que las nuevas figuras delictivas de lesiones al feto colman una laguna legal, Juan Carlos Carbonell Mateu/José Luís Gonzalez Cussac, *Comentarios al Código Penal*, arts. 157 y

más frecuentes en la actualidad, que giran en torno a las maniobras obstétricas del parto.³⁹

El CP de 1995 ha incluido finalmente el delito de lesiones fetales dolosas o por imprudencia grave:

Art. 157: "El que, por cualquier medio o procedimiento, causare en un feto una lesión o enfermedad que perjudique gravemente su normal desarrollo, o provoque en el mismo una grave tara física o psíquica, será castigado con pena de prisión de uno a cuatro años e inhabilitación especial para ejercer cualquier profesión sanitaria o para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, por tiempo de dos a ocho años."

Art. 158: "El que por imprudencia grave, cometiere los hechos descritos en el

artículo anterior, será castigado con la pena de arresto de siete a veinticuatro fines de semana. Cuando los hechos descritos en el artículo anterior fueren cometidos por imprudencia profesional se impondrá asimismo la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un período de seis meses a dos años. La embarazada no será penada a tenor de este precepto."⁴⁰

Si bien es de celebrar la inclusión de esta regulación - que ya propuse por primera vez en 1981 -⁴¹ continúa pareciéndome discutible la adecuación de la tipicidad de la muerte ocurrida después del nacimiento causada por agresiones fetales, pues habría que integrarla como tentativa de aborto (si concurre, al menos, dolo eventual) o como lesiones al feto de las que establece el nuevo CP, y probablemente ninguna de ellas abarcaría plenamente el desvalor del hecho.⁴² Por otro

(39) En ocasión anterior me he inclinado por esta solución de *lege ferenda*, si bien admitía la posibilidad de la incriminación de *lege lata* de estos comportamientos dolosos como tentativa de aborto, partiendo de la hipótesis de que el dolo de producir esos efectos (esto es, agredir al feto dolosamente con el fin de que al cabo de nacer muera o se le manifiesten lesiones corporales) llevará implícitamente consigo el dolo eventual de causar el aborto, pues dada la delicadeza del embarazo, parece aquél un riesgo casi inherente a aquel tipo de agresiones, pero, lógicamente si en un caso que a mi me sigue pareciendo excepcional, no concurriese ese dolo eventual de aborto, no se podría castigar por tentativa, con el resultado de impunidad (frente a quienes me imputaban aquella solución como única, pues precisamente por considerarla insuficiente e insatisfactoria por no abarcar plenamente el desvalor del hecho, proponía ya entonces la inclusión de un nuevo delito, como vuelvo a retomar ahora en el texto). V. sobre ello, Romeo Casabona, *El médico y el Derecho Penal*, I, cit., p. 279 y s., en el mismo sentido, Gonzalez, *Las lesiones fetales*, cit., p. 12, n. 5.

(40) Estos delitos aparecen por primera vez en el Proyecto de CP de 1992 (arts. 165 y 166), que recoge el CP con el mismo texto, salvo la sustitución de la pena de multa por la de arresto de fin de semana y la introducción de la imprudencia profesional en el art. 158.

(41) V. Romeo Casabona, *El médico y el Derecho Penal*, I, cit., p. 280.

(42) En relación con estas conductas, el Anteproyecto de la Ley de Protección de Embriones, de la República Federal Alemana, preveía un delito que recogía alguna de ellas; sin embargo el texto de la Ley de 1990 no lo ha incluido finalmente. El Anteproyecto decía así: "Daños causados en los embriones. 1. Quien cause, mediante la intervención en un embrión o feto, daños en la salud de la persona (que resulte del desarrollo del mismo), será sancionado con privación de libertad hasta tres años o multa. 2. En casos especialmente graves, la sanción será de privación de libertad de seis meses hasta cinco años. Se considera caso especialmente grave si el autor: 1) provoca graves daños a la salud, o 2) mediante su actuación, causa imprudentemente la muerte del sujeto lesionado.

lado, el objeto material de la acción se refiere al feto que se encuentra en el seno materno, lógicamente ya implantado; sobre ello volveremos más abajo. Pero la palabra feto que utiliza aquí el CP es inadecuada, puesto que aunque tradicionalmente en Derecho Penal se ha venido entendiendo como equivalente a *nasciturus*, es decir, extendido a todo el proceso del embarazo, abarcando así también al embrión,⁴³ parecía más correcta y aconsejable para la seguridad jurídica su sustitución por otro vocablo más amplio y exacto que eliminase cualquier duda sobre la inclusión de aquél,⁴⁴ que es precisamente más sensible y vulnerable al infligimiento de taras por diversas formas de manipulación, como podría ser, por ejemplo, “en un feto o en un embrión implantado en una mujer” (con el término “implantado” se pretende excluir del tipo al embrión preimplantatorio). Abunda en favor de esta propuesta (salvo que lo que se pretendiera fuera excluirle de la protección penal) el hecho de que esta doble

terminología para indicar dos realidades distintas es conocida por el ordenamiento jurídico español en la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida y en la de Donación y Utilización de Embriones y Fetos Humanos.⁴⁵ No obstante, de *lege lata* es aceptable reconocer un significado amplio a la palabra feto.⁴⁶

Por lo que atañe al tipo culposo, ha de celebrarse igualmente que se le haya dado cabida en el marco que abre el nuevo Código con la introducción — también sumamente acertada — del principio de excepcionalidad de la incriminación de la imprudencia (art. 12), pues serán los supuestos que con considerable mayor frecuencia ocurrirán en la práctica.

El bien jurídico protegido es la integridad y la salud física y psíquica del feto, en el sentido amplio asumido para éste (el embrión desde su implantación y el feto en sentido estricto), de modo paralelo a como sucede con la vida del feto en el delito de aborto. Evidentemente, con esta protección se persigue garantizar en último extremo la integridad del futuro niño, una vez nacido, pero esta perspectiva sólo puede aceptarse de forma mediata, y no como bien jurídico protegido en sentido estricto.⁴⁷ Aparte de la incongruencia a que daría lugar esta interpretación en relación con el delito de aborto (pues, dentro de las discrepancias existentes sobre el bien jurídico protegido en este

3) Si la actuación del autor fue imprudente en los casos especificados en el apartado 1, se penalizará con privación de libertad de hasta dos años o multa. 4) Los apartados 1, 2 y 3 no se refieren a actos cuya finalidad sea la de provocar un aborto” (art. 1.º).

(43) Partidario de esta interpretación se ha mostrado Antonio Cuerda Riezu, “*Los delitos relativos a la manipulación genética y a la inseminación artificial no consentida en el Proyecto de Código Penal de 1992*”, en Fundación BBV. *El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano*, III, Bilbao, 1994, p. 224, proponiendo el entendimiento de la palabra “feto” en sentido no técnico, es decir, que abarque todos los estadios de la formación de un ser humano en el útero materno.

(44) V. a favor de este criterio en relación con el Proyecto CP de 1992, Peris Riera, *La regulación penal de la manipulación genética en España*, cit., p. 164 y s. Romeo Casabona, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, cit., p. 403 y s.

(45) Esto era más evidente todavía en el Proyecto de CP de 1992, pues distinguía ambos en la rúbrica que encabezaba el Título que seguía a este delito (“De la manipulación genética, de embriones y fetos humanos y de la inseminación artificial no consentida”), si bien no ha sido mantenida en el CP aprobado.

(46) En el sentido del texto, García Álvarez, *Lesiones al feto*, cit., p. 14. Un criterio restrictivo sustenta Higuera Guimera, *El Derecho Penal y la Genética*, cit., 324.

(47) Como sostiene Carbonell Mateu/González Cussac, *Comentarios al Código Penal*, arts. 157 y 158, cit., p. 813.

delito, no hay posiciones que hayan sostenido que con él se proteja la vida de la futura persona), el propio tenor literal del precepto impone la interpretación propuesta: la causación en el feto de una lesión o enfermedad ha de tener, como resultado típico alternativo, perjudicar "gravemente su normal desarrollo", o provocar "en el mismo una grave tara física o psíquica". Pues bien, aunque frecuentemente el perjuicio en el normal desarrollo del feto se traducirá en graves taras físicas o psíquicas, que ha de entenderse que por lo general persistirán después del nacimiento, es admisible que el perjuicio en el desarrollo no presente finalmente secuelas (p. ej., por haberse corregido de forma espontánea o mediante una intervención quirúrgica o tratamiento de otro tipo, o simplemente hayan provocado un parto prematuro), de lo contrario este resultado quedaría siempre absorbido por el otro y carecería por ello de autonomía y de sentido. Es, asimismo, rechazable que el feto haya de estar sano,⁴⁸ puesto que el objeto material de la acción recae en el feto en su estado concreto de salud o incolumidad al tiempo de aquélla, por tanto es indiferente que padezca ya una enfermedad, anomalía o malformación (de lo contrario, no serían punibles, p. ej., las lesiones producidas a un feto con síndrome de *down*, conciera o no el sujeto activo tal situación). La finalidad de esta posición consiste en excluir de este modo la tipicidad de la transmisión de enfermedades o malformaciones de carácter hereditario por parte de los progenitores (p. ej., si conocen antes de la concepción su condición de portadores de genes deletéreos y a pesar de ello deciden conseguir aquélla); sin embargo es obvia la atipicidad sin tener que recurrir a tan peligrosa restricción, puesto que en el momento de la acción – en este caso procreativa – el objeto material no existe.

En ambos casos – delito doloso y culposos – es válido cualquier medio, activo u omisivo, incluida la transmisión de enfermedades a través de la madre,⁴⁹ llegue ésta o no a padecerlas también. Requiere también el tipo el resultado de causar "en el feto una lesión o enfermedad que perjudique *gravemente* su normal desarrollo, o provoque en el mismo una grave tara física o psíquica". La expresión "grave" plantea dos problemas; el primero de ellos determinar el alcance de la misma, sobre todo porque no se ha previsto el castigo de las lesiones no graves, de forma que la duda sobre la gravedad del resultado se pudiera resolver en favor del otro tipo que las abarcara; la solución alternativa en caso de duda será entonces la de la impunidad. Aunque es difícil obtener criterios de orientación interpretativa, podría recurrirse a los tipos de resultado de los delitos de lesiones corporales sobre los ya nacidos (art. 149 y 150), en relación con las taras físicas o psíquicas al feto, pues éstas implican al menos una permanencia, aunque no necesariamente su irreversibilidad. En cuanto al grave perjuicio al normal desarrollo del feto este criterio no resulta aplicable, pero podría utilizarse la referencia – en este caso sólo orientativa – que proporciona el tipo básico del delito de lesiones corporales (art. 147. 1), cuando alude a que la "lesión requiera objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico", sea directamente en el feto o a través de la mujer (largo período de reposo): no obstante no debe olvidarse de que en nuestro caso se trata de volver al normal desarrollo del feto, o lo más próximo posible a él, por lo que la intervención podría consistir en adelantar el parto o someterlo a la incubadora una vez producido el nacimiento de forma espontánea o provocada. El segundo pro-

(48) Así lo entienden Carbonell Mateu/Gonzalez Cussac, *lug. cit.*

(49) En este sentido, Carbonell Mateu/Gonzalez Cussac, *lug. cit.*

blema radica precisamente en haber tipificado tan sólo las lesiones dolosas graves, pues entiendo que en el CP de 1995 resulta inaplicable en relación con el feto la falta de lesiones corporales dolosas del art. 617, interpretación excluida ahora con mayor razón si cabe que en el CP de 1973, por la misma presencia del delito de lesiones al feto: el "causare a otro una lesión" del art. 617 debe interpretarse como referido a una persona, es decir, ya nacida. No obstante, estoy de acuerdo con la solución del legislador de que no deben castigarse las conductas imprudentes graves con resultados de menor entidad que los que abarca el tipo, o leves de las que se derive cualquier resultado. Finalmente, la causación de una lesión o enfermedad debe concretarse en perjudicar el normal desarrollo del feto o en una tara física o psíquica, en todo caso graves; éstas últimas pueden manifestarse ya durante el embarazo o bien tras el nacimiento, con el problema, es este caso, de que no aparezcan de forma inmediata, pues el niño continúa completando su desarrollo biológico incluso después de ocurrir aquél, por lo que debería aceptarse la tipicidad siempre que la relación de causalidad no ofrezca el menor resquicio de duda.

Sujeto activo puede serlo cualquiera, aunque de hecho normalmente lo serán los profesionales sanitarios o parasanitarios. Sujeto pasivo, el embrión o el feto.

El tipo subjetivo no ofrece especiales particularidades. En el doloso el dolo puede ser tanto directo como eventual, más frecuente éste que aquél. En cuanto a la imprudencia grave y al tipo agravado respecto de éste de imprudencia profesional, han de entenderse equivalentes a los tipos de imprudencia temeraria y profesional del CP derogado, y por ello continúan siendo válidas las construcciones doctrinales y jurisprudenciales formuladas sobre ambas. Acertadamente, la embarazada no es castigada en su modalidad culposa.

De todos modos, no debe desconocerse que junto a estos problemas de tipicidad,

que se resuelven legislativamente con los nuevos tipos y conforme a los criterios propuestos, en no pocas ocasiones seguirá en pie la cuestión de establecer la relación de causalidad, en particular cuando se trate de acciones en el concebido cuyos efectos no sean bien conocidos por la ciencia o cuando los efectos típicos no se manifiesten inmediatamente después del nacimiento.⁽⁵⁰⁾ Un suceso de gran magnitud y trascendencia — el llamado 'caso Contergán', tanto para el ámbito del Derecho (pues se pusieron de manifiesto sus insuficiencias, pero gracias a ello se suscitó una viva y fructífera discusión entre los especialistas) como para el de la Biomedicina (se constató una vez más la ambivalencia de sus progresos, en este caso, en el área de Farmacología), corroboró — por desgracia — en la vida real que no es ocioso tratar estos problemas. Aunque conocido, tiene interés recordarlo en este contexto: en los años sesenta se suministró a numerosas mujeres embarazadas de Europa y Norteamérica un analgésico — talidomida —, supuestamente inocuo para el estado de preñez. Sin embargo, miles de niños nacieron con importantes deformidades, que en muchos casos afectaban a la carencia o atrofia de las extremidades superiores o inferiores. Hubo varios procesos, algunos de ellos dramáticos (como el de Lieja, Bélgica, en el que cuatro miembros de una familia y su médico fueron acusados y absueltos de eutanasia practicada en un recién nacido con anomalías de esta clase). De todas formas, las cuestiones jurídico-penales más importantes cuando se planteó el caso en Alemania fueron establecer la relación de causalidad, o lo que es lo mismo, probar que el referido medicamento fue la causa real de esas taras que presentaron los niños,⁽⁵¹⁾ y la tipicidad de esas conductas,

(50) V. García Álvarez, *Lesiones al feto*, cit., p. 16.

(51) Se ha planteado semejante problema en nuestro país en relación con el llamado

esto es, si eran susceptibles de castigo por algunos de los delitos existentes en el Código penal alemán. El Tribunal de Aquisgrán, de la República Federal Alemana, se ocupó de este asunto, y determinó la subsunción en el delito de homicidio culposo (§ 222 del CP alemán) de las acciones prenatales imprudentes con el resultado de muerte postnatal, y en el delito de lesiones corporales culposas (§ 230 del CP) los daños culposos prenatales en el feto con efectos postnatales subsistentes.⁵² Como fácilmente se deduce de las reflexiones anteriores, este pronunciamiento fue muy criticado por los autores. Sin embargo, en una sentencia muy posterior (22.04.1983) del Tribunal Supremo Federal de ese mismo país, se llega a la conclusión, en un caso semejante, de la impunidad, debido a la existencia de una laguna legal, únicamente subsanable mediante la intervención del legislador.⁵³ Finalmente, el asunto se resolvió extrajudicialmente, concediendo indemnizaciones y pensiones a los afectados.

Por último, debe señalarse que la pena prevista para el delito de lesiones al feto parece más grave que la establecida para el delito de lesiones a un nacido (art. 147, prisión de seis meses a tres años, o arresto de siete a veinticuatro fines de semana o multa de tres a doce meses, según el párrafo que resulte aplicable) y que para el delito de aborto consentido (art. 145, prisión de uno a tres años e inhabilitación especial).⁵⁴ Ha de tenerse en cuenta, en el primer caso, que las lesiones al feto tipi-

ficadas son únicamente las graves, mientras que el tipo de lesiones al nacido tomado como referencia alude tan sólo a los tipos básico y atenuado, pues otros tipos cualificados de lesiones prevén penas más graves (p. ej., 148 y 149). En cuanto al aborto, el no consentido establece penas mucho más graves (art. 144) que el delito de lesiones al feto, dado que con aquél se ven afectados bienes jurídicos de los que es titular la madre (su libertad personal procreativa), mientras que estructuralmente la figura delictiva del art. 157 acoge tanto las lesiones al feto consentidas (aunque resulte difícilmente imaginable esta hipótesis) como no consentidas por la madre. Menciono estas referencias comparativas sobre las penas porque algún sector de la doctrina ha postulado que es más grave producir lesiones – graves – al feto que el aborto mismo, puesto que aquéllas, una vez nacido, habrá de padecerlas durante toda su vida, y por ello entiende que la pena debería ser relativamente más elevada, criterio que, en sentido estricto, en mi opinión no ha sido secundado, acertadamente, por el legislador.

2.2 Intervenciones genéticas

2.2.1 Las técnicas jurídico-penales de intervención desde el punto de vista político-criminal

La plasmación en la ley de los delitos cuya tipificación se estime oportuna políticocriminalmente en relación con las intervenciones en el genoma humano exige resolver una cuestión previa, la de su ubicación. La discusión resurgente de si es más conveniente la inclusión en el CP o en una ley especial de figuras delictivas que se refieren a materias muy específicas y cuyo ámbito de licitud aparece regulado por otras leyes ha vuelto a suscitarse en relación con esta materia. En todo caso es una cuestión de relativo interés en estos momentos, no sólo porque el legislador

'síndrome tóxico', en el proceso contra los implicados en la comercialización para consumo humano del aceite de colza desnaturalizado: STS 23 de abril de 1992.

(52) Según relata Lüttger, *Geburtsbeginn und pränatale Einwirkungen mit postnatalen Folgen*, cit., p. 150.

(53) V. Lüttger, *últ. lug. cit.*, p. 139 y s.

(54) Así lo entienden López Garrido/García Aran, *El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador*, cit., p. 98.

español ha tomado ya una decisión a este respecto en el CP de 1995 — como veremos más abajo —, sino sobre todo porque la conveniencia de una u otra vía está fundamentalmente condicionada porque se utilice o no la técnica de leyes penales en blanco, y aún en este caso no constituiría un obstáculo insalvable, sobre todo si no se recurre en exceso a tal técnica, que en principio no parece deseable. Frente al por otro lado también deseable ideal de evitar el desperdigamiento de los delitos en una pluralidad de leyes especiales, devolviendo el protagonismo al Código Penal, de permitir con su incorporación al CP una más clara y estricta vinculación con las disposiciones generales o comunes de aquél, la duda que persiste consiste en dilucidar cómo se satisfacerían mejor los fines de prevención general, si incluyendo los nuevos delitos en el CP o en una ley penal especial.

Los ejemplos de derecho comparado coinciden en la tipificación penal en las leyes que regulan las técnicas de reproducción asistida, la utilización de embriones y las intervenciones genéticas, esto es, fuera del Código Penal. Por lo que se refiere al derecho español con anterioridad he defendido que ese fin hubiera quedado mejor asegurado con la inclusión de los delitos oportunos en las propias leyes de 1988 cuando fueron promulgadas, por su mayor inmediatez tanto temporal como en relación con sus más directos destinatarios; aunque existen sospechas de que en realidad no tuvo entonces la intención de crear ninguna figura delictiva.⁽⁵⁵⁾ Pero superado tal momento, la oportunidad de configurarlas como leyes penales especiales tal vez es

ahora menos consistente⁽⁵⁶⁾ y, en este sentido, no es especialmente censurable la solución finalmente adoptada por el legislador, de incluir los delitos en el nuevo CP, a salvo de los importantes defectos a que ha dado lugar se poco meditada incorporación al mismo. De todos modos, la creación de tipos penales a partir de las conductas prohibidas por estas leyes (infracciones administrativas) no tendría que implicar ningún riesgo de infracción del principio *non bis in idem*, pues sólo sería aplicable una de ellas (la infracción penal o la administrativa), lo que en concreto está claramente resuelto en el Derecho español en favor de la preferencia de la infracción y sanción penal correspondiente.⁽⁵⁷⁾

En todo caso, la creación de nuevas figuras delictivas requiere una meditación muy detenida y atenta a la realidad social y a la evolución de la utilización de estas técnicas antes de tomar la decisión político-criminal oportuna, pues no hay que olvidar que el instrumento más característico de que dispone el Derecho Penal, esto es, la pena, es la reacción mas grave del ordenamiento jurídico.⁽⁵⁸⁾ Por medio del conjunto de conductas prohibidas se trataría de formar una especie de muro de contención jurídico-penal con el fin de prevenir o evitar las anteriores agresiones y que pueda nacer un ser humano que ha sido manipulado en algún momento desde su concepción. Sin embargo, los criterios

(56) A favor de su inclusión en el CP, Peris Riera, *La regulación penal de la manipulación genética en España*, cit., p. 193 y s., siguiendo a Mantovani.

(57) El propio legislador de 1995 ha querido resolver la cuestión suprimiendo varias infracciones administrativas de la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida, por ser coincidentes con los nuevos tipos penales: las de las letras a, k, l y v del art. 20.2.B (v. Disposición Final Tercera, 1.1.º del CP).

(58) V. en este sentido, Eser, *La moderna Medicina de la reproducción e ingeniería genética*, cit., p. 297.

(55) V. en esta línea, la crítica de Barbero Santos, *Fecundación asistida e ingeniería genética. Consideraciones jurídico-penales*, cit., 53, al censurar que no se hubiera aprovechado al reforma del CP de 21 de junio de 1989 para introducir los, en su opinión, necesarios delitos.

político-criminales en esta materia no pueden sustraerse de la discusión de la oportunidad e inconvenientes de la configuración de delitos de peligro abstracto o concreto, al igual que sucede en relación con otros bienes jurídicos de carácter colectivo (p. ej., la salud pública, la seguridad del tráfico motorizado, el medio ambiente), que presentan una naturaleza de bienes mediatos o instrumentales para la protección de otros bienes jurídicos individuales (p. ej., la vida y la salud de las personas). Es indudable que la proliferación de determinadas actividades productivas, vinculadas con los descubrimientos científicos y las creaciones tecnológicas, ha provocado una expansión de la construcción de delitos de peligro concreto y abstracto,⁵⁹ en este segundo caso sobre todo cuando se presentan dificultades de determinación del nexo causal entre acción y resultado. Es decir, se trata de la cuestión de si debe adelantarse la intervención del Derecho Penal por medio de estos tipos, por lo que supone de lejanía de los comportamientos que de forma más directa e inmediata implican un grave peligro para el bien jurídico.⁶⁰ En mi opinión, si bien puede ser inevitable en esta materia el recurso a la técnica de los delitos de peligro concreto, no es necesaria, sin embargo, la configuración de delitos de peligro abstracto, sobre todo si aparece plenamente identificado el bien jurídico protegido.

⁽⁵⁹⁾ V. Carlos María Romeo Casabona, *Responsabilidad penal y responsabilidad civil de los profesionales. Presente y futuro de los conceptos de negligencia y riesgo*. Perspectivas, en *XXII Coloquio de Derecho Europeo*, Publ. del Centro de Estudios Criminológicos, Universidad de La Laguna, n. 3, 1993, p. 407 y s.

⁽⁶⁰⁾ V. más ampliamente en relación con las manipulaciones genéticas, Peris Riera, *La regulación penal de la manipulación genética en España*, cit., p. 113 y s., donde se muestra también reacio a este recurso (p. 120 y s.).

2.2.2 Intervenciones genéticas objeto de conminación penal

Una vez dados los pasos anteriores, que han consistido en reafirmar la vigencia de los principios de intervención del Derecho Penal también en relación con las intervenciones en el genoma humano, en identificar los bienes jurídicos individuales y supraindividuales implicados, en delimitar en particular la situación de la vida prenatal en relación con aquellas intervenciones, en especial en relación con el embrión preimplantatorio y la necesidad de su protección fundamentalmente — aunque veremos que no siempre es así — como medio de protección de la integridad e identidad genética de seres humanos futuros y de la especie humana, y las técnicas legislativas adecuadas desde la perspectiva político-criminal adoptada, hay que seguir avanzando en el proceso iniciado. En efecto, hay que reflexionar a continuación sobre la tipificación penal de conductas que atenten de forma grave contra aquellos bienes jurídicos. Y, así, la clonación (cuando implique manipulaciones genéticas para crear seres idénticos, o sin realizarlas se utilicen para dar lugar a individuos idénticos distanciados temporalmente) y la partenogénesis, la creación de híbridos interespecies, la fusión de gametos de distinto origen, la ectogénesis, la modificación de componentes genéticos humanos no patológicos, la transferencia a una mujer de un embrión manipulado genéticamente sin fines terapéuticos o sometido previamente a experimentación, podrían configurar nuevos delitos. Para otros comportamientos siguen siendo suficientes las infracciones y sanciones administrativas que establezcan las leyes no penales sobre estas materias,⁶¹ mientras no se aprecien motivos sobrevenidos para

⁽⁶¹⁾ De esta opinión, Cuerda Riezu, *Límites jurídicopenales de las nuevas técnicas genéticas*, cit., p. 428.

una nueva intervención penal. De conformidad con las propuestas que en este sentido ha formulado en otro lugar⁶² podemos establecer un marco de licitud y de prohibición penal en los términos que señalo a continuación.

La terapia génica en la línea somática ha de considerarse lícita. No obstante, debe autorizarse con las condiciones y limitaciones ya establecidas de forma general para la llamada "terapia experimental" o "experimentación terapéutica" (ponderación de beneficios y riesgos, inexistencia de alternativa terapéutica eficaz, que se trate de una enfermedad grave y se cuente con el consentimiento informado del paciente). Como he señalado en otro lugar,⁶³ el tratamiento jurídico penal de las intervenciones en la línea somática debe asimilarse a las actividades curativas y, en su caso, a la protección de la integridad personal (integridad corporal y salud física y psíquica), pues no presentan diferencias conceptuales o estructurales. Del mismo modo debe operarse cuando se afecta a la línea germinal en el cuerpo de un individuo (p. ej., afectando a sus órganos de la reproducción).

La terapia génica en la línea germinal, al no estar vinculada al tratamiento de una enfermedad grave para el afectado sino a su capacidad de tener hijos sanos, y al no conocerse sus efectos colaterales y en la propia herencia, debe someterse a una moratoria incluso cuando sea posible su aplicación al ser humano, mientras no sea posible controlar plenamente sus consecuencias. Las intervenciones en la línea

germinal no dirigidas a la prevención o tratamiento de enfermedades graves para las que expresamente se establezca algún mecanismo de autorización, deben ser prohibidas penalmente, de acuerdo con la técnica que se propone a continuación.

Esta reflexión nos conduce al embrión preimplantatorio obtenido *in vitro*, así como al embrión *in utero* todavía no implantado en el endometrio materno: ambos necesitan una protección adecuada, incluso penal en los casos más graves, aunque parece suficiente que ésta última deba limitarse en la actualidad al establecimiento de una "barrera de contención" que prevenga el desarrollo de embriones — y, por tanto, el nacimiento de seres humanos — manipulados genéticamente. Es decir, no parece necesaria una protección penal directa del embrión no implantado en cuanto tal y con mayor razón los gametos humanos, mientras ni éstos ni aquél vayan a ser utilizados con fines de reproducción humana. Sin embargo, habría que asumir una excepción, referida a la creación misma del embrión *in vitro*, en concreto a los fines perseguidos con su creación, como veremos más abajo; con ello se protege de forma directa al embrión y de forma indirecta se previenen otros comportamientos no deseables. El debate internacional sobre la licitud de la utilización de estos embriones con fines de investigación — pero no creados con estos fines — aconseja alcanzar un consenso sobre la cuestión, aunque sólo debería discutirse sobre los embriones no viables. Por consiguiente, la protección penal del embrión preimplantatorio así concebida y, por este camino, de la propia especie humana, debería dirigirse contra las conductas de: a) *fecundar óvulos humanos con cualquier fin distinto a la procreación humana*. También deberían ser delito las conductas que permitan su desarrollo ulterior *a termino* en ciertas condiciones, sin pronunciarnos ahora sobre si la mera provocación de tales condiciones deban estar o no tipificadas.

(62) V. más extensamente, Carlos María Romeo Casabona, *Consideraciones jurídicas sobre las técnicas genéticas*, en *Jornadas para el análisis de la investigación en Biología Molecular*, (sesión del 03.04.1995), Comisión Mixta de Investigación Científica y Desarrollo Tecnológico, Cortes Generales, Madrid, 1995, p. 98 y s.

(63) Romeo Casabona, *Límites penales de la manipulación genética*, cit., p. 195.

Estas conductas penalmente prohibidas deberían ser: b) *el desarrollo de un embrión humano más de catorce días fuera del útero de una mujer*, esto es, *in vitro* o en laboratorio o en un animal; c) *transferir al útero de una mujer un embrión que no provenga de un espermatozoide y un óvulo humanos o éstos o aquél hayan sido intervenidos con fines distintos a la prevención de enfermedades graves de acuerdo con lo que a este respecto prevea la ley* (sin que esto se contradiga con la propuesta de establecer una moratoria para la terapia génica en la línea germinal). La penalización de estos dos comportamientos más el primero mencionado constituyen esa barrera de contención antes aludida con el fin de evitar el nacimiento de seres humanos cuya dotación genética ha sido manipulada o son el resultado de procedimientos de hibridación, quimeras, partenogénesis o de gametos del mismo sexo, transferencia a una mujer de embriones animales o viceversa. Finalmente, debería penalizarse: d) *la creación de seres humanos idénticos por clonación o por cualquier otro procedimiento*.

Como veremos más abajo, algunas de estas propuestas, pero sobre todo la técnica de incriminación, que considero más sencilla y precisa, no coinciden con los criterios reflejados en el CP español de 1995.

3. Los modelos legislativos existentes

La configuración en algunos sistemas jurídicos de nuevos delitos relacionados con diversas formas de intervención en el genoma humano constituyen un ejemplo de la sintonía existente sobre que la intervención del Derecho Penal es necesaria ya y no mera huida testimonial al mismo, sin perjuicio de las notables diferencias políticocriminales y punitivas que se aprecian. Son cuatro las principales referencias comparadas europeas: dos del año 1990 (el Reino Unido y la República Federal Alemana) y dos de 1994 (Austria y Francia). En 1996, con la entrada en

vigor del nuevo CP, corresponde la incorporación de España al conjunto de países que han introducido delitos relacionados con las intervenciones genéticas.

3.1 Los modelos en el derecho comparado

No puede hablarse en sentido estricto de que los ejemplos legislativos comparados de que disponemos en la actualidad conformen modelos regulativos alternativos. Pero sí es cierto que presentan ciertas características que los identifican y distinguen de los demás y por tanto es posible tomarlos como referencias de opciones de regulación.⁶⁴ No obstante, para las iniciativas legislativas que eventualmente pudieran estimarse oportunas tomar en otros ordenamientos jurídicos son igualmente de extraordinario interés las Recomendaciones y Resoluciones del Consejo de Europa, el Proyecto de Convenio de Bioética, las iniciativas de la Comisión Europea y de la Unesco, así como los Informes Declaraciones de instituciones nacionales e internacionales gubernamentales y no gubernamentales.⁶⁵

El Reino Unido ha aprobado la Ley de Fertilización Humana y Embriología, de 01.11.1990.⁶⁶ Regula esta Ley los diversos aspectos vinculados con la reproducción asistida y los embriones huma-

⁽⁶⁴⁾ En este sentido, Peris Riera, *La regulación penal de la manipulación genética en España*, cit. p. 194 y s., quien identifica las iniciativas legislativas comparadas como modelo de penalización total (Alemana), cuasi-administrativo (Austria), mixto (Reino Unido) y de debate social y de consenso jurídico (Francia). V., en ese mismo lugar, comentarios críticos sobre estas regulaciones.

⁽⁶⁵⁾ V. sobre ello más ampliamente, Carlos María Romeo Casabona, *Del Gen al Derecho*, Universidad Externado de Colombia, Santafé de Bogotá, 1996 (en prensa).

⁽⁶⁶⁾ V. Martin H. Stelpflug, *Embryonenschutz in England*, en *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 1992, 4 y s.

nos, además de modificar la Ley de interrupción del embarazo (art. 37). Establece algunas prohibiciones en relación con el almacenamiento y utilización de gametos y embriones (arts. 3 y 4), reconoce la objeción de conciencia (art. 38), pero sobre todo hay que destacar la creación del Consejo de Fertilización Humana y Embriología (art. 5 y s.), que posee importantísimas y numerosas competencias (art. 8) de seguimiento, información y asesoramiento, pero sobre todo de conceción de permisos a través de un 'Comité de Permisos' (art. 11). Este sistema es el que en realidad va a determinar la amplitud de las prácticas que se vayan a realizar en ese país y, por tanto, el alcance real de la Ley. Incluye también un catálogo de delitos muy prolijo (art. 41), que puede comportar penas de privación de libertad de hasta diez años.

En Alemania, se aprobó la Ley de Protección de Embriones (*Gesetz zum Schutz von Embryonen — Embryonenschutzgesetz*), de 13.12.1990.⁶⁷ Se trata más bien de una ley penal especial, pues de trece artículos que contiene ocho tipifican figuras delictivas (arts. 1.º a 7.º y 11), y otro incluye una infracción administrativa (art. 12, conservar un embrión o un óvulo humanos sin ser médico); admite, a modo de cláusula de conciencia, la participación voluntaria de los médicos en la realización de la inseminación artificial, de la transferencia de un embrión en una mujer y en la conservación de embriones y óvulos humanos (art. 10), actividades que se reservan de forma exclusiva a los médicos. Las penas pueden alcanzar un máximo de cinco años de privación de libertad en los casos más graves (modificación artificial de la información genética de

una célula germinal humana, o su utilización para fertilización, art. 5.º; la creación de clones humanos y su implantación en una mujer, art. 6.º, la formación de quimeras e híbridos, así como su implantación en una mujer o en un animal o la implantación en éste de un embrión humano, art. 7.º. Prohíbe también penalmente la inseminación *postmortem*, la inseminación o la implantación de un embrión en una mujer sin su consentimiento (art. 4.º), la selección del sexo que nos esté vinculada a la prevención de una distrofia muscular del tipo Duchenne o de enfermedades análogas muy graves del futuro niño, siendo en ocasiones preceptivo un dictamen emitido por la autoridad competente (art. 3.º), la enajenación de un embrión formado extracorporalmente o extraído del útero antes de concluir la anidación, o el desarrollo extracorporal de un embrión si no es para producir un embarazo (art. 2.º), y otras conductas más entre las que destacan diversas que puedan dar lugar a embriones sobrantes o a embriones supernumerarios, la inseminación de un óvulo no destinado a permitir el embarazo de la mujer de la que proviene aquél, así como la maternidad subrogada (art. 1.º). Por lo general la mujer que participa en estas prácticas no es castigada.

En resumen, se trata de una normativa que no regula y encauza directamente los procedimientos de las diversas prácticas de las que se ocupa, sino que describe y sanciona lo penalmente prohibido, de donde lógicamente se pueden deducir las prácticas que están permitidas. La principal crítica recae no sólo en la técnica seguida, sino también en si no se habrá rebasado el principio de intervención mínima del Derecho Penal, pudiendo haber dejado algunos comportamientos prohibidos al ámbito de lo ilícito administrativo, así como que no guarda relación con su entorno, pues en otros países no se han adoptado criterios tan restrictivos, lo que podría situar en desigualdad la actividad investigadora so-

⁽⁶⁷⁾ V. Erwin Deutsch, *Embryonenschutz in Deutschland* en *Neue Juristische Wochenschrift*, 721, y s. (1991); Gerd Geilen. *Zum Strafschutz an der Anfangsgrenze des Lebens*, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 829 y s. (1991).

bre esta materia en la República Federal.⁶⁸ De todos modos, aun pareciéndome excesivamente rigurosa esta Ley, por su contenido exclusivamente criminalizador, tiene a su favor que ha sido mucho más clara y decidida sobre los comportamientos que quiere prohibir — por muy discutibles que sean en algunos casos —, a diferencia de la británica y de la española sobre Técnicas de Reproducción Asistida, que se mueven en un proceloso océano de ambigüedad y indeterminación probablemente calculadas.

También Austria,⁶⁹ y Francia⁷⁰ han configurado algunas infracciones sobre esta materia, debiendo apuntarse que la primera no incluye delitos, mientras que la segunda ha rebasado en materia penal el principio de mínima intervención, al haber elevado a delito conductas que suponen meras infracciones procedimentales, y por ello deberían haber permanecido en el ámbito de lo ilícito administrativo, aparte de que algunas penas son excesivamente elevadas.

Fuera del ámbito europeo, merece ser destacada la Ley brasileña sobre la utiliza-

ción de técnicas de ingeniería genética y la liberación en el medio ambiente de organismos genéticamente modificados, de 1995.⁷¹ Por lo que se refiere a la intervención en el material genético humano, debe mencionarse aquí que prohíbe la manipulación de células germinales humanas, la intervención en material genético humano *in vivo*, excepto para el tratamiento de defectos genéticos, respetándose los principios éticos, tales como el principio de autonomía y el principio de beneficencia, y con la autorización de la CTNBio, así como la producción, almacenamiento o manipulación de embriones humanos destinados a servir como material biológico disponible (art. 8.º, §§ II, III y IV, respectivamente). Estas prohibiciones constituyen, asimismo, infracciones penales, con penas privativas de libertad que oscilan entre tres meses y veinte años, con tipos agravados contruidos en atención a los resultados producidos (art. 13, §§ I, II y III). En un breve y superficial análisis de la ley en sus aspectos penales puede señalarse a su favor el respeto al principio de taxatividad, pues, por lo general, los tipos aparecen bien definidos, así como la preferencia, en esta materia, de su regulación por una ley especial, si bien parece que éste ha sido un recurso utilizado con exceso por el legislador brasileño. Sin embargo, presenta otros aspectos censurables,⁷² como la inclusión de resultados que

(68) Geilen, *Zum Strafschutz an der Anfangsgrenze des Lebens*, cit., 840 y s.

(69) Ley Federal de 14.07.1994, mit dem Arbeiten mit gentechnisch veränderten Organismen, das Freisetzen und Inverkehrbringen von gentechnisch veränderten Organismen und die Anwendung von Genanalyse und Gentherapie am Menschen geregelt werden (*Gentechnikgesetz – GTG*) und das Produkthaftungsgesetz geändert wird. El § 109 contiene en realidad infracciones y sanciones administrativas, dejando a salvo que los comportamientos puedan constituir infracción penal.

(70) Ley 94-654 de 29.07.1994, relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal. Es llamativa la técnica adoptada por el legislador francés, consistente en que la descripción de las infracciones aparece innecesariamente repetida en la Ley 94-653, de la misma fecha, relative au respect du corps humain.

(71) Ley 8.794, de 05.01.1995, “que regulamenta os incs. II e V do § 1.º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas para o uso das técnicas de engenharia genética e liberação no meio ambiente de organismos geneticamente modificados, autoriza o Poder Executivo a criar, no âmbito da Presidência da República, a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança, e dá outras providências”.

(72) V. más extensamente consideraciones críticas sobre los tipos penales de esta ley en Silva Franco, *Genética Humana e Direito*, cit., p. 24 y s.

en algunos casos podrían ser ya abarcados por los tipos generales de homicidio, aborto y lesiones del CP brasileño (arts. 121, 125 y 129, respectivamente) y que en otros parecen de imposible producción a consecuencia de la acción típica,⁷³ y si se hubiera perseguido con tal inclusión en la ley especial la agravación de las penas (construir tipos agravados), que no ha sido el caso, no se justificaría esta agravación por un supuesto mayor desvalor de la acción que representaría el medio comisivo de la intervención en el material genético humano, ni tampoco lo explica un pretendido aseguramiento de la tipicidad de estos resultados, perfectamente adecuados a los delitos del CP brasileño mencionados, tanto desde este punto de vista como del de la acción típica; el marco penal es excesivamente amplio en algunos casos (p. ej., la pena puede oscilar de seis a veinte años, si el resultado es de muerte, o de dos a ocho años, si el resultado es de aborto o de determinadas lesiones especialmente graves), lo que contradice el principio de seguridad jurídica, y ello a pesar de que estos marcos penales han sido transcritos de las figuras delictivas contra la vida o la integridad personal que incorporan resultados idénticos del CP brasileño; finalmente, en algún caso se rebasa el principio de mínima intervención del Derecho Penal, como sucede, por ejemplo, con la tipificación penal de toda manipulación genética de células germinales humanas, en particular si éstas no van a ser utilizadas posteriormente con fines reproductivos, pues con ello se puede perjudicar la investigación, y no parece deducirse de las competencias asignadas por la ley a determinados organismos públicos que puedan autorizar la investigación en células germinales sin fines reproductivos: por otro lado, sin perjuicio de estas últimas observaciones, debería haberse mencionado expresamen-

te al cigoto en su fase de totipotencialidad junto a las células germinales, pues aunque aquél está formado por células con semejantes características que éstas, no son en sentido estricto germinales.

3.2 *¿El modelo español? El Código Penal de 1995*⁷⁴

El CP de 1995 ha introducido varias figuras delictivas agrupadas bajo la rúbrica común de "Delitos relativos a la manipulación genética".⁷⁵ Su antecedente directo e inmediato se encuentra en el Proyecto de CP de 1992. Este ha sido claramente superado por su sucesor — el nuevo Código — en los numerosos defectos técnicos (descuido del principio de taxatividad y abuso de las normas penales en blanco, con sus efectos perniciosos para la seguridad jurídica) y políticocriminales (desatección al principio de mínima intervención del Derecho Penal) que presentaba. No obstante, el texto aprobado también incurre en algunos graves defectos, como vamos poder comprobar.

Recordemos brevemente que el Proyecto de CP de 1992, bajo la rúbrica "De la manipulación genética, de embriones y fetos humanos y de la inseminación artificial no consentida", incorporaba unos delitos nuevos con la pretensión de castigar algunos comportamientos especialmente graves: 1.º — la manipulación de genes humanos de manera que se altere el tipo constitucional vital, con finalidad distinta a la eliminación o disminución de

(73) Censura también esta técnica legislativa Silva Franco, *lug. cit.*, p. 25.

(74) V. sobre lo que sigue en este epígrafe, José Luís de La Cuesta Arzamendi, *Los llamados delitos de manipulación genética en el nuevo Código Penal de 1995*, en *Rev. Der. Gen. H.*, n. 5, 1996, (en prensa); Juan Ramón Lacadena, *Delitos relativos a la manipulación genética en el nuevo Código penal español: Un comentario genético, en el mismo lugar.*

(75) Título V del Libro II (arts. 159 a 162).

taras o enfermedades graves, bien se haga dolosamente o por imprudencia grave (art. 167, 1 y 3); 2.º – cualquier otra manipulación de genes humanos realizada con infracción de lo establecido en las leyes (art. 167.2); 3.º – la aplicación de la tecnología genética para determinar el sexo de una persona, sin consentimiento de sus progenitores (art. 168); 4.º – la donación, utilización o destrucción de embriones y fetos humanos, o de sus células, tejidos u órganos, fuera de los supuestos autorizados por la Ley (art. 169). La mayor parte de estos delitos pretendía dar una cobertura penal a las prohibiciones que se establecen en las dos leyes de 1988, pero no todos los delitos previstos abarcaban supuestos de manipulaciones genéticas, al incluir otros más específicamente relacionados con las técnicas de reproducción asistida. El tipo imprudente sería aplicable a las manipulaciones en genes humanos con cualquier fin, incluido el terapéutico, al no especificarse de otro modo. Sin embargo, la plasmación de los tipos penales concretos no fue entonces muy afortunada. Por mencionar algunos ejemplos reveladores de la ligereza del legislador,⁷⁶ la referencia al “tipo constitucional vital” introducía un concepto jurídico indeterminado, generador de clara inseguridad jurídica, al no poder deducirse su contenido ni del ordenamiento jurídico ni de las Ciencias Biomédicas; por ello en el debate

parlamentario se sustituyó tal cabalística expresión por la de “genotipo”,⁷⁷ que mejoraba la redacción, y ha persistido en el CP de 1995, lo que por tal motivo comentaremos más abajo. En cuanto al delito sobre la determinación del sexo de una persona sin el consentimiento de los progenitores, se refería a la fijación o selección del mismo y no a su averiguación, como podía hacer pensar la inapropiada palabra “determinación”, y rebasaba ya el principio de mínima intervención. En relación con la donación, utilización o destrucción de embriones y fetos humanos etc., la remisión global a la ley (parece que la Ley 42/1988) podía dar lugar a la incriminación de infracciones de escasa entidad, sin relevancia para la protección de aquéllos, y suponía un palpable abuso de la técnica de ley penal en blanco.

El nuevo CP ha experimentado un proceso cambiante en cuanto a la inclusión de los delitos de – impropriamente – “manipulación genética”. En efecto, el Proyecto de 1994, del que procede el CP de 1995, preveía que los delitos configurados se incorporaran a las leyes de 1988.⁷⁸ En el curso del debate parlamentario,⁷⁹ se optó, sin embargo, por mantenerlos en el CP, en el lugar indicado, del mismo modo que se había propuesto el Proyecto de 1992. Como se señaló más arriba, esta decisión no ha de ser en si misma motivo de crítica, e incluso ha contado con decididos partidarios de ella en la doctrina española, aunque a mi me sigue pare-

(76) V. observaciones críticas al Proyecto de 1992 en Cuerda Riezu, *Los delitos relativos a la manipulación genética y a la inseminación artificial no consentida en el Proyecto de Código Penal de 1992*, cit., p. 225 y s.; Gonzalez Cussac, *Manipulación genética y reproducción asistida en la reforma penal española*, cit., p. 84 y s.; Higuera Guimera, *El Derecho Penal y la Genética*, cit., p. 221 y s. y 233 y s.; Peris Riera, *La regulación penal de la manipulación genética en España*, cit., p. 141 y s.; Romeo Casabona, *Límites penales de la manipulación genética*, cit., p. 209 y s.

(77) V. Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, Serie A, n. 102-10, p. 536 y 623.

(78) De acuerdo con la redacción inicial de las Disposiciones Finales Segunda y Tercera.

(79) Sesión Plenaria de 27.06.1995, Boletín de las Cortes Generales, n. 158, p. 8.396, según informan Lopez Garrido/García Aran, *El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador*, cit., p. 100.

ciendo más oportuna que se hubiera persistido en su mantenimiento en las leyes especiales, pues la norma, no habría sufrido una merma en su fuerza imperativa ni la pena en su fin preventivo general y, por otro lado, se habría podido dar mejor satisfacción a la necesaria vigilancia político-criminal por parte del legislador de la adecuación a de estos delitos a la constante y rápida evolución científica y social que involucran, es decir, a su posible reforma en un plazo más breve que la de otros delitos del CP. En cualquier caso, el traslado en bloque del “paquete” de figuras delictivas a un mismo título no ha podido ser más desafortunado. Primero por razones sistemáticas, pues no se ha logrado una unidad de perspectiva; tanto en relación con el bien jurídico protegido, que es plural y diverso, como con las conductas que se integran, también diversas y no siempre encuadrables como manipulación genética, por muy amplio que sea el significado que se quiera predicar de esa expresión. Y en segundo lugar, al perderse su contexto geográfico inicialmente previsto, es decir, el de las leyes de 1988, la interpretación de los tipos puede plantear graves escollos.

Además, la pena de inhabilitación especial, prevista para todos estos delitos — y para otros muchos, tal ha sido la generosidad con que ha recurrido a ella el legislador en este Código, lo que merecería un comentario aparte —, indica que el legislador está pensando en unos destinatarios muy concretos, los mismos que los de las referidas leyes, las cuales sólo autorizan la realización de estas actuaciones a los profesionales que cumplen determinados requisitos establecidos en ellas. Por estas razones, tal vez hubiera sido más oportuno haber mantenido el propósito inicial de incorporar los tipos correspondientes a las leyes especiales, pues al menos esas disfunciones hubieran desaparecido de forma instantánea; salvo que el legislador hubiera sido

más diligente en su tarea de traslado al CP. Pero, insisto una vez más, no es ésta una cuestión fundamental, la inclusión en el Código no es criticable en sí — a pesar de que supone la asunción de una determinada opción político-criminal —, sino su tosca traslación al mismo: no se trataba de “cortar y pegar”, procedimiento más bien cibernético, sino antes bien, de adaptar y remodelar, que parece más científico y legiferante.

En efecto, junto al tipo penal que da, en sentido estricto, nombre a la inexacta rúbrica del Título que agrupa a las diversas figuras en él incluidas, el de la manipulación genética (art. 159),⁽⁸⁰⁾ encontramos otros que se emparentan con éste, como es la creación de seres humanos idénticos por clonación y otros procedimientos dirigidos a la selección de la raza (art. 161.2); en ellos resulta complejo identificar el bien o bienes jurídicos protegidos, por lo que dejamos esta tarea para más adelante.⁽⁸¹⁾ Encontramos, además, la fecundación de óvulos humanos con cualquier fin distinto a la procreación humana (art. 161.1), respecto al que podríamos afirmar la protección del embrión preimplantatorio — in vitro — en cuanto tal como bien jurídico; la práctica de la reproducción asistida en una mujer sin su consentimiento (art. 162), en el que parece protegerse la libertad de la mujer, más bien, podríamos precisar, su libertad reproductiva. Finalmente, la utilización de la ingeniería genética para producir armas biológicas

(80) V. sobre los diferentes significados que pueden otorgarse a esta expresión, Mantovani, *Manipolazioni genetiche*, cit., p. 5. V. también precisiones conceptuales y terminológicas de Silva Franco, *Genética Humana e Direito*, cit., p. 18.

(81) Sobre la identificación de los bienes jurídicos en relación con las conductas incluidas en el nuevo CP, aparte de lo indicado más arriba, ya me ocupé en *Límites penales de la manipulación genética*, cit., p. 200 y s.

o exterminadoras de la especie humana (art. 160), protege ésta, pero por ello sería más bien subsumible en la seguridad del Estado o los intereses de la Comunidad Internacional, y en consecuencia creo que es hasta cierto punto secundario el procedimiento — la ingeniería genética — frente a su potencialidad destructora, como lo son otras armas con semejante capacidad de destrucción masiva del ser humano, como sucede, por ejemplo, con las armas nucleares o bioquímicas.

En resumen, sin ser oportuna todavía una revisión del conjunto del nuevo Código en esta materia — lo haremos más abajo —, se confirma la impresión anterior de que introduce una profunda quiebra en la pretensión sistemática de integración de los delitos en atención al bien jurídico protegido, como pudiera ser el embrión preimplantatorio, pues no siempre es éste el interés comprometido; ni tampoco se ha conseguido la unidad de perspectiva a través de los comportamientos agresores, la manipulación de genes, pues hay un delito que no las comportan (reproducción asistida no consentida), otros dos — el de clonación y otros procedimientos de selección de la raza —, según el estado actual de la ciencia, no la precisarían en todo caso⁸² y, finalmente, el de la producción de armas biológicas o exterminadoras de la especie humana no requiere necesariamente la manipulación de genes *humanos*, como parece exigible a la vista de su ubicación a continuación de los delitos contra la vida y la integridad *humanas*. Finalmente, el nuevo CP cuenta con un nuevo delito que puede comportar manipulaciones en genes no humanos, sino de organismos vivos, pero se encuentra a pesar de la similitud parcial de la forma de comisión, acertadamente en este caso,

en otro lugar.⁸³ Por el contrario, tal pluralidad de bienes jurídicos y de modalidades comisivas hubiera sido irrelevante de haberse incorporado a las leyes especiales, pues éstas están presididas por un conjunto de actividades relacionadas con la reproducción humana, la investigación y la intervención en el genoma humano, que por ello son pluriofensivas (aunque no necesariamente delitos pluriofensivos). Sin embargo, no creo que, a la vista de los delitos introducidos, se haya vulnerado el principio de mínima intervención, como sucedía con el Proyecto de 1992, a salvo de la enorme amplitud comprensiva a que obliga la redacción del delito de manipulación genética, como tendremos ocasión de comprobar.

Veamos con algo más de detalle los delitos introducidos, que ordenamos expositivamente, en lo posible, de forma más sistemática y coherente, en atención a la rúbrica que da nombre a todos ellos.

(83) En efecto, en el Título XVII, "Delitos contra la seguridad colectiva", el art. 349 dice así: "Los que en la manipulación, transporte o tenencia de organismos contravenieren las normas o medidas de seguridad establecidas, poniendo en concreto peligro la vida, la integridad física, o la salud de las personas, o el medio ambiente, serán castigados con las penas de prisión de seis meses a dos años, multa de seis a doce meses, e inhabilitación especial para el empleo o cargo público, profesión u oficio pro tiempo de tres a seis años." V. también el art. 325 (delito contra el medio ambiente) y la Ley 15/1994, de 03 de junio, por la que se establece el régimen jurídico de la utilización confinada, liberación voluntaria y comercialización de organismos modificados genéticamente, a fin de prevenir los riesgos para la salud humana y para el medio ambiente, en cuyo art. 2.º, a) se define la palabra "organismo": "cualquier entidad biológica capaz de reproducirse o de transferir material genético, incluyéndose dentro de este concepto a las entidades microbiológicas, sean o no celulares".

(82) Así nos lo recuerda, respecto a la clonación, Higuera Guimera, *El Derecho Penal y la Genética*, cit., p. 264 y s.

3.2.1 Manipulaciones genéticas

Art. 159: "1. Serán castigados con la pena de prisión de dos a seis años e inhabilitación especial para empleo público, profesión u oficio de siete a diez años los que, con finalidad distinta a la eliminación o disminución de taras o enfermedades graves, manipulen genes humanos de manera que se altere el genotipo. 2. Si la alteración del genotipo fuere realizada por imprudencia grave, la pena será de multa de seis a quince meses de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio de uno a tres años."

1. *El bien jurídico protegido.* La acción típica, consistente en la "manipulación de genes humanos de manera que se altere el genotipo", se refiere a cualquier gen humano, lo que parece rebasar incluso el marco de cobertura de las leyes de 1988, que incluyen únicamente los gametos, embriones y fetos humanos.⁽⁸⁴⁾ Sin embargo, el bien jurídico protegido por este delito supera con creces este ámbito, lo que es censurable. En efecto, ya se había advertido sobre la necesidad de delimitar suficientemente los delitos de aborto, lesiones al feto y algunas conductas de manipulaciones genéticas, con el fin de evitar solapamientos.⁽⁸⁵⁾ Como vamos a intentar demostrar a continuación, el tipo abarca incluso a los ya nacidos.

Dada la amplitud de la redacción del tipo, habría que admitir varias hipótesis de manipulaciones de genes humanos: 1.º – en el ser humano ya nacido (intervenciones genéticas en la línea

somática), que de ser posible y se hiciera con una finalidad distinta a la que prevé el Código, debería remitirse a los delitos de lesiones corporales,⁽⁸⁶⁾ incluso si se practicara contra un grupo racial o étnico, al delito de genocidio; 2.º – en partes o elementos de un ser humano que no van a ser incorporados a él o a un tercero, p. ej., con fines de investigación, comportamiento que sería en principio típico, pero innecesariamente, pues, como ha señalado Peris Riera,⁽⁸⁷⁾ el tipo, aplicado literalmente, podrá abarcar incluso la manipulación de células tomadas de cualquier lugar del organismo humano – una célula epitelial, pone como ejemplo de la futilidad de la acción – para su mero cultivo en laboratorio; 3.º – si la manipulación recae específicamente sobre gametos humanos (variante del supuesto anterior), sería posible su penalización de acuerdo con tal tipo delictivo, lo que es correcto si se utilizan con posterioridad para la reproducción humana, pero sería también excesivo si se realiza con los solos fines de investigación y no se tiene el propósito de utilizarlos posteriormente para esa finalidad; 4.º – finalmente, la manipulación puede recaer sobre embriones o fetos; en cuanto a los primeros, si se encuentran todavía *in vitro* y fueran destinados a la reproducción humana, está también justificada su tipificación, pero al mismo tiempo el CP estaría tomando partido contra la investigación genética que comportara la alteración del genotipo, lo que, sin embargo, no parece prohibido por ninguna de las dos Leyes de 1988, al menos si

(84) Sobre lo dicho y lo que sigue a continuación me pronuncié en *Consideraciones jurídicas sobre las técnicas genéticas*, cit., p. 99 y s.

(85) Gonzalez Cussac, *Manipulación genética y reproducción asistida en la reforma penal española*, cit., p. 88.

(86) Dejando ahora sin despejar la duda de que si esa modificación supone una mejora perfecta orgánica o psíquica – pero no terapéutica – para el afectado tal vez fueran inadecuados los delitos de lesiones corporales en su redacción actual.

(87) V. Peris Riera, *La regulación penal de la manipulación genética en España*, cit., p. 174 y s.

aquéllos son inviables; y en cuanto al embrión implantado y al feto, su integridad ya está cubierta por el delito de lesiones al feto y, en seu caso, por el de aborto si se afecta a su vida. De todos modos, en estos casos, salvo el segundo, es posible encontrar un campo propio para el delito de manipulaciones genéticas: las intervenciones perfectivas o de mejora o de mera selección de ciertos rasgos fenotípicos (p. ej., el color de los ojos o la estatura), que incluye el tipo, pues, en sentido estricto, no suponen un menoscabo o perjuicio para el afectado o el futuro ser, y por este motivo me parece dudoso que estas acciones sean abarcadas por los tipos de lesiones corporales — al nacido — y de lesiones al feto. Por consiguiente, hay que concluir en que son intervenciones de eugenesia positiva que la ley (¿y el legislador?) ha querido proscribir con este delito, tanto en relación con el ser futurible (los gametos y el embrión *in vitro*), futuro (el embrión implantado y el feto) o ya nacido, dejando abierta la cuestión de si ello es posible en cada uno de ellos de acuerdo con el estado actual de la ciencia.

Debo insistir: de haberse incluido este delito en la Ley 42/1988, como estaba previsto inicialmente, hubiera sido posible introducir algún criterio restrictivo teleológico en función del bien jurídico protegido, puesto que esa ley se ocupa de embriones y fetos humanos y sólo respecto a las manipulaciones en ellos sería aplicable el delito. Sin embargo, poco se hubiera ganado, pues de acuerdo con la Exposición de Motivos de aquella ley, su campo de aplicación se reduce a los embriones y fetos humanos en el útero de la mujer y quedaría excluido el embrión preimplantatorio.⁸⁸ En conse-

cuencia, el tipo delictivo tenía que haber hecho referencia al sujeto pasivo de la infracción penal. Si se aceptan las sugerencias que he propuesto más arriba para el embrión preimplantatorio *in vitro*, en este delito debería incluirse, en lugar de “manipulen genes humanos”, la siguiente frase: “manipulen (o, alternativamente: intervengan en) genes de un embrión o de un feto humanos en el curso del embarazo o en gametos humanos o en un embrión *in vitro* con el fin de destinarlos a la procreación”, manteniendo o adaptando el resto de la descripción típica. En aquéllos, la diferencia del ser humano nacido — para el que he propuesto su exclusión de este tipo y reconducido a los delitos de lesiones corporales —, las consecuencias para el futuro nuevo ser pueden ser mucho más graves. Sin perjuicio de que en otro lugar he propuesto mis preferencias alternativas para la configuración de estos delitos.

En conclusión, podemos sostener que el bien jurídico protegido por este delito presenta una doble perspectiva: una individual, referida a la integridad genética del embrión preimplantatorio, el embrión y el feto y el ser humano nacido; la otra colectiva, referida a la inalterabilidad e intangibilidad del patrimonio genético de la especie humana, a salvo del tratamiento de enfermedades graves, en coherencia con la interpretación sostenida poco más arriba de que la norma prohíbe también las intervenciones genéticas perfectivas, puesto que, en sentido estricto, no comportan necesariamente un menoscabo en la integridad del individuo afectado ni

relación directa, dependiente y vital con la mujer gestante. Por razones prácticas, y para evitar la reiteración, no se hace referencia aquí a la donación y utilización de los gametos o de los óvulos fecundados *in vitro* y en desarrollo, o embriones preimplantatorios, con fines reproductores u otros, ya que se contienen en la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida.”

⁽⁸⁸⁾ Así, dice: “En esta Ley se regulan la donación y utilización de los embriones y los fetos humanos, considerando aquéllos desde el momento en que se implantan establemente en el útero y establecen una

por ello darían lugar a un delito de lesiones corporales. Esta no afectación individual obliga a deducir la existencia del interés supraindividual propuesto. Los gametos humanos y el embrión *in vitro* no son protegidos por sí mismos, sino en la medida en que a través de ellos se pueden afectar a futuros seres humanos y a la especie humana. Resultante de esta protección lo es también la de la dignidad de las personas afectadas por estas manipulaciones, sin que constituya, en mi opinión, un bien jurídico autónoma y directamente protegido. Esta doble perspectiva del bien jurídico, consecuente también por la no diferenciación por la ley entre intervenciones — curativas — en la línea germinal y en la línea somática, trae consigo varias consecuencias: el delito tiene, alternativamente, una estructura de delito de resultado y de delito de peligro (abstracto). Se plantearán también incidencias concursales, que será de delitos cuando se afecte a través de éste de la manipulación genética al bien jurídico supraindividual además de a otro individual protegido por un delito diferente (aunque que no parece fácil que ocurra: p. ej., que se altere la capacidad reproductiva de un individuo mediante una manipulación genética en sus órganos reproductivos).

No obstante, de *lege lata* es necesario encontrar algún criterio restrictivo con el fin de evitar la excesiva amplitud actual del tipo, fruto de tan desenfrenado empeño del legislador.

2. Tipicidad. Distinguiremos los elementos que afectan al tipo objetivo y al tipo subjetivo, dejando al margen los aspectos acabados de señalar en relación con el bien jurídico que afectan también al tipo.

Tipo objetivo. En primer lugar,⁸⁹ la acción consiste en manipular genes hu-

manos, en el sentido de intervenir directamente en ellos, mediante la supresión, adición, sustitución o modificación de genes humanos, con independencia de la imposibilidad técnica actual de alguno de estos procedimientos; la sustitución incluye la de la dotación genética completa (p. ej., por trasplante de los órganos de la reproducción).⁹⁰ De la palabra “manipular” parece difícil deducir la inclusión de procedimientos exógenos indirectos para incidir en los genes: radiaciones ionizantes, sustancias bioquímicas etéreas etc. Sí que son procedimientos directos de intervención las manipulaciones *in vivo* y *ex vivo* por las que se introducen en el organismo células — incluso provenientes del propio receptor — con sus genes modificados. Sin embargo, hay un caso problemático en relación con una hipótesis que se suele prohibir penalmente en derecho comparado, consistente en que se fecunde un gameto humano con otro animal; en sentido estricto, no se manipula ningún gen ni se altera un genotipo preexistente (como sucede también con la fecundación entre gametos humanos, tanto en la reproducción natural como en la asistida), sino que, partiendo de dos dotaciones genéticas diferentes impares pero completas, aunque insuficientes para generar vida (pues ha de ser par la dotación), se forma uno nuevo, si bien híbrido, aunque no llegue a su pleno desarrollo por ser — por el momento — genéticamente inviable. Más abajo veremos sí, no obstante, esta acción tiene cabida en los tipos relativos a la selección de la raza y a la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación humana. Como decía más

todavía válido, y sobre el Proyecto de 1994, Peris Riera, *La regulación penal de la manipulación genética en España*, cit., p. 143 y s. y 174 y s., respectivamente.

⁽⁸⁹⁾ V. Carlos María Romeo Casabona, *La Biotecnología entre la Bioética y el Derecho*, en *Folia Humanistica*, 1986, 6 y s.

⁽⁸⁹⁾ V. más ampliamente sobre su predecesor, el Proyecto de 1992, en lo que resulta

arriba, la manipulación típica puede recaer asimismo en gametos humanos, pero con la restricción sugerida también entonces: sólo cuando se utilicen para la reproducción.

El resultado consiste en la alteración del genotipo, esto es, una alteración, en principio, permanente (“altere”). Por genotipo podemos entender el conjunto de las características hereditarias biológicas de un organismo, que pueden manifestarse o no en éste y transmitirse a su descendencia. No obstante, la palabra “genotipo” está incompleta, pues no se señala de quién se predica su alteración. Por ello habría que entender, en atención al bien jurídico que se pretende proteger y a la gravedad de las penas establecidas — lo que ha de excluir del ámbito típico las conductas inocuas o insignificantes —, que se refiere al genotipo “de un ser humano”, pero de acuerdo con lo establecido más arriba, nacido, por nacer y por ser “gestado” (*in vitro* o gametos). La mera manipulación sin el resultado indicado constituye tentativa punible (art. 16 del CP).

Formalmente el delito puede ser cometido por cualquiera, sin embargo, tanto la finalidad de eliminación o disminución de taras o enfermedades graves, que excluye el tipo, como otras que podrían estar amparadas por una causa de justificación requieren, de acuerdo con la ley, autorización para los centros en los que se realicen y, por ello, también los profesionales que vayan a realizar la intervención, aunque en el primer caso el incumplimiento de este requisito no afectaría a la tipicidad. El sujeto pasivo podrá serlo la persona nacida, el embrión implantado y el feto. El objeto material de la acción será el cuerpo de una persona, el embrión implantado o feto viables que se encuentran en el cuerpo de una mujer y los gametos y el embrión *in vitro* viable utilizados en el laboratorio.

Tipo subjetivo. Además del dolo es necesaria la concurrencia del elemento

subjetivo de lo injusto, radicado en la finalidad no terapéutica perseguida. Por tanto, el tipo no abarca la alteración del genotipo con finalidad terapéutica o preventiva, es decir, de eliminar o disminuir taras o enfermedades graves, tanto se intervenga en la línea somática como en la germinal. En primer lugar, la exclusiva referencia a taras o enfermedades típicas, a *sensu contrario*, las prácticas perfectivas, de mejora o de eugenesia positiva; en segundo lugar, la palabra “graves” es un elemento normativo; habrá que vincular esta expresión a lo que por tal entienden las leyes respecto a preembriones *in vitro*, preembriones, embriones y fetos en el útero.⁹¹ No obstante, al no remitirse expresamente el CP a las leyes en este extremo, la referencia que pueda extraerse de las mismas — o de los Reales Decretos que las desarrollen — cumple una función orientativa para el juez (p. ej., para casos de duda) y deberá determinarse con asistencia pericial.

La modalidad *culposa* (art. 159.2), consiste en la producción del resultado, es decir, la alteración del genotipo, por imprudencia grave.⁹² No obstante, existe la dificultad sobre la determinación de qué conductas — realizadas con imprudencia — pueden integrar el tipo: por lo pronto, lo están las manipulaciones o intervenciones de cualquier clase que no tengan como propósito la alteración del

(91) V. art. 13.3 y Disposición Final Primera, d) de la Ley 35/1988, y Disposición Adicional Primera, b), de la Ley 42/1988. Al no haberse desarrollado reglamentariamente esta materia todavía, corresponderá inicialmente al profesional la valoración de la gravedad, revisable judicialmente.

(92) Gonzalez Cussac, *Manipulación genética y reproducción asistida en la reforma penal española*. cit., p. 85 y 88, estima discutible la incriminación de este delito por imprudencia, al ser en su opinión poco respetuosa con el principio de mínima intervención.

genotipo.⁹³ La duda surge en relación con las manipulaciones genéticas realizadas de forma gravemente negligente que teniendo la finalidad terapéutica admitida por la ley producen una alteración en el genotipo distinta de la proyectada, y en su caso perjudicial para la salud o integridad del afectado o del futuro nuevo ser. Entiendo que este comportamiento es también típico, pues concurren en él todos los elementos exigidos por el tipo: ese resultado concreto de alteración del genotipo ha sido consecuencia de una conducta imprudente, a pesar de la finalidad perseguida. Esta conclusión encuentra su justificación en que el tipo imprudente no se remite al párrafo anterior para la descripción de la conducta, por lo que el elemento subjetivo de lo injusto del tipo doloso no constituye un obstáculo para construir el tipo imprudente de forma autónoma.

3. *Antijuricidad*. A pesar de las dificultades existentes para la exclusión de cualquier otra posibilidad que presenta el elemento subjetivo del tipo ("con finalidad distinta a la eliminación o disminución de taras o enfermedades graves"), debe entenderse que algunos comportamientos típicos con una finalidad distinta a la excluida expresamente del delito pueden estar, no obstante, justificados si se actúa en los casos autorizados por las leyes,⁹⁴ p. ej., con fines de investigación, experimentación u otros industriales, operando a través de la causa de justificación del n. 7 del art. 20 del nuevo CP, actuar en el ejercicio legítimo de la profesión. De lo contrario, habría que entender derogados los preceptos

que regulan y autorizan las otras finalidades previstas por las leyes de 1988, lo que no ha sido voluntad de la ley.

4. *Concursos*. Ya hemos adelantado algunas consideraciones sobre este particular. Si la alteración del genotipo afecta a un ser humano ya nacido podría haber un concurso de leyes con los delitos de lesiones corporales (arts. 149 o 150), a resolver por el principio de alternatividad (art. 8.º, 4.º del CP de 1995). Del mismo modo deben resolverse los posibles concursos con el delito de aborto y con el de lesiones en el feto.⁹⁵ No obstante, tales concurrencias no han de existir siempre de forma necesaria, pues es posible que la manipulación consista en alguna mejora o perfección fenotípica — aunque por el momento sea un futuro —, y en rigor no se habría producido un perjuicio grave en el normal desarrollo del feto o una tara en su integridad física o psíquica o en la integridad o salud del ya nacido. De ser éste el caso, sería únicamente aplicable el delito de manipulación genética; de no serlo, habría un concurso de leyes, a resolver de acuerdo con los criterios propuestos.

En resumen, podemos concluir en que el delito más importante o identificativo de los agrupados bajo el mismo título, es, probablemente, el más imperfecto desde el punto de vista técnico.

3.2.2 Clonación y procedimientos para la selección de la raza

*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."*⁹⁶

⁽⁹³⁾ V. López Garrido/García Aran, *El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador*, cit., p. 99.

⁽⁹⁴⁾ V., en este sentido, arts. 14 a 16 de la Ley 38/1988, y arts. 7 y s. de la Ley 42/1988.

⁽⁹⁵⁾ V. Cuerda Riezu, *Los delitos relativos a la manipulación genética y a la inseminación artificial no consentida en el Proyecto de Código Penal de 1992*, cit., p. 229.

⁽⁹⁶⁾ V. una propuesta en sentido muy similar ya en Romeo Casabona, *Límites penales de la manipulación genética*, cit., p. 206.

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 segunda interpretación viene inducida por el empleo del verbo "castigar" en plural ("se castigarán"), que alude a dos conductas diferentes, además de la omisión de la 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"); 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.

Siendo 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 la selección de la raza, sin perjuicio de que una vez "seleccionada" una raza sea la clonación el procedimiento idóneo para la reproducción en serie de la selección obtenida. La ayuda definitiva para el criterio apuntado podemos obtenerla de la Disposición final tercera, 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 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 que han pasado a convertirse en delito en el Código Penal han sido suprimidas. Esto significa, como propongo, que ha entenderse que ambas infracciones, que presentan un contenido diferente, aunque próximo, han sido absorbidas por la figura delictiva que estamos analizando. En mi opinión, la primera infracción administrativa prohíbe 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. Si se han suprimido de aquella ley significa que ambas han de estar integradas - aunque con escaso acierto - en el delito. De lo contrario, habría que concluir que la creación de seres idénticos con una finalidad distinta a la selección de la raza es lícita, pues no sería delito ni tampoco infracción administrativa, pero la gravedad del hecho 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,⁹⁷ 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 si mismos, poco factibles en un futuro inmediato. El bien jurídico protegido es de carácter colectivo: la identidad e irrepetibilidad del ser humano,⁹⁸ en el primer caso, y éstos y la intangibilidad del patrimonio genético, en el segundo caso. Tampoco debe olvidarse al importancia de la diversidad biológica, como garante, a largo término, de la supervivencia de las especies, en este caso la humana. No obstante, ambos presentan una 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.

El primer tipo abarca no las prácticas de clonación en si mismas, que de realizarse sobre un óvulo mediante su enucleación e introducción de un nuevo núcleo de un célula somática, podrían dar lugar al tipo de manipulación genética, sino la creación de seres idénticos por clonación, es decir, que nazcan varios seres humanos fruto de esa técnica portadores de una misma dotación genética, o idéntica a la de otro ya nacido. Por consiguiente, no afecta al tipo la obtención de varios embriones 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 — con fines diagnósticos, terapéuticos o 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. De acuerdo con lo que se viene proponiendo, no es exigida por el tipo la finalidad de la selección de la raza ni

⁽⁹⁷⁾ 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).

⁽⁹⁸⁾ En este sentido, Higuera Guimera, *El Derecho Penal y la Genética*, cit., p. 247, si bien como concreciones de la dignidad humana.

cualquier otra, basta con la presencia del dolo. La tentativa existe desde que los embriones clonados se utilizan para la reproducción humana, incluso aunque ésta fracase desde sus inicios. No cabe la comisión culposa.

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 caber las prácticas de esterilización a grupos de población, ya tipificados por lo demás en el delito de genocidio (art. 607, 1.2.^a). Situado en su contexto, debe limitarse a prácticas de selección positiva 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. Si se realizara el hecho por medio de intervenciones genéticas, entraría en concurso con el delito de manipulaciones genéticas — de aplicación preferente —, pues abarca también el elemento subjetivo de selección de la raza, aquí presente. 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. 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.

3.2.3 Fecundación de óvulos humanos sin fines procreativos

Art. 161: "1. Serán castigados con pena de prisión de uno a cinco años e

inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio de seis a diez años quienes fecunden óvulos humanos con cualquier fin distinto a la procreación humana."

También es satisfactoria la presencia de este delito, aunque supone un significativo adelantamiento de la intervención del Derecho Penal, pues ha pasado de constituir un ilícito administrativo a un ilícito penal.⁹⁹ No obstante, en mi opinión no vulnera el principio de mínima intervención, pues con ello se pretende evitar una cosificación y mercantilización de formas de vida humana, como sería crear embriones humanos o híbridos (de espermatozoide animal y óvulo humano, pero no a la inversa) directamente para investigación y experimentación, para posibles terapias de otros seres humanos, para la industria etc., sin perjuicio de que en ciertos casos (fundamentalmente, preembriones no viables o muertos, o la fecundación del óvulo del hámster con un espermatozoide humano: test del hámster) tales propósitos estén permitidos por la ley bajo ciertas condiciones,¹⁰⁰ pero en todo caso cuando se trate de embriones *in vitro* obtenidos inicialmente para la procreación humana. Al mismo tiempo, este delito constituye un importante procedimiento preventivo de algunas de las conductas prohibidas en otros delitos, ya comentadas.

El bien jurídico protegido es el embrión mismo, pues los fines distintos de la procreación no son, por definición, el

⁽⁹⁹⁾ En efecto, su redacción coincide con la de la prohibición del art. 3.º y de la infracción muy grave del art. 20.2.B, a, de la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida; ésta última ha sido suprimida por la Disposición Final Tercera, 1.1.º, de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

⁽¹⁰⁰⁾ V. arts.14 a 17 de la Ley 38/1988.

favorecimiento de nuevos seres humanos futuros a los que se quisiera proteger. Por consiguiente, éstos (su integridad, dignidad etc.) no podrían ser el bien jurídico protegido.¹⁰¹

La acción consiste en fecundar óvulos humanos, sea con espermatozoides humanos o animales u otro procedimiento. En cualquier caso, el ámbito de la acción queda delimitado y restringido por el tipo subjetivo, configurado, además de por el dolo, por un elemento subjetivo de lo injusto, que consiste en pretender cualquier fin distinto a la procreación humana. El fin procreativo persiste aunque no se lleguen a utilizar para la procreación todos los óvulos fecundados, bien porque se haya logrado el embarazo de la mujer en los primeros intentos y no sea necesario por ello recurrir a los restantes (embriones sobrantes) o haya renunciado finalmente a tal embarazo.

La consumación no requiere que se lleven a cabo o que al menos se inicien esos otros objetivos, al ser un delito de resultado cortado,¹⁰² concretado por la suficiencia de ese elemento subjetivo de lo injusto.

La hipótesis remota del desarrollo terminal de un híbrido, se incluiría en el tipo, pues ya no se trataría del fin de procreación humana, la cual se caracteriza biológicamente por la presencia de

dos pares de cromosomas de origen humano, y podría dar lugar también al tipo de utilización de procedimientos para la selección de la raza, a resolver, como concurso de leyes, a favor de éste (principio de la especialidad, por el fin específico de éste), sin perjuicio de que la pena es la misma para ambos delitos.

3.2.4 Utilización de la ingeniería genética para la producción de armas biológicas

Art. 160: "La utilización de la ingeniería genética para producir armas biológicas o exterminadoras de la especie humana será castigada con la pena de prisión de tres a siete años e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio por tiempo de siete a diez años."

Indudablemente con este tipo delictivo se persigue proteger la supervivencia de la especie humana de los peligros que comporta la ingeniería genética como instrumento armamentístico, que es el bien jurídico protegido. Por otro lado, como ya adelanté más arriba, hubiera sido más conveniente situar esta figura delictiva junto a otros delitos similares contra la Comunidad Internacional que ha establecido el nuevo CP (p. ej., delito sobre medios de combate prohibidos con ocasión de conflicto armado, del art. 610),¹⁰³ en cuyo caso debería armonizarse con los demás y meditar sobre la necesidad de incluir con toda nitidez las armas bioquímicas obtenidas por otros procedimientos no genéticos (aunque pueden entenderse incluidas en el tipo del art. 610), que tienen la capacidad de

⁽¹⁰¹⁾ Para Gonzalez Cussac, *Comentarios al Código Penal*, art. 161, cit., p. 831, se trata de la vida prenatal en sus primeras fases evolutivas, pero no es exacto cuando sostiene que "puede hablarse nuevamente del derecho a la inalterabilidad e intangibilidad del patrimonio genético humano y a la identidad e irrepetibilidad del ser humano", ni que la "protección gira en torno a la idea de la vida prenatal, esto es, la idónea para alcanzar el estatuto de persona" (p. 833), pues la prohibición incluye, p. ej., la creación intencionada de preembriones no viables.

⁽¹⁰²⁾ En este sentido, Gonzalez Cussac, *Comentarios al Código Penal*, art. 161, cit., p. 833.

⁽¹⁰³⁾ Véanse el Protocolo de Ginebra de 17.06.1925, relativo a la prohibición de uso en tiempo de guerra, de gases asfixiantes, tóxicos o similares o medios bacteriológicos; Convenio de Ginebra de 18.05.1977, relativo a la prohibición de técnicas de modificación del medio ambiente con fines militares u hostiles.

producir mutaciones genéticas graves incluso en las células germinales y, por esta razón, transmisibles a la descendencia.

La acción se refiere a la utilización de la ingeniería genética sobre los genes de cualquier ser vivo, aparte de los seres humanos: animales, vegetales y, sobre todo, microorganismos (bacterias y virus). Las técnicas utilizadas han de tener una potencialidad perjudicial o destructiva para el ser humano. Si bien la producción de estas sustancias y el procedimiento del que se han de valer precisa una particular preparación por parte del sujeto activo del delito en ingeniería genética, no puede considerarse en sentido estricto que se trate de un delito especial propio, pues el tipo no exige una especial cualificación de aquél, por lo que sujeto activo teóricamente puede serlo cualquiera.¹⁰⁴

El tipo subjetivo requiere un elemento subjetivo de lo injusto, consistente en la finalidad de producir armas biológicas o — armas — exterminadoras de la especie humana. Por consiguiente, no es necesaria para la consumación la producción efectiva de estas armas, que queda fuera del tipo (delito de resultado cortado). No se ha previsto, tampoco, la comisión culposa, previsión por lo demás incompatible con la actual estructura finalista del tipo doloso. No obstante, debería haberse pensado en la configuración de un tipo imprudente en relación con el delito del art. 349, sobre manipulación, transporte o tenencia de organismos (de resultado de peligro concreto), dada su enorme potencialidad lesiva para el ser humano y otros seres vivos. Deberían haberse sustituido las palabras “o exterminadoras” por “u otros procedimientos

exterminadores”, pues no es necesario que tengan la calificación formal de armas ni que su destino preconcebido sea el bélico, siempre que se elaboren con esa finalidad de exterminio.

3.2.5 Reproducción asistida no consentida

Art. 162: “1. Quien praticare reprodução assistida em uma mulher, sem seu consentimento, será castigado com a pena de prisão de dois a seis anos, e inhabilitação especial para emprego ou cargo público, profissão ou ofício por tempo de uno a quatro anos. 2. Para proceder por este delito será precisa denuncia de la persona agraviada o de su representante legal. Quando aquélla sea menor de edad, incapaz o una persona desvalida, también podrá denunciar el Ministerio Fiscal.”

Este delito cuenta con precedentes en el derecho comparado.¹⁰⁵ El bien jurídico protegido es la libertad de la mujer que ha quedado embarazada sin su consentimiento. Sin embargo, no se trata tan sólo de la libertad de la voluntad, bien jurídico específicamente protegido por el delito de coacciones, con el que guarda cierta relación, sino de algo más grave, como es la libertad procreativa y de asumir los deberes derivados de la maternidad, que es en realidad el bien jurídico protegido; o se le pone en la textura de tener que abortar, si está permitido por la ley, lo que directamente no lo está, por haber optado el legislador por regular esta materia en una ley posterior, a diferencia del Proyecto de 1992, que regulaba y preveía este supuesto (art.

⁽¹⁰⁴⁾ De opinión contraria, Gonzalez Cussac, *Comentarios al Código Penal*, art. 161, cit., p. 830, quien, erróneamente en mi opinión, considera sujeto pasivo “muy particularmente a los poderes públicos”, además de la totalidad de la especie humana.

⁽¹⁰⁵⁾ Así, el CP portugués, art. 214 (v. Paula Martinho da Silva, *A Procriação Artificial. Da Ética ao Direito*, en *Revista de Ciência, Tecnologia e Sociedade*, n. 10, 1989, p. 130 y s.), y el CP colombiano (v. Gonzalez de Cancino, *Los retos jurídicos de la genética*, cit., p. 124).

153.1.3.^a). Todo ello explica que la pena sea más grave en este delito que en el de coacciones (art. 172.1). De todos modos, la proximidad con este delito, a pesar de algunas notables diferencias, y la lejanía de los que dan razón de ser al Título en el que ha sido incluido, aconsejaba su ubicación junto al mismo. No obstante, por todo lo que antecede debe considerarse acertada la inclusión de esta figura delictiva, en cuanto que el delito de coacciones no siempre puede acoger en su tipo todas las modalidades del de reproducción asistida sin consentimiento de la mujer ni, sobre todo, el mayor contenido de injusto de éste. En consecuencia, debe rechazarse que el bien jurídico protegido lo sea — ni siquiera uno de ellos — la integridad de la madre, pues el embarazo es un fenómeno fisiológico, aunque en este caso haya sido provocado por medios técnicos, y de producirse alguna lesión al realizar tal práctica, habría un concurso de delitos. Tampoco puede aceptarse de ningún modo que lo sea también la libertad sexual de la mujer, como ha llegado a sostenerse, para lo cual basta con recordar que estas técnicas suponen una evidente disociación entre el acto sexual y la reproducción (ni siquiera me parece imaginable un concurso de delitos).¹⁰⁶

La acción consiste en practicar reproducción asistida en una mujer sin su consentimiento. Se ha modificado la defectuosa referencia a la inseminación artificial del Proyecto de 1992, aludiéndose ahora al más genérico de técnicas de reproducción asistida,¹⁰⁷ puesto que éstas

pueden provocar igualmente el embarazo no consentido de una mujer (p. ej., la transferencia de embriones obtenidos *in vitro* de la mujer y de su pareja o de donante/s). La técnica que se utilice ha de recaer directamente en una mujer y ha de ser apta para lograr el embarazo de ésta. Así, son actos preparatorios impunes por este delito la obtención de semen de la pareja, la obtención de óvulos de la propia mujer (sin perjuicio del delito a que diera lugar, en mi opinión, de lesiones corporales, si se obtienen por punción o lavado uterino) y su fertilización *in vitro*, dando lugar a embriones.

La consumación se produce desde el momento en que se ha utilizado la técnica de reproducción asistida en una mujer, inseminándola por cualquier procedimiento o transfiriéndole embriones al útero. Resulta complejo delimitar los resultados requeridos por el tipo, pero no me parece exigible para la consumación que haya sido efectivamente fecundado algún óvulo de la mujer (técnicas de inseminación, incluida la microinyección) ni que el embrión o embriones hayan logrado su implantación en el endometrio ni, por consiguiente, que se haya logrado el inicio de la gestación ni que nazca como consecuencia de ello un niño. Por otro lado, no debería acoger los embarazos derivados de una fecundación natural tras una hiperestimulación ovárica provocada pero no consentida, pues aunque ésta es parte del procedimiento de técnicas de reproducción asistida, no es en sí misma apta para la reproducción, atendiendo para ello al bien jurídico protegido propuesto. No creo sea punible como tentativa, dada su regulación actual (art. 16.1), como tampoco cuando se intenta en una niña que no ha llegado a la pubertad o siendo una mujer adulta presenta la imposibilidad fisiológica de llevar adelante la gestación (p. ej., por falta de útero), una vez practicada la técnica de reproducción asistida correspondiente. Salvo en estos casos, es indi-

⁽¹⁰⁶⁾ V. sobre estas posturas Higuera Guimera, *El Derecho Penal y la Genética*, cit., p. 287 y s.

⁽¹⁰⁷⁾ V. el art. 1.1 de la Ley 35/1988, sobre Técnicas de Reproducción Asistida, que menciona cuáles son estas técnicas, sin perjuicio de que otras diferentes a ellas que pudieran realizarse en el futuro también estarían abarcadas por el tipo.

ferente que la mujer sea fértil o infértil para la consumación del delito, y son admisibles supuestos de tentativa.

Sujeto activo nuevamente puede serlo cualquiera, aunque por las características de la acción será precisa la concurrencia de un profesional capacitado, sin perjuicio de que pueda incurrir en un delito de intrusismo – si no es profesional – o en una infracción administrativa – si no está autorizado por la autoridad correspondiente.¹⁰⁸ Sujeto pasivo lo es la mujer púber, fértil o infértil.

Por lo que se refiere a realizarlo “sin su consentimiento”,¹⁰⁹ es una expresión problemática, pues entendida en sentido estricto normalmente daría lugar a supuestos coercitivos por lo general ya abarcados por el tipo del delito de coacciones, concurso de leyes que habría que resolver a favor del delito que venimos tratando, aplicando el principio de especialidad. Sin embargo, las hipótesis conflictivas, dudosamente acogidas por el tipo, serían aquéllas en las que el sujeto activo se vale de un consentimiento viciado por haber media-

do un engaño relevante pero no esencial (p. ej., en relación con el origen genético del semen – que no fuera de su pareja – o del embrión implantado; anestesiárla con otro fin aparentemente diferente, pero este supuesto sí quedaría incluido, puesto que no medió consentimiento para la práctica de la técnica correspondiente), que son las que precisamente aconsejaban la introducción de una figura específica como la prevista, pero incluyendo esta aclaración. En cuanto a la capacidad para consentir, habrá que acudir a la capacidad natural de juicio y no a la mayoría de edad penal, civil o para contraer matrimonio (incluida la edad para dispensa), ni a la establecida en la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida para el acceso a las mismas (dieciocho años, art. 6.1). Dicha capacidad natural habrá de extenderse a la comprensión de la trascendencia reproductiva del acto en el que se consiste, es decir, la maternidad y sus consecuencias.

En cuanto al tipo subjetivo, basta con el dolo que, aunque infrecuente, puede ser también eventual.

(108) El art. 20.2.A. de la Ley 35/1988 establece como sanción grave: “El incumplimiento de los requisitos reglamentarios de funcionamiento de los Centros Sanitarios y Equipos biomédicos”. V. a este respecto el Real Decreto 413/1996, de 1 de marzo, por el que se establecen los requisitos técnicos y funcionales precisos para la autorización y homologación de los centros y servicios sanitarios relacionados con las técnicas de reproducción humana asistida.

(109) El art. 6.1 de la Ley 35/1988 establece los requisitos del consentimiento: de manera

libre, consciente, expresa y por escrito. Sin embargo, no todos ellos son necesarios para excluir el elemento del tipo que estamos analizando: el consentimiento en el ámbito penal ha de reflejar la auténtica voluntad del interesado, sin que por ello tenga que ser expreso (puede ser tácito, pero no presunto) ni por escrito (puede ser verbal). V., al respecto, Romeo Casabona, *El médico y el Derecho Penal*, cit., p. 297 y s.; José Henrique Pierangeli, *O consentimento do ofendido (Na teoria do Delito)*, 2.ª ed., RT, São Paulo, 1995, p. 219 y s.