

ANÁLISIS CRÍTICO DEL TÍTULO V DEL LIBRO II DEL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL: “DELITOS RELATIVOS A LA MANIPULACIÓN GENÉTICA”

STELLA MARIS MARTINEZ

A partir de la sanción de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, España cuenta con un Código Penal reformado. El mismo incluye en su articulado la tipificación de conductas ligadas a los avances biotecnológicos, tanto en el área de la genética como en la de la reproducción asistida.

Vale resaltar que la inclusión en el ámbito del Derecho Penal de alguna de estas conductas, ya había sido expresamente recomendada por la “Comisión Especial de Estudio de la fecundación “in vitro” y la inseminación artificial humanas”, que funcionara en el marco del Congreso de los Diputados a partir de noviembre de 1984 y cuyo informe final – conocido como Informe Palacios – fuera aprobado por el pleno del Congreso el 10 de abril de 1986¹. Sin embargo, también es imperioso poner de relieve que la reforma no ha contemplado todas las hipótesis de actuación de la ley penal que aconsejaba dicho informe.

Es más, teniendo en cuenta que el texto que comentamos es producto de largos debates sobre el tema, luce particularmente defectuoso en distintos aspectos, si bien posee el innegable mérito de introducir la temática de las desviaciones no deseables de la ingeniería genética y de las técnicas

de reproducción asistida en el campo del Derecho Penal.

La primera objeción se vincula a la confusión conceptual que encierra el nombre dado al título en estudio, toda vez que no todos los artículos que lo componen, tienen vinculación con la ingeniería genética. El art. 162, por ejemplo, extraña figura de complejo análisis, parece destinada a tutelar la libertad sexual de la mujer, pero nada tiene que ver con posibles mutaciones del patrimonio hereditario.

Es un error hablar de manipulación genética para aludir a las técnicas de reproducción asistida, esto es, a los procedimientos destinados a paliar la esterilidad de una pareja mediante la fecundación de un ser humano por medios no naturales, a los que sí podría caberles la designación “manipulación ginecológica”.²

La ingeniería genética propiamente dicha “comprende la totalidad de las técnicas dirigidas a alterar o modificar el caudal hereditario de alguna especie, ya sea con el fin de superar enfermedades de origen genético (terapia genética) o con el objeto de producir modificaciones o transformaciones con finalidad experimental, esto es, de lograr un individuo con características hasta ese momento inexistentes en la especie (manipulación genética)”³.

(1) Para mayor información sobre el contenido de dicho informe vid. Martínez, S.M., “Manipulación Genética y Derecho Penal”, Ed. Universidad, 1994, p. 161 y ss.

(2) Vid. Zanotti, A., “Le manipolazione genetiche e il diritto della Chiesa”, Milano, Giuffrè Editore, 1990.

(3) Cf. Martínez, S.M., “Manipulación genética y Derecho Penal”, *op.cit.*, p. 32.

Sentado ello y partiendo de la base de que, más allá del nombre dado al título, el legislador penal intentó captar aquí supuestos de conflicto, tanto en el ámbito de la ingeniería genética como en el de las técnicas de reproducción asistida, sorprende la decisión adoptada de excluir del elenco de figuras penalmente prohibidas aquellas vinculadas a ataques contra el embrión extrauterino.

Más allá de las distintas e intensas discusiones que se llevan a cabo en el campo de la bioética, de la religión y de las distintas ramas del derecho, en punto a la naturaleza del embrión extracorpóreo, lo cierto es que existe consenso prácticamente unánime en considerarlo un bien digno de respeto, que merece protección calificada⁴.

Sin embargo, en el actual panorama penal español, dañar de cualquier modo, comercializar, traficar, destruir, ocultar o dar un destino diverso a los embriones que se encuentren fuera del cuerpo de una mujer, no merece reproche penal alguno.

Así, resulta exenta de reproche penal la conducta del especialista en fecundación asistida que, a cambio de una suma de dinero y sin el consentimiento de los aportantes de los gametos, implante embriones correspondientes a una pareja en el útero de otra mujer, ajena a la misma. Tampoco encuentra cabida en el ámbito penal la conducta del individuo que ingresa a un laboratorio de fecundación "in vitro" y, por cualquier motivo, destruye

los embriones criopreservados que allí se conservan.

Es muy probable que se haya adoptado esta decisión de política criminal, pese a que se aparta expresamente tanto de las sugerencias del Informe Palacios como de las recomendaciones que sobre el tema ha efectuado el Parlamento Europeo, para evitar incursionar en la problemática relativa al momento en el cual comienza la existencia de la persona humana.

Sin embargo, por los valores – real y simbólico – que cada embrión humano extrauterino posee⁵, entiendo que merece la protección del Estado a través de la actuación del derecho represivo (sin que resulte un paso previo inevitable caer en afirmaciones dogmáticas), en particular, si tenemos en cuenta que el mismo Código Penal al que aludo incluye, en su elenco de bienes dignos de tutela jurídica, otros de jerarquía ética innegablemente inferior.

Varias de estas conductas resultan alcanzadas por un instrumento legal de naturaleza administrativa (ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida), que reputa infracciones muy graves – entre otras – mantener "in vitro" óvulos fecundados y vivos más allá

⁽⁴⁾ Aún en los Estados Unidos de Norteamérica, donde predominaba una postura desprotectora, se está afirmando esta concepción. Así, un reciente veredicto de una corte estatal de ese país afirmó que los embriones criopreservados no eran ni personas ni cosas, pero configuraban una categoría intermedia que los hacía acreedores de un especial respeto en razón de su potencialidad para la vida humana (Smothers, 1992, cit. por Brody, E., "Biomedical Technology and Human Rights", UNESCO, 1993, p. 93).

⁽⁵⁾ Vid. Silva Franco, A., "Genética Humana e Direito", en "Bioética", v. 4, n. 1, San Pablo, 1996, p. 17/29; Eser, A., "Genética, gen-ética, Derecho Genético. Reflexiones político-jurídicas sobre la actuación en la herencia humana", "La Ley", año VII, Madrid, 1986; Martínez, S.M., "Manipulación...", *op.cit.*, p. 69 y ss.; Brody, E., "Biomedical Technology ...", *op.cit.*, p. 92/93; Beiderman, B., "Bioética y Criminología", conferencia pronunciada en el Seminario Internacional de Actualización Criminológica, Guayaquil, 25/29-7-1994; Ganss Gibson, K. – Massey, J., "Ethical Considerations in the Multiplication of Human Embryos" en "Reproduction, Technology, and Rights", Ed. por Humber-Almeder, Humana Press, New Jersey, 1996, p. 55/71.

del día catorce de evolución; comerciar con preembriones ⁶, importarlos o exportarlos; utilizarlos industrialmente o con fines cosméticos o semejantes; producir quimeras o híbridos ⁷; la ectogénesis ⁸ y la transferencia de preembriones humanos al útero de especies animales.

Ello no obstante, considero que – por el peligro que tales procedimientos conllevan para el futuro de la humanidad así como por la clara ofensa a la dignidad humana que importan – la intervención del Derecho Penal de cara a tales acciones se justifica acabadamente.

El Parlamento Europeo, en las resoluciones adoptadas sobre el tema en su reunión del 16 de marzo de 1989, propugnó específicamente la actuación del Derecho Penal para prohibir la producción de embriones híbridos susceptibles de evolución que contengan información hereditaria humana, la fecundación interespecie cuando alguno de los gametos corresponda a la especie humana, la transferencia de embriones de tales características al útero de una mujer así como cualquier experimento que tenga como objeto la producción de quimeras e híbridos a partir de la combinación de material hereditario humano con caudal genético animal.

⁽⁶⁾ El término preembrión – originariamente adoptado por el “Ethics Committee of the American Fertility Society” – alude al “producto de la unión de los gametos mediante fertilización, hasta la aparición del eje embrionario” (vid. “Fertility and Sterility”, v. 46, n. 3, setiembre 1986, Supl. 1, Cap. 13).

⁽⁷⁾ Se denomina “quimera” al individuo producto de la fusión de dos preembriones; también queda comprendido en este término aquel que posee material genético de más de dos individuos de los misma especie o de dos, pero de especies diferentes, si bien en este último caso está más difundida la utilización del término “híbrido”.

⁽⁸⁾ Llamase “ectogénesis” al intento de lograr la evolución completa de un ser humano fuera del útero de una mujer.

Puede también sostenerse que la desprotección penal de los preembriones obedece a que la norma administrativa ya citada, en su art. 11 inciso 3, establece que “los preembriones sobrantes de una FIV, por no transferidos al útero, se crioconservarán en los Bancos autorizados, por un máximo de cinco años”, lo que permite inferir que, pasado ese lapso, serán destruidos por el mismo Banco. Pero, más allá de los reparos éticos que ofrece esta solución, de cualquier modo se podría haber tutelado penalmente a los preembriones, manteniendo esta disposición como una causa específica de justificación que amparara este exclusivo supuesto de destrucción.

También merece reparos que, ni en este título ni en ningún otro del código, puesto que no se vuelve a abordar el tema de la ingeniería genética, se haya contemplado la problemática en esta materia en aras a la preservación del medio ambiente y de la bio-diversidad genética. El legislador sólo ha prohibido la aplicación incorrecta de estas técnicas en tanto la misma se vincule en forma directa con la especie humana, dejando de lado una serie de alternativas, de significativa trascendencia para el ecosistema ⁹.

Adentrándonos en el análisis pormenorizado de las figuras creadas, observamos que el art. 159, incorporando al elenco normativo una conducta ya descrita como ilícito administrativo en la ley 48/1988, de 28 de diciembre, sobre “Donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos”, que establece en su art. 9 inc. 2, ap. “B”, que son infracciones muy graves “a) La realización de cualquier actuación dirigida a

⁽⁹⁾ No se puede desconocer el significativo riesgo que implica la liberación masiva en la biosfera de organismos mutados genéticamente, sobre todo si recordamos el altísimo grado de participación de capitales privados en este campo (cf. Martínez, S.M., “Manipulación genética...”, *op.cit.* p. 154-156.

modificar el patrimonio genético humano no patológico”, consagra, en su inciso primero, una pena de dos a seis años de prisión e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio de siete a diez años para aquellos que, “con finalidad distinta a la eliminación o disminución de taras o enfermedades graves, manipulen genes humanos de manera que se altere el genotipo”¹⁰.

La conducta típica, como vemos, no es la mera manipulación del genoma humano, sino exclusivamente aquella intervención que trae como consecuencia la mutación del genotipo. Esta alteración podrá realizarse suprimiento, agregando o intercambiando uno o varios genes¹¹. Si bien por el momento tal posibilidad dista de ser una práctica de rutina, se estima que, concluido el Proyecto Genoma Humano¹², y atendiendo a la velocidad de

desarrollo científico de la materia, en un futuro próximo será factible la translocación.

Ahora bien, el mismo artículo introduce una cuestionable causa de justificación, ya que admite la posibilidad de alteración — sin reserva alguna — del genoma humano, cuando el objetivo de la mutación sea la eliminación o disminución de taras o enfermedades graves.

El primer reparo se presenta al advertir que el legislador, desoyendo la postura mayoritaria sobre el tema, al pergeñar esta causa de justificación no hace distinción alguna entre las células somáticas y las células germinales, ni excluye la posibilidad de que se pueda modificar el genoma de las células del embrión en sus primeros estadios, lo que supone que la mutación artificialmente provocada quedará definitivamente incorporada al patrimonio genético de ese individuo y, por ende, de su progenie y de la especie¹³.

Cabe destacar que en el ámbito de la Bioética existe consenso internacional en repudiar toda manipulación de células germinales y/o de embriones que conlleve la alteración del patrimonio hereditario¹⁴.

“La manipulación génica de la reproducción humana encierra la potencialidad de multiplicar los errores médicos de

(10) Con el nombre de genotipo se alude a la información genética total contenida en los cromosomas de un organismo y que se refiere a uno solo, a varios o a todos sus caracteres diferenciales (definición contenida en el Glosario del Informe Palacios).

(11) Debemos distinguir en este campo dos técnicas diversas: la utilización de un virus como vector para introducir el ADN (ácido desoxirribonucleico) portador del o los genes de interés y la microinyección en el cigoto (o en el preebrión) de un trozo de ADN que contenga esos genes. En la primera de ellas, el gen se introduce mediante retrovirus que ingresan a la célula en el momento de su división, insertando sus propios genes en los cromosomas de las células humanas. Los virus se diseñan en laboratorio, tornándolos inocuos para el ser humano, e integrando a su genoma, mediante las técnicas de ADN recombinante, el gen que se desea translocar.

(12) El Proyecto Genoma Humano (conocido también como H.U.G.O., por la sigla que identifica a la Human Genome Organization) posee como objetivo la secuenciación completa del genoma, lo que permitirá conformar un mapa genético en el que se precise cuál es la información codificada en cada

uno de los genes. Sobre el origen y desenvolvimiento de este proyecto vid. Shapiro, R., “La impronta humana (La carrera por desentrañar los secretos de nuestro código genético)”, Ed. Acento, 1993, p. 248-305).

(13) Los científicos justifican éticamente estas prácticas afirmando que a cierto tipo de células (las neuronas, por ejemplo), sólo se puede acceder en etapas tempranas de evolución, momento en que la mutación genética que se introduce afecta a todas las células existentes, incluidas las germinales (cf. Walter, L.R., “The ethics of human gene therapy”, “Nature”, v. 320/1986, p. 225).

(14) Vid. Wood-Harper, J., “Manipulation of the germ-line”, en “Ethics and Biotechnology”, Ed. Routledge, Londres, 1994, p. 135 y ss.

manera exponencial – causando problemas que irían más allá de las vidas finitas del terapeuta génico o del paciente que consintiera la intervención génica –. Nuestros juicios éticos, individuales y colectivos, deberían reflejar esta profunda diferencia biológica entre las células somáticas – con sus genes de corta vida, que caen en el dominio moral de la decisión individual – y las células germinales – con sus genes potencialmente inmortales, sobre los que las generaciones futuras, desde un punto de vista moral, también tendrían algo que decir”¹⁵.

El segundo cuestionamiento surge cuando tratamos de precisar cuándo una tara a una enfermedad debe ser considerada “grave”. Es indudable que la esquizofrenia o el mal de Alzheimer son dolencias muy significativas, que, sin embargo pueden o no presentarse de acuerdo a factores exógenos, y que – de presentarse – son, especialmente la segunda de las nombradas, de aparición tardía; sin embargo, no luce demasiado coherente legitimar una alteración del genotipo, que quedará definitivamente integrada a la especie humana, en cualquier embrión que presente signos genéticos compatibles con la presencia de tales enfermedades.

Cabe por otra parte interrogarse respecto a quién va decidir respecto a la mentada gravedad: ¿los dadores de los gametos, el genetista, el Estado...?¹⁶

A lo expuesto debe agregarse que la introducción de este precepto permisivo no deja demasiado en claro cuál es el objeto de protección de la norma; si lo que intenta tutelar es el patrimonio genético de la humanidad, se debería prohibir todo

tipo de alteración genética, excepto aquella que alcance exclusivamente a las células somáticas, y, por ende, no sea transmisible a la descendencia.

Las motivaciones eugenésicas que han volcado al legislador penal a legitimar la alteración del genoma humano, siempre y cuando tal alteración sirva para lograr una humanidad supuestamente más inteligente y sana, resultan evidentes.

Estas justificaciones de raíz eugenésica tornan a la norma ineficaz para preservar al individuo, a su descendencia, y, en última instancia, a la humanidad toda, de eventuales efectos colaterales negativos, y hacen tabla rasa con el derecho a la identidad genética, pacíficamente reconocido por los instrumentos internacionales más modernos¹⁷.

Justificar la mutación del genoma importa un agravio directo a tal derecho, en la medida en que la identidad genética ya no estará en manos “de la misteriosa alquimia de la naturaleza, sino de la voluntad, del arbitrio o del capricho de otros seres humanos; y, con eso, instaura el predominio definitivo de la generación actual sobre generaciones futuras, negándoles la posibilidad de desarrollares conforme a la naturaleza y de considerarse productos independientes del querer de otras personas”¹⁸.

Corresponde destacar, de todos modos, que, si analizamos la causa de justificación

⁽¹⁵⁾ Suzuki, D. – Knudtson, P., “Genética...”, *op.cit.*, p. 184.

⁽¹⁶⁾ Vid. sobre el punto Wood-Harper, J., “Manipulation of the Germ-Line. Towards elimination of major infectious diseases?” en “Ethics and Biotechnology”, Ed. por Dyson, A. – Harris, J., Routledge, Londres, 1994, p. 121-143.

⁽¹⁷⁾ Cf. arts. 7 y 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño. En igual sentido el Parlamento Europeo, al emitir opinión sobre el tema, consideró que aún modificación parcial de la información hereditaria importa una falsificación de la identidad de la persona que, por tratarse de un bien jurídico personalísimo, resulta injustificable.

⁽¹⁸⁾ Mantovani, F., “Manipulaciones genéticas: bienes jurídicos amenazados, sistemas de control y técnicas de tutela”, *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 1994, p. 94-119, cit. por Silva Franco, A., “Genética Humana y Derecho”, en “Bioética” v. 4, n. 1, 1996, p. 17 y ss.

aludida exclusivamente desde el punto de vista del preembrión o del individuo que eventualmente se desarrollará a partir del mismo, no parece tan objetable intrasistémicamente, toda vez que la legislación española admite el aborto eugenésico¹⁹; es decir, resulta menos disvalioso alterar la identidad genética de un individuo que, lisa y llanamente, destruirlo.

Sin embargo, diverso resulta el análisis si enfocamos la cuestión a través de la óptica de toda la humanidad, verdadera titular del patrimonio hereditario que, en aras a la supuesta erradicación o disminución de una tara o enfermedad grave, que — eventualmente — aquejará a uno de sus integrantes, ve irreversiblemente mutado su genoma²⁰.

El inciso segundo del mismo artículo consagra la modalidad culposa, estableciendo que, si la alteración fuera realizada por imprudencia grave, corresponderá a su autor pena de multa de seis a quince meses e inhabilitación de uno a tres años.

Contemplar esta modalidad de comisión sólo tiene sentido si pensamos en un supuesto de actuación justificada donde, por un manejo imperito de la técnica, se provoca una alteración no buscada, dado que la altísima complejidad que conllevan estos procedimientos torna imposible otra clase de hipótesis. Va de suyo que, si se

excluyeran las opciones permisivas, la previsión de la tipicidad culposa se tornaría innecesaria.

El art. 160 reprime “la utilización de la ingeniería genética para producir armas biológicas o exterminadoras de la especie humana” con una pena de tres a siete años de prisión e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio por tiempo de siete a diez años.

Nada se puede objetar al intento de represión de esta conducta, evidentemente disvaliosa, sin dejar de lado que su inclusión en el elenco de figuras penales tiene un valor meramente simbólico, ya que quienes tienen la capacidad científica y técnica para propugnar el desarrollo de este tipo de armas son los más altos niveles de decisión política de los estados nacionales, que suelen hacerlo, dejando de lado los convenios internacionales a los que previamente han adherido.

El art. 161 contiene dos incisos que contemplan situaciones disímiles; el inciso primero sanciona con pena de uno a cinco años de prisión e inhabilitación especial de seis a diez años a “quienes fecunden óvulos humanos con cualquier fin distinto a la procreación humana”.

Este tipo penal aparece igualmente inspirado en una disposición de la ley administrativa 42/1988²¹, si bien resulta un poco extraño en el contexto de un instrumento legal que no protege en forma alguna a los embriones extrauterinos; si el legislador entendió que los preembriones no configuran un bien digno de protección jurídico-penal, peca de incoherente al prohibir su generación en laboratorio para fines distintos de los de la procreación.

⁽¹⁹⁾ Pese a que no se encuentra incluido en el Código, debido a la disposición derogatoria 1, letra “a”, el art. 417 bis mantiene su vigencia; el mismo establece que “No será punible el aborto practicado por un médico, o bajo su dirección, en centro o establecimiento sanitario, público o privado, acreditado y con consentimiento expreso de la mujer embarazada cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes... Que se presuma que el feto habrá de nacer con grave taras físicas o psíquicas...”.

⁽²⁰⁾ Aún cuando considero insuficiente una mera protección de orden administrativo, recordemos que tampoco la ley 42/1988 efectúa distingos entre las células somáticas y las germinales.

⁽²¹⁾ La ley 42/1988, de 28 de diciembre, de “Donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos”, establece en su art. 9 inc. 2, ap. “B”, que son infracciones muy graves “b) La creación y mantenimiento de embriones o fetos vivos, en el útero o fuera de él con cualquier fin distinto a la procreación”.

A ello cabe adunar que, existiendo la posibilidad de criopreservar preembriones, y, manteniéndose vigente la norma administrativa que establece que los mismos, pasados dos años, quedan a disposición de los Bancos respectivos (ley 35/1988, art. 11, inc. 4), resulta totalmente innecesario recurrir, en la práctica, a la realización de la conducta que este artículo prohíbe.

El inciso segundo del art. 161, por su parte, establece que se castigará con la misma pena – uno a cinco años de prisión e inhabilitación especial de seis a diez años – “la creación de seres humanos idénticos por clonación u otros procedimientos dirigidos a la selección de la raza”.

Nuevamente resulta confuso, sobre todo a la luz de anteriores disposiciones del título, qué es lo que busca proteger el legislador: va de suyo que cuando prohíbe la creación de seres humanos idénticos está aludiendo a seres humanos *genéticamente* idénticos, ya que ello es lo que la clonación logra, por lo que parece que en este caso sí intenta tutelar la identidad genética, entendida como el derecho de todo ser humano a ser único e irrepetible.

Sin embargo, con el término clonación se comprenden realidades científicas diversas, que merecen una distinta valoración ética (y, a mi juicio, también jurídica). Es común que se incluyan en el concepto de clonación los supuestos de fisión gemelar, esto es, la realización en laboratorio de un proceso que puede darse de manera espontánea, en el útero de la madre, y generar gemelos, y que no debería entenderse “*stricto sensu*” como una técnica de ingeniería genética, en tanto no produce modificación alguna del genoma.

La factibilidad de este procedimiento deviene de la circunstancias de que las células del embrión, en los primeros estadios de su evolución (hasta que la división alcanza ocho células), tienen la calidad de ser “totipotentes”, es decir, si se las separara artificialmente y se le

construyeran sendas membranas de protección, cada una de ellas sería capaz de generar un ser humano completo, genéticamente idéntico a los desarrollados por las células embrionarias restantes.

Algunos especialistas en fertilidad, lejos de ver en este método una técnica cuestionable, lo mencionan como una posibilidad terapéutica para aumentar la cantidad de preembriones a transferir al útero materno, para el caso de que sólo se haya conseguido un óvulo fecundado en condiciones de implantación²².

Lacadena, por su parte, ha llegado a sostener el alto grado de utilidad científica del clonado o gemelado, en tanto puede permitir un mayor conocimiento de la importancia relativa de los componentes genético y ambiental²³.

También es una técnica de clonado la partenogénesis, consistente en la estimulación de un óvulo por medios artificiales, de modo tal que se duplique su dotación cromosómica sin necesidad de ser penetrado por un espermatozoide, maniobra que dará origen a un individuo de sexo femenino, genéticamente idéntico a la aportante del óvulo.

La otra forma de obtención de individuos genéticamente idénticos es enucleando un óvulo y colocando en el lugar del núcleo originario otro, procedente de una célula somática, ya sea de la dadora del óvulo o de otra persona cualquiera, en cuyo caso se generará un individuo genéticamente idéntico a quien aportara el núcleo de la célula somática.

Es evidente que esta última técnica, al igual que la partenogénesis, merecen un reproche mucho más significativo que la de fisión gemelar, que a mi criterio no

(22) Ganss Gibson, K. – Massey, J. “Ethical Considerations in the Multiplication ...”, *op.cit.*, p. 58-59.

(23) Lacadena, J., “Problemas genéticos con dimensión ético-religiosa”, “Anales de Moral Social y Economía”, v, 53, 1981, p. 113.

debería quedar captada por la normativa penal.

En realidad, lo que debe prohibirse es la creación de individuos en serie — que es a lo que tiende el clonado, ya que es la única de las técnicas que permitiría múltiples copias — en tanto y en cuanto tal conducta, además de la lesión al derecho a la identidad y a la dignidad humana que importa, puede privar a la especie de su multiplicidad genética, que es precisamente el factor que le permite perpetuarse y sobrevivir. Si esto es lo que perseguía el legislador penal, debió ser más explícito en el punto.

Certeramente Mantovani afirma: “Y es a este propósito que se ha visto el segundo riesgo biológico de la manipulación genética del hombre, advertido también en las recomendaciones del Consejo de Europa, y consistente en la programación y reproducción “totalitaria” de seres humanos en serie, todos genéticamente iguales, todos superhombres o todos serviles, todos físicamente fortísimos pero estúpidos, o todos superinteligentes, y así sucesivamente”²⁴.

Pero, toda vez que el legislador penal buscó reprimir la utilización de estos procedimientos exclusivamente en la medida en que se encuentren “dirigidos a la selección de la raza”, una interpretación literal del texto permite afirmar que las técnicas de clonado sólo resultan prohibidas en tanto y en cuanto importen un intento de mejoramiento racial.

Ahora bien, si recordamos el claro designio eugenésico que campea en el precepto permisivo consagrado en el art. 159, no resulta errado resaltar la confusión ética y filosófica de un legislador que prohíbe la selección de la raza si se hace mediante clonación, pero la permite, si bien restringidamente, cuando se practica mutando el genoma.

El último artículo del título, como ya lo señalara, es una curiosa construcción que parece tener como finalidad la protección de los derechos reproductivos de la mujer. El inciso primero textualmente consigna: “Quien practicare reproducción asistida en una mujer, sin su consentimiento, será castigado con la pena de prisión de dos a seis años, e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio por tiempo de uno a cuatro años”.

Tres son básicamente las técnicas de reproducción asistida de aplicación rutinaria: la fecundación “in vitro”, la transferencia intratubárica de gametos y la inseminación artificial²⁵.

La complejidad de las dos primeras (que incluyen la estimulación ovárica de la paciente mediante ingesta medicamentosa, controles rutinarios destinados a verificar la maduración de los óvulos y la captación de los oocitos maduros del interior del cuerpo de la mujer) y la variedad de profesionales que intervienen en su concreción, torna directamente inverosímil que cualquiera de ellas pueda realizarse sin el concurso voluntario de la mujer, salvo que se tratase de una alienada mental, privada de su libertad en un laboratorio de fertilización asistida, a los fines de forzar un embarazo, hipótesis francamente increíble.

Forzando la imaginación, podemos suponer que el legislador intentó reprimir penalmente aquel supuesto en que una mujer es inseminada artificialmente — sin preguntarle previamente si acepta ser sometida a dicha técnica — en una creación ficticia de una especie de “violación por medios no naturales”.

Toda vez que no distingue entre inseminación homóloga (realizada con el semen del marido de la inseminada) e inseminación heteróloga (realizada con el semen

⁽²⁴⁾ Mantovani, F., citado por Martínez, S.M., “Manipulación genética...”, *op.cit.*, p. 131.

⁽²⁵⁾ La microinyección del espermatozoide en el óvulo (I.C.S.I.) puede considerarse, a los efectos del discurso, como una especialización de la fecundación “in vitro”.

de un donante), es prácticamente imposible dilucidar cuál es el bien jurídico que se intenta tutelar, sobre todo si recordamos que esta figura está inserta en un título denominado "Delitos relativos a la manipulación genética" y no en el título octavo, que contempla los delitos contra la libertad sexual.

Si lo que se intenta proteger es la libertad de procreación de la mujer, aclarando por esta vía que sólo su consentimiento — y no el del marido o representante legal — legitima la utilización del método, debió redactarse el tipo de manera más precisa y ubicárselo en el título correspondiente.

Pese a lo señalado, estimo que si esto era lo que se buscaba, la utilización de la ley penal es totalmente innecesaria, en particular si tenemos en cuenta la magnitud de las penas que contempla para los infractores.

Para estos supuestos, basta una buena regulación administrativa, que determine en forma precisa los requisitos que se deben cumplimentar para requerir el consentimiento de la mujer (en aquellas legislaciones que permiten el uso de la metodología en mujeres solas) o de ambos miembros de la pareja, en el resto de los casos.

España cuenta con tal legislación, toda vez que la ya citada ley 35/1988, establece en su art. 6.º inc. 1, que "Toda mujer podrá ser receptora o usuaria de las técnicas reguladas... siempre que haya prestado su consentimiento a la utilización de aquéllas de manera libre, consciente, expresa y por escrito..." y en el inc. 3 agrega que si estuviere casada se precisará también el consentimiento del marido, que deberá revestir iguales formalidades. La misma ley considera infracción grave la omisión del consentimiento (art. 20, inc. 2, "A", "c").

Distinto hubiera sido si el legislador español hubiera determinado reprimir penalmente el abuso de confianza que importaría que un médico, a quien una

pareja ha solicitado una inseminación homóloga, ante el fracaso de esta técnica y, sin requerir una nueva autorización, practicara una inseminación heteróloga. O, si el mismo médico, en el caso de una fecundación "in vitro", usase gametos procedentes de donante, sin informar a los miembros de la pareja estéril sobre el punto, o, inclusive, en contra de su opinión expresa.

Pero esto no es lo que dice la letra de la ley española, y, vedada como está la analogía en derecho penal, estas conductas — que sí pueden darse con relativa facilidad — y resultan altamente disvaliosas, escapan al marco legal punitivo.

Para completar la confusión que el tipo acuñado genera, el inciso segundo del art. 162 establece que "para proceder por este delito será precisa denuncia de la persona agraviada o de su representante legal. Cuando aquélla sea menor de edad, incapaz, o una persona desvalida, también podrá denuncia el Ministerio Fiscal".

Como se ve, se legisla la figura como un delito dependiente de instancia privada, exactamente en los mismos términos utilizados por el art. 191 del Código, al aludir a "delitos de agresiones, acoso o abusos sexuales".

Valga resaltar que en el único caso en que parecería de aplicación lógica el tipo legal acuñado, en supuestos de inseminación artificial, el sujeto activo puede ser cualquiera, ya que esta técnica admite, dadas ciertas condiciones, su práctica por una persona que no sea profesional de la salud, y sin requerirse ámbitos o elementos demasiado sofisticados. Totalmente distintas son las posibilidades en los casos restantes, donde se requieren conocimientos e infraestructuras altamente especializados.

Ahora bien, encontrándose vigente una ley administrativa que, como ya lo señalara, establece formalidades específicas para el otorgamiento del consentimiento por parte de la mujer (libre, consciente, expreso y por escrito), el especia-

lista en fertilización que omita recabar ese consentimiento por escrito, además de la sanción administrativa, podría padecer una condena penal de dos a seis años de prisión, y verse inhabilitado por uno a cuatro años, aún cuando aclare, y la mujer convalide, la preexistencia de la conformidad reclamada.

A mi juicio, y en base a los argumentos expuestos, esta figura debería ser lisa y llanamente derogada, en tanto entiendo que la libertad sexual de la mujer — aún en este campo — se encuentra suficientemente tutelada con los tipos de los arts. 178 a 183 del ordenamiento legal en cuestión.

En resumen, se debe acoger con beneplácito que estas técnicas, que, por su complejidad, habían logrado hasta ahora escabullirse del necesario control ético y jurídico que los valores que convocan reclaman, hayan encontrado cabida en la

reforma penal española; sin que ello importe desechar las reflexiones en punto a que, el producto obtenido, ha frustrado parcialmente las expectativas que la larga elaboración del tema en ese país había generado.

Reforzando mis conceptos en relación a lo que, a mi juicio, es el punto más débil de la reforma — la falta de una protección absoluta de la intangibilidad del genoma — valga rescatar una valiosa reflexión de Stanley Cohen: “la mitología esta llena de criaturas híbridas, como la Esfinge, el Minotauro o Quimera; pero el mundo real no lo está. Se halla poblado por organismos que no han sido configurados por la unión de características provenientes de seres muy distintos, sino por la evolución dentro de especies dadas, que conservan su identidad básica generación tras generación”⁽²⁶⁾.

⁽²⁶⁾ Cohen, S., “The Manipulation of genes”, *Scientific American*, cit. por Suzuki, D. — Knudteson, P., “Genética...”, *op.cit.*, p. 102.