

Límites juridicopenales de las nuevas técnicas genéticas (*)

ANTONIO CUERDA RIEZU

Profesor titular de Derecho penal.
Universidad de Alcalá de Henares

I. En Derecho penal rige sin limitaciones el principio de legalidad. Este principio, que constituye una conquista del Derecho penal moderno alcanzada en la época de la Ilustración, consiste en que un comportamiento humano no puede considerarse infracción penal ni imponerse ninguna pena por él, si no está previsto en la Ley como delito o falta y si no está prevista igualmente en la Ley la sanción que corresponde, caso de que se efectúe tal comportamiento. La formulación latina de este principio —*nullum crimen nulla poena sine lege*— resume admirablemente su contenido: no hay delito ni pena sin ley previa que lo determine.

La Constitución Española ha reconocido el principio de legalidad en el artículo 25.1. Pero este precepto no lo ha restringido el campo penal, sino que le ha dado una proyección aún mayor, por cuanto se ha convertido en un límite de todo el Derecho sancionador, siendo vinculante también para las infracciones y sanciones administrativas.

I.1. Consecuencia inmediata del principio de legalidad es que lo que no está predeterminado por la Ley como infracción sancionable, puede realizarse libremente sin que intervengan para nada los órganos represivos del Estado. En este sentido, suele emplearse la máxima de que lo que no está prohibido está permitido. Con ella se quiere expresar que todo lo que no aparezca en las leyes como delito, falta o infracción se puede llevar a cabo lícitamente. Pero incluso, y sobre todo a partir de la entrada en vigor de la Constitución de 1978, la doctrina penal se ha preocupado en poner de manifiesto que el ámbi-

(*) Conferencia pronunciada el 12 de mayo de 1988 en los «Encuentros sobre problemática de la inseminación artificial y fecundación “in vitro”», organizados por el Ilustre Colegio Nacional de Doctores y Licenciados en Ciencias Políticas y Sociología y por la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá de Henares. Posteriormente se han adicionado las notas.

to de los comportamientos prohibidos debe ser menor que la zona de las conductas permitidas (1). Y ello sencillamente porque la Constitución ha instaurado un amplio sistema de derechos y libertades, cuya restricción requiere unas razones de peso. Por consiguiente, tiene preferencia la libertad del individuo en relación al poder del Estado para limitarla con sus prohibiciones. Para penar un comportamiento —se dice en el lenguaje penal—, es preciso que lesione o ponga en peligro un bien jurídico, es decir, que conlleve un mal que sea socialmente relevante.

En aplicación de la idea de que lo que no está prohibido está permitido, hay que decir que por muy inmoral que se presente una conducta a los ojos de la sociedad o de un sector social, esto no significa desde un punto de vista jurídico, que no se pueda realizar. Al contrario: los comportamientos inmorales que no estén prohibidos legalmente, pueden llevarse a cabo con total libertad por los ciudadanos. Cabe estimar como muy inmoral el hecho de acaparar riquezas y bienes materiales sin dar nada a los que lo necesitan, pero dado que este supuesto no aparece en ninguna Ley como constitutivo de delito, falta o infracción, cualquiera puede efectuarlo sin que haya obstáculos jurídicos para ello.

Aunque no lo parezca, estos criterios que acabo de mencionar, y que en Derecho penal son casi una perogrullada, tienen una relación inmediata con el tema que nos ocupa, es decir, los límites penales de las nuevas técnicas genéticas sobre la procreación humana. Pues los estudios jurídicos que tratan sobre estos modernos procedimientos de la inseminación artificial y de la fecundación «in vitro», suelen comenzar, por lo general, analizando si esas conductas son o no son inmorales, y sólo después tratan de averiguar si están prohibidas o son lícitas y si deben pensarse o no en una futura Ley. Pero a la vista del principio de legalidad, el método de análisis debe ser precisamente el opuesto: habrá que comenzar por estudiar si estas técnicas encajan o no en algún supuesto de delito o falta previstos en las Leyes penales y, caso de que no sea así, deberá sopesarse si es preferible que estas técnicas sean prohibidas, utilizando para ello criterios no especialmente derivados de una concreta moral, sino criterios jurídicos y sociales de valoración, que permitan deducir que tales procedimientos técnicos conllevan más perjuicios que beneficios.

No sé si el sistema contrario de comenzar por una perspectiva moral y deducir de ahí una prohibición legal, está bien o mal intencionado. Como tampoco sé si responde a la influencia de la Iglesia católica, que en sus documentos oficiales se muestra radicalmente con-

(1) Cfr., por ejemplo, ARROYO ZAPATERO: «Principio de legalidad y reserva de Ley y materia penal», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 3, núm. 8, 1983, p. 18.

traría a estas técnicas (2), para deducir más fácilmente la ilegalidad de la mera inmoralidad según una concreta ética religiosa. Lo que sí sé es que desde una óptica jurídica esta forma de análisis es equívoca y puede conducir a conclusiones erróneas.

Igualmente resultaría desacertado en este tema confundir dos planos completamente distintos: por un lado, lo que en la actualidad y con el Derecho penal vigente está efectivamente prohibido y, por otro, lo que se estima que en el futuro debería quedar penalmente prohibido. Pues conforme a lo que hemos visto, el principio de legalidad penal exige para considerar ahora mismo una conducta delictiva, que esté *ya* prevista como tal por una Ley en vigor. Sin embargo, si se hacen indicaciones sobre lo que debe regular una *futura* Ley penal, nos movemos entonces en una perspectiva distinta que no puede ser confundida con la anterior.

1.2. Me interesa también resaltar otra consecuencia del principio de legalidad penal. Las normas penales deben componerse de dos elementos: un comportamiento (el delito) y una sanción (normalmente, la pena). Si en la Ley no aparece alguno de estos dos elementos, no estamos en realidad ante una auténtica prohibición penal. Esto se deriva nuevamente de la máxima de que no hay delito ni pena sin Ley que lo expresa taxativamente. Pues si nos encontramos con un precepto en el Código o en cualquier otra Ley penal que sólo indica una conducta, pero no determina la sanción prevista para ella, eso quiere decir que en realidad no está prohibida penalmente. Y si, al revés, un precepto aislado indica una pena sin vincularla a ninguna conducta, es obvio que esa pena no se va a poder imponer por faltar su presupuesto. Esto último sería semejante a un anuncio publicitario que expresara el precio, pero no el producto al que se refiere.

Pero esta idea de que comportamiento prohibido y sanción deben estar vinculados necesariamente, no sólo rige en Derecho penal, sino también en Derecho administrativo, pues como ya he indicado la Constitución ha previsto el principio de legalidad tanto en el ámbito penal como en las normas administrativas. Y como del principio de legalidad, en general, se deriva que comportamiento prohibido y sanción son dos elementos que deben aparecer asociados, resulta que esta vinculación debe darse también en las infracciones administrativas, aunque éstas tengan como consecuencia sanciones con efectos distintos de los que conllevan las penas.

Ha querido subrayar estos aspectos porque pueden servir para someter a discusión algunos puntos de las regulaciones que todavía se encuentran en los trámites parlamentarios. Me refiero, en primer lugar, a la Proposición de Ley sobre técnicas de reproducción asistida,

(2) Sobre la doctrina de la Iglesia Católica cfr. MARTÍNEZ CALCERRADA, L.: «La inseminación artificial y su problemática jurídica», en *Derecho Médico*, (director, él mismo), vol. 1, 1986, pp. 499 y ss.

presentada por el Grupo Parlamentario Socialista (3), que evidentemente no está aún en vigor. En ella aparecen expresamente varias prohibiciones, sin que por lo general se indique si son prohibiciones penales o administrativas y sin vincular a ellas ningún tipo de sanción, pues ni se reflejan en esta Proposición de Ley ni se hace remisión para ello a otra disposición legal (4). Esta es la tónica general, pues sólo excepcionalmente se manifiesta que se trata de una prohibición penal o administrativa (5). Pero en ningún caso se menciona la pena o sanción administrativa que puede recaer en quien infrinja alguna de estas prohibiciones.

Lo mismo ocurre con otra iniciativa del Grupo Parlamentario Socialista: la Proposición de Ley sobre donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos (6). También se trata de una regulación plagada de prohibiciones (7), sin que por ningún lado aparezcan las consecuencias que se derivan de infringir lo prohibido.

Resultaría tremendamente grave que tales iniciativas legales llegaran a convertirse en Derecho vigente con estos importantes defectos. Pues en tal caso las «prohibiciones» que contienen tendrían un valor meramente moralizante y la Ley sería papel mojado. Es más: en rigor cualquiera podría quebrantar tales «prohibiciones» sin que se le pudiera imponer por estas disposiciones (8) ninguna pena o sanción administrativa. Pero en realidad esto sería una auténtica burla. Como, en este mismo contexto, indica Jung, «las leyes penales puramente simbólicas deberían descartarse en cualquier caso como instrumento de la política criminal» (8 bis).

Por otro lado, ambas proposiciones socialistas contienen numerosas obligaciones y deberes, así como un sinnúmero de requisitos y presupuestos de las autorizaciones necesarias para efectuar las técnicas genéticas. Pues bien, tampoco aparecen por ningún lado las previsiones para los casos de incumplimiento de los diversos deberes o del hecho de no disponer de la correspondiente autorización. De convertirse en Ley, predominaría un objetivo didáctico y moralizante más que jurídico en sentido estricto.

La segunda de las proposiciones que acabo de mencionar, relativa

(3) *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, III legislatura, serie B: Proposiciones de Ley, 9 de mayo de 1987, núm. 74-1.

(4) Así, arts. 3 (entero, salvo el núm. 3), 4.1, 4.2, 5.11, 5.15, 11.2, 11.3, 13.4, 15.2, 15.4, 16.1, 17 (entero), 19.6, 19.8, y Disposición Adicional Segunda, núms. 1 y 2.

(5) Así, arts. 3.3 (prohibición penal) y 18.4 (infracción administrativa, sin perjuicio de otras responsabilidades), y también Disposición Adicional Segunda, núm. 2.

(6) *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, III legislatura, serie B: Proposiciones de Ley, 9 de mayo de 1987, núm. 73-1.

(7) Vid. arts. 3; 7.1, b); 7.1, e); 9.2, y 10.1 de esta Proposición.

(8) Sí sería posible, no obstante, castigar algunas conductas con el Código penal vigente, como, por ejemplo, el descubrimiento y revelación de secretos (arts. 367 y 368 para funcionarios y 497 para particulares).

(8 bis) JUNG: «Biomedizin und Strafrecht», en *ZStW*, T. 100, 1988, p. 13.

a la donación y utilización de embriones y fetos, contiene una disposición adicional segunda, conforme a la cual el Gobierno se obliga a establecer las infracciones y sanciones que corresponden a esta regulación. Pero es que una remisión de estas características, más que paliar los defectos ya reflejados, los aumenta. Los aumenta en primer lugar, porque así se distancia temporalmente la mera proclamación de una serie de prohibiciones y deberes —como los que se contienen en las proposiciones— y la previsión de las sanciones correspondientes —a efectuar por el Gobierno—, con lo que habría un período de tiempo en el que, en principio, *todo* seguiría estando permitido. Y los aumenta en segundo lugar, porque el Gobierno no puede establecer sanciones penales, sino que es el legislador el que, mediante una Ley Orgánica, habrá de elaborar, en su caso, un catálogo de delitos o faltas. A mí me parece que una correcta regulación de las técnicas genéticas exige que en el texto donde se imponen los controles, se incluyan también los delitos con sus penas y las infracciones administrativas con sus sanciones.

1.3. Lo anterior no significa que se rechace una regulación de las técnicas genéticas. Todo lo contrario. Con razón ha habido un auténtico clamor para que el legislador plasmara en normas los nuevos procedimientos de reproducción humana (9).

Pero las Proposiciones de Ley socialistas son desde un punto de vista técnico-jurídico defectuosas, por lo que deberían ser modificadas. Es una lástima que sea así, pues estas iniciativas legislativas recogen en gran medida las recomendaciones contenidas en el «Informe de la Comisión Especial de estudio de la fecundación in vitro y la inseminación artificial humanas», aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados en 1986 (10), y este Informe —creo que se puede decir de forma rotunda— es de una seriedad y calidad indudables. Acertadamente se le ha llamado «Informe Palacios» (11), ya que fue su Presidente, el Diputado señor Palacios, quien efectuó la redacción final, y es justo que dé nombre a este detenido y multidisciplinar estudio. Cabe imaginar que con esta magnífica fuente española de información, las futuras leyes sobre técnicas genéticas queden libres de imperfecciones.

Estas iniciativas legislativas, así como los requerimientos científi-

(9) Cfr., por ejemplo, VILA-CORO: «Aspectos jurídicos de la fertilización “in vitro”», en *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, 1985, núm. 1, p. 77; ZARRALUQUI: «La inseminación artificial heteróloga y la filiación», en *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, 1986, núm. 4, p. 97; MARTÍNEZ CALCERRADA, L., como en nota 2, p. 563 (con más indicaciones bibliográficas en nota 181); MARTÍN MATEO: *Bioética y Derecho*, 1987, p. 111.

(10) Publicado como libro por el Congreso de los Diputados, Madrid, 1987, de donde tomo las referencias.

(11) Así, MARTÍN MATEO, como en nota 9, p. 37. También en el extranjero se denomina a los informes con el nombre del Presidente de la Comisión respectiva: así «Informe Warnock» en Gran Bretaña o «Informe Benda» en la República Federal de Alemania. En adelante, me referiré al español con la expresión «Informe Palacios».

cos para que los procedimientos modernos de reproducción humana sean objeto de regulación legal, ponen de manifiesto algo evidente: al no existir disposición alguna sobre este tema en la actualidad, es decir con el Derecho que está vigente, las técnicas son todas ellas lícitas *en sí mismas* consideradas. Sólo cuando en relación o a consecuencia de estas técnicas se lesionan o pongan en peligro otros bienes o intereses jurídicos que están protegidos por el Derecho penal, entrarán en juego las prohibiciones penales. Así, por ejemplo, si alguien realiza hoy una inseminación artificial contra la voluntad de la mujer, es posible denunciar al que ha actuado así por un delito de coacciones. Y si un médico efectúa esta técnica incorrectamente por carecer de los suficientes conocimientos y provoca en la mujer una esterilidad irreversible, responderá según el Derecho que hoy tenemos de un delito de lesiones imprudentes. Pero si esa misma inseminación artificial es llevada a cabo con todas las garantías médicas, con la conformidad de los intervinientes y el resultado es favorable, el Derecho penal actual no tiene nada que decir, de manera que si el médico o el personal sanitario son denunciados, la denuncia no podrá prosperar.

II. Como he señalado antes, para la redacción de una futura regulación sobre los más recientes procedimientos de la genética se requieren valoraciones sociales y jurídicas más que morales. Pues la sociedad está configurada por la Constitución como ideológicamente plural, por lo que en un régimen (formalmente) democrático sólo pueden servir como pautas aquellos criterios que resultan del juego de las mayorías, es decir los criterios plasmados en la Ley por obra de los representantes legítimos. Me dedicaré inmediatamente a desarrollar algunos criterios de valoración.

II.1. Lo primero que se puede decir al respecto es que tanto la inseminación artificial como la fecundación *in vitro* están protegidas como técnicas en sí por ciertos derechos y libertades reconocidos por la Constitución. Así, la investigación sobre estas y otras técnicas genéticas es libre, aunque dentro de ciertos límites, porque está reconocido el derecho a la producción científica (12). Es lógico, además, este reconocimiento, porque la investigación favorece el desarrollo y

(12) Art. 20.1, b) de la CE, indicando el art. 20.4 de la misma que este derecho tiene «su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las Leyes que lo desarrollan y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia». También reconoce el apoyo constitucional de la investigación en materia reproductiva humana el «Informe Palacios», p. 9, y, en relación a la Ley Fundamental alemana, ESER: «Genética humana desde la perspectiva del Derecho alemán», en *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, T. 38, 1985, pp. 350-351. Cfr., además, sobre este punto, ROMEO CASABONA: «Aspectos jurídicos de la experimentación humana», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. monográfico 11, 1986, p. 570, quien reconoce la libertad de investigación como presupuesto del derecho a la creación científica; y RUIZ VADILLO: «La investigación científica y el Derecho. Especial consideración de la ingeniería genética», en *Revista General de Derecho*, núm. 504, 1986, pp. 3652 y ss.

el bienestar social. Por otra parte, la historia ha demostrado que las verdades científicas han prevalecido a pesar de las condenas morales, religiosas o de otro signo. Aunque reconozco que soy lego en materias médicas, tengo que admitir que la investigación sobre el origen de la vida es una tarea apasionante y digna de apoyo.

La inseminación artificial y la fecundación *in vitro* surgen, no para subvertir los códigos morales imperantes —como se ha dicho—, sino para resolver un problema acuciante como es la esterilidad de la pareja humana (13). Este objetivo también está garantizado por la Constitución. Directamente, porque se reconoce el derecho al matrimonio y la obligación correlativa del Estado de proteger la familia (14). E indirectamente, a través del principio de que los derechos y libertades han de interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España (15); pues bien, en la Declaración Universal se garantiza el derecho a casarse y a fundar una familia (16) y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos aparece el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia (17). Sobre este punto hay que reconocer que la gestación de un hijo, aunque éste proceda de gametos (espermatozoides y óvulo) ajenos a la pareja o a la mujer que lo engendra, conlleva unos lazos afectivos más intensos que los que pueden surgir de la adopción (18). Es lógico, por consiguiente, que la inseminación artificial y la fecundación *in vitro* sean vistas por muchas personas como una solución a sus deseos de tener un hijo. Resulta obvio que el derecho a tener un hijo (19) no es un derecho

(13) Cfr., especialmente, «Informe Palacios», pp. 51 y ss. También PEÑALOSA LÓPEZ-PIN: «Algunos aspectos legales de la inseminación artificial humana», en *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, 1982, núm. 3, p. 43.

(14) Arts. 32 y 29.1 de la CE, respectivamente, DE LA OLIVA SANTOS: «¿“Nasciturus o moriturus”»? (Panorama jurídico sobre la vida humana en España», en *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, 1986, núm. 4, p. 91 y notas 5 y 6, rechaza el derecho a tener hijos y declara que no constituye ni derecho subjetivo ni derecho fundamental. Pero, a mi juicio, sin razón: pues, si una hipotética Ley prohibiera (u obligara a) tener hijos o restringiera el número de descendientes por pareja, sería evidentemente inconstitucional.

(15) Art. 10.2 de la CE.

(16) Art. 16.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Cfr. BUEÑO ARÚS: «El consentimiento del paciente», en *Derecho médico* (director, Martínez Calcerrada, Luis), vol. 1, 1986, p. 292.

(17) Art. 23.2 del Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos. Vid. también el art. 10.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que reconoce el deber del Estado a conceder a la familia la más amplia protección y asistencia posibles.

(18) En este sentido: «Informe Palacios», p. 92, ALBACAR: «Aspectos jurídicos de la manipulación genética: inseminación artificial», en *La Ley*, 1985, t. 4, p. 1053; PEÑALOSA LÓPEZ-PIN: «Observaciones médicas y jurídicas acerca de la inseminación artificial humana», en *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, 1986, núm. 4, p. 23.

(19) Absolutamente en contra de la existencia de tal derecho, BATLLE: «La eutele-
genesia y el Derecho», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, t. 17,

ilimitado, pero hay que partir de que las nuevas técnicas genéticas responden a una aspiración legítima que encuentra reconocimiento en los derechos humanos (20).

Por otro lado, puesto que la esterilidad es una enfermedad, el reconocimiento constitucional de la protección a la salud (21) implica también que son lícitos los procedimientos tendentes a resolver la imposibilidad de tener descendencia. Por esta vía se llega igualmente a la justificación constitucional de los nuevos avances médicos.

En consecuencia, y puesto que la Constitución produce un efecto legitimador, hay que adoptar como punto de partida para una futura legislación sobre este tema, el hecho de que la reproducción asistida, como técnica, es perfectamente legítima.

II.2. En la búsqueda de criterios de valoración de una regulación futura sobre aspectos genéticos no es posible quedarse en el nivel constitucional; se hace preciso buscar otros criterios en la legislación ordinaria. Habrá que ver, pues, qué ocurre en nuestro Código penal.

El Código protege la *vida* del feto (22) en el útero femenino, pero no de una forma absoluta, sino que cuando concurre alguna de las indicaciones previstas en el artículo 417 bis es legítima su destrucción (23). La cuestión que se suscita a renglón seguido es si la Ley penal protege igualmente la *salud* del feto engendrado y procreado en el útero de la mujer embarazada, o, lo que es lo mismo, si están prohibidas las lesiones en él. El delito de aborto no está previsto para estos supuestos, pues esta infracción consiste en la destrucción del feto, y aquí partimos de un caso en el que sólo hay lesiones físicas, psíquicas o genéticas en el feto (24). Tampoco encaja nuestro supuesto en el delito de lesiones, ya que está previsto para un menoscabo de la salud de «otro» según el Código penal, y este «otro» de que hablan los artículos 418 y siguientes, hace referencia sin duda a la persona hu-

Nueva Serie, 1949, pp. 663 y ss., quien se manifiesta además partidario de la creación de un delito de inseminación artificial para castigar todos los supuestos de esta técnica (p. 670).

(20) No quiero entrar aquí en la cuestión de si estas aspiraciones responden a una presión social que compele a tener hijos y que reprocha la soltería o la situación de la pareja sin descendencia; sobre estos puntos de vista, cfr. KAUFMANN, A. E.: «Tecnologías reproductivas y pánico moral», en *Noticias médicas*, 3-2-1988, pp. 19 y s.

(21) Art. 43.1 de la CE.

(22) Esto, según la doctrina dominante; cfr. CUERDA RIEZU: «El delito de aborto ante la Propuesta de Anteproyecto del Nuevo Código Penal», en *Documentación Jurídica*, núms. 37/40, vol. 1, 1983, p. 371.

(23) La protección del feto intrauterino está aún más limitada en el Derecho penal alemán, pues en virtud del § 219 d), sólo entra en juego la prohibición del aborto a partir de la anidación del óvulo fecundado. Cfr., al respecto, ESER: como en nota 12, p. 356. El «Informe Palacios», p. 69, indica de forma similar que el preembrión (óvulo fecundado que no tiene más de catorce días), no es ni una persona ni una cosa, admitiendo su manipulación, aunque con restricciones (pp. 37 y 77 y ss.).

(24) No cabe la solución apuntada por ROMEO CASABONA: *El médico y el Derecho penal I*, 1981, p. 280, de castigar, en caso de lesiones al feto, por tentativa de aborto, pues en el caso que nos ocupa el dolo va dirigido a provocar un menoscabo físico, psíquico o genético en el feto, y no a destruirlo.

mana ya nacida, como se deduce del delito de homicidio (art. 407), donde se utiliza esa misma expresión —«otro»— como equivalente al ya nacido.

No sería posible entender que en el caso de provocar lesiones en el feto que luego permanecen tras el nacimiento, se está realizando el delito de lesiones con efectos legales a partir del momento del nacimiento, porque las características exigidas por las prohibiciones penales deben concurrir en el momento de la acción. Y nuestro caso en discusión presupone que las lesiones se provocan durante el embarazo (25).

Aún menos posibilidades de acoger este supuesto tienen las infracciones patrimoniales o las de daños, puesto que éstas hacen referencia a comportamientos que inciden sobre cosas y resulta imposible equiparar un embrión o feto intrauterino a una simple cosa. Aunque aquél no tenga un reconocimiento legal equivalente a la persona humana ya nacida, tampoco se puede decir que sea una cosa susceptible de ser «hurtada» o «robada».

Ni siquiera el Tribunal Constitucional, en su sentencia relativa a la despenalización parcial del aborto (26), abordó el problema de las lesiones en el embrión o feto intrauterino. En definitiva, desde un punto de vista legal, la existencia y continuidad del desarrollo del feto están protegidas, pero no su salud. A lo sumo cabría exigir responsabilidades civiles, pero desde una perspectiva penal cualquiera puede lesionar dolosa o imprudentemente a un feto intrauterino sin que se le pueda imponer por ello ninguna pena. Esto es especialmente grave no sólo en los casos de un tratamiento tocológico defectuoso, sino ante todo cuando la mujer embarazada toma medicamentos que provocan, como efecto secundario no advertido, malformaciones fetales. Este último supuesto no es meramente hipotético, sino que tuvo lugar ya en la década de los sesenta con la llamada talidomida (27) y, al parecer, se vuelve a producir en los Estados Unidos de América con un antiacné: el «Roacutane» (28).

(25) A la misma conclusión llegan ROMEO CASABONA, como en nota 24, p. 274, y BUSTOS: *Manual de Derecho penal (PE)*, 1986, p. 55. Sin embargo, JIMÉNEZ DE ASÚA, «La talidomida y el Derecho penal», en su colección *El Criminalista*, 2.^a Serie, t. VII, 1966, pp. 155 y s., entiende que la provocación de un menoscabo en la salud del feto constituye delito de lesiones y da la impresión de que lo fundamental es que el niño —ya nacido— sigue sufriendo la lesión.

(26) STC 53/1985, de 11 de abril, sobre el recurso de inconstitucionalidad del Proyecto de Ley Orgánica de reforma del art. 417 bis del Código penal. Cfr. sobre ella, CUERDA RIEZU: *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 28, 1986, pp. 247-251. Y, desde otro punto de vista, DE ANGEL YAGÜEZ-ZORRILLA RUIZ: «El recurso de inconstitucionalidad contra la Ley del aborto, la sentencia del Tribunal Constitucional y posterior proceso parlamentario», en *Ley del Aborto. Un informe universitario*, Bilbao, 1985, pp. 11-131.

(27) Cfr. KAUFMANN, Armin: «Tatbestandsmäßigkeit und Verursachung im Contergan-Prozess», en *JZ*, 1971, pp. 569 y ss. JIMÉNEZ DE ASÚA, como en nota 25, pp. 147 y ss.

(28) Cfr. *El País*, 23-4-1988, p. 30.

Durante el desarrollo fetal, en consecuencia, el Código penal considera más valiosa la «vida» del feto (puesto que su destrucción es punible en un gran número de casos) que la salud del mismo (puesto que las lesiones en él quedan en todo caso impunes). Sin embargo, creo que en la realidad social las cosas se ven de manera muy distinta. Si se pregunta a los padres sobre este punto, la mayoría de ellos responderán que en la época del embarazo consideran más relevante la salud que la «vida» del feto; que prefieren perder un futuro hijo a tenerlo tarado. Sobre todo porque si ese feto lesionado llega a nacer, habrá todo tipo de dificultades tanto para los progenitores como para el hijo nacido con una grave deformidad física o con una importante tara psíquica; un hijo con semejantes condiciones supone una carga que será fuente de futuros problemas (28 bis).

Puede decirse, por tanto, que en el período fetal se produce una inversión valorativa en relación al período de persona humana: en éste es más importante la vida que la salud; en aquél, es más relevante la salud que la «vida».

Esta forma de pensar ha tenido entrada en el Código penal indirectamente, a través de uno de los supuestos en que está permitido abortar: me refiero a la llamada indicación eugenésica, según la cual es posible interrumpir el embarazo si es previsible que el feto nazca con graves taras físicas o psíquicas. No obstante, este reconocimiento indirecto por parte del legislador de que la salud del feto se antepone a su «vida», no basta. Es necesario crear un delito que prohíba las lesiones —al menos las dolosas— provocadas en el feto durante el embarazo, porque esas lesiones pueden subsistir a partir del nacimiento e incluso acompañarle toda su vida como persona (29).

(28 bis) Sobre patología prenatal cfr. CRUZ HERNÁNDEZ: «Anomalías genéticas y su trascendencia», en *Comienzo y fin de la vida de la persona. VII Simposium Internacional de la Ciencia del Hombre*, (editado por FRANCISCO ARASA), 1983, pp. 25-40. Este autor resalta la importancia cuantitativa de este tema, indicando que hace algunos años nacían en el área metropolitana de Barcelona alrededor de 80.000 niños vivos, de los cuales alrededor de 4.000 estaban malformados, es decir, un 5 por 100; de estos 4.000, la décima parte podía sufrir cardiopatía, más de 100 «síndrome de Down» y más de 1.000 retraso mental (p. 27).

(29) La tipificación de una infracción penal de lesiones en el feto podría ser construida sobre la base de un interés jurídico de que los hijos nazcan sanos; con esta solución no sería necesario recurrir al feto como titular del bien jurídico salud, sino que ese interés lo ostentaría quien engendró a ese feto.

La Proposición de Ley sobre «donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos», no recoge de una forma suficientemente clara esta necesidad de tipificación penal; aunque declara que «toda actuación sobre el embrión o el feto vivo en el útero, no tendrá otra finalidad que facilitar el bienestar y mejorar la salud del "nasciturus", o se hará por indicación legal» [art. 7.1, a)], y aunque prohíbe la extracción de células o tejidos embrionales, de la placenta o de líquido amniótico [art. 7.1, b)] e indica que se sancionará a quienes obtengan material biológico de los embriones o fetos intrauterinos [art. 7.1, e)], sigue planteando el problema de no manifestar la sanción —que en mi opinión ha de ser penal— correspondiente para tales supuestos.

III. De la mano de estas valoraciones es posible ya enfrentarse con algunos problemas concretos que se plantean a propósito de las técnicas de procreación artificial, si bien hay que advertir que es necesario diferenciar tajantemente entre lo que ocurre con el Derecho penal vigente y lo que debería regularse en una futura Ley al respecto.

Los supuestos, normalmente raros, en que estas técnicas se efectúan contra la voluntad de los intervinientes, no constituyen actualmente abusos deshonestos ni violación, como se mantuvo hace tiempo por un sector doctrinal (30), sino simplemente coacciones o amenazas. Caso de que se le causara algún menoscabo en la salud de alguno de los intervinientes al realizarse la maniobra contra su voluntad, habría además responsabilidad por lesiones.

Pero lo que respecta a una futura Ley, creo que, al ser casos infrecuentes, no merece la pena configurarlos como un delito específico, bastando para ello la figura genérica de las coacciones o, en su caso, de las amenazas (31).

Tampoco presentan dificultades los supuestos en que se violara el secreto que debe presidir estas técnicas. Con el Código penal vigente habría que acudir a los delitos de descubrimiento y revelación de secretos (arts. 367, 368, 497 y ss.) (31 bis), mientras que en la legislación futura tampoco sería precisa una figura delictiva concreta para los atentados a la intimidad con motivo de las técnicas de reproducción asistida.

En cuanto a la inseminación con semen del cónyuge o compañero, como tal, llevada a cabo sin afectar a ningún otro interés o bien jurídico, hay que admitir su licitud en el Derecho actual, al no estar castigada en ningún sitio, e igualmente deberá estimarse lícita en la legislación futura. Los derechos constitucionales que se han mencionado anteriormente, justifican en su totalidad este procedimiento genético.

Supuesto distinto de inseminación es aquella en la que los espermatozoos proceden no del marido o compañero de la mujer, sino de un tercero donante. Durante algún tiempo se discutió en la ciencia penal si tal inseminación efectuada contra la voluntad del marido constituía delito de adulterio. En la actualidad carece de sentido la polémica, porque el adulterio ha desaparecido como delito del Código

(30) Niega la posibilidad de violación o abusos deshonestos ALBÁCAR, como en nota 18, p. 1055.

Entienden, sin embargo, que caben los abusos deshonestos, aunque no la violación, SERRANO RODRÍGUEZ: *Estudios penales (recopilación)*, t. 1, 2.ª ed., 1967, pp. 153-154 y 267 y ss.; BUENO ARÚS: como en nota 16, p. 292; PEÑALOSA LÓPEZ-PIN: como en nota 18, p. 28.

(31) En mi opinión, sin embargo, sí resulta necesario que la indicación criminológica, que justifica la interrupción del embarazo, recoja como supuesto la inseminación artificial o la transferencia de embriones efectuadas contra la voluntad de la mujer. Cfr., al respecto, CUERDA RIEZU: como en nota 22, p. 373.

(31 bis) En este sentido PEÑALOSA LÓPEZ-PIN: como en nota 13, p. 46; la misma, como en nota 18, p. 28.

penal, pero incluso cuando estaba previsto como infracción punible no permitía abarcar estos supuestos, porque exigía la realización de un coito heterosexual (32). En consecuencia y con el Derecho penal de hoy, la inseminación con semen de donante es perfectamente lícita (32 bis), estando, asimismo, amparada por las garantías constitucionales.

Se alega para rechazar esta modalidad inseminadora que es contraria a la dignidad humana. Pero este argumento, como indica Eser, no puede ser asumido, porque el ordenamiento jurídico permite tener hijos en situaciones que se pueden considerar indignas, como ocurre con los hijos nacidos de adulterio o prostitución (33). Por ello, no creo que esta técnica deba estar prohibida penalmente en la Ley que se promulgue sobre el tema (34).

Los problemas de carácter civil que originan la inseminación con espermatozoos de donante tampoco son suficientes como para impedir bajo pena su realización. Estas son cuestiones que, sin duda, pueden ser resueltas con una buena técnica civilista. El que una actividad suscite dificultades en una rama jurídica, no es suficiente como para entender, que tal conducta conlleva más perjuicios que beneficios; por consiguiente, no necesita ser prohibida penalmente.

Igualmente es lícita y debe seguir siéndolo en la legislación que se dicte sobre el tema, la inseminación artificial o la fecundación *in vitro* en la mujer sola. Tampoco aquí resultan afectados —si la técni-

(32) En este sentido, CUELLO CALÓN: «En torno a la inseminación artificial en el campo penal», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. 14, 1961, pp. 197 y 202; SERRANO RODRÍGUEZ, como en nota 30, pp. 155 y 287 y s.; ALBACAR, como en nota 18, p. 1054 y s.; BUENO ARÚS, como en nota 16, p. 393.

Sin embargo, se manifiestan a favor de castigar por adulterio en este caso, BATLLE, como en nota 19, p. 670; MARTÍNEZ CELCERRADA, como en nota 2, p. 543 (aunque indica que hoy ya está despenalizado el adulterio).

(32 bis) Según PEÑALOSA LÓPEZ-PIN, como en nota 13, p. 45 y como en nota 18, p. 26, la inseminación con semen de donante conlleva, como consecuencia casi necesaria, la comisión de una falsedad en documento público al inscribir en el Registro Civil al recién nacido como hijo del cónyuge o compañero de la mujer inseminada, cuando en realidad el padre es el donante del semen. Pero, a mi juicio, el Código civil favorece de tal modo la filiación por naturaleza —mediante el juego de presunciones (art. 116), mediante el simple consentimiento de los padres (art. 118) o mediante la posibilidad de reconocer al hijo no matrimonial ante el encargado del Registro Civil (arts. 120.1.º y 124, párr. 2.º)—, que difícilmente podrá estimarse como *falsa* la inscripción en el Registro Civil en calidad de hijo del niño nacido mediante una inseminación con espermatozoos de donante.

(33) Cfr. ESER, como en nota 12, p. 353; el mismo: «Genética, “Gen-ética”, Derecho genético? Reflexiones político-jurídicas sobre la actuación en la herencia humana», en *La Ley*, 1986, t. 1 (traducción de Romeo Casabona), p. 1143.

(34) El Proyecto Oficial de Código penal alemán de 1962 prevenía el delito de inseminación artificial con semen de donante; cfr. sobre ello CUELLO CALÓN, como en nota 32, pp. 203 y ss. En la República Federal de Alemania se ha elaborado recientemente un «Informe del Consejo de Ministros sobre inseminación artificial humana», de 22-2-1988 (BT-Drucks. 11/1856), donde se manifiesta la idea de que la inseminación artificial con semen de donante puede ser objeto de prohibición penal cuando así lo exija el bienestar del niño.

ca se lleva a cabo correctamente— otros intereses jurídicos, por lo que los derechos y libertades constitucionales la amparan plenamente. Para rechazarla no se puede decir que el hijo tiene «derecho a un padre», porque no existe ese pretendido derecho. De reconocerse, ello conduciría a imponer la absurda obligación de tener hijos sólo dentro de la pareja heterosexual, lo que no resulta acorde con la libertad sobre la forma de vida y los comportamientos sexuales que se deriva de la Constitución (35).

Los problemas son mayores con la llamada maternidad de sustitución o maternidad de alquiler. En ella, una mujer se presta a quedarse embarazada con gametos ajenos a ella o a su compañero, obligándose a entregar el hijo, una vez que haya nacido, a las personas que aportaron sus gametos. Con arreglo al Código penal vigente, si la mujer que «encarga» el embarazo finge que ha sido ella la que ha dado a luz el hijo, responderá como autora de un delito de suposición de parto, siendo punible, asimismo, la conducta del médico que colaborase a ello (arts. 468 y 469). Y si a continuación se inscribe en el Registro Civil el hijo como propio, se está realizando además una falsedad en documento público (art. 303) (36), pues la filiación está basada, en la actualidad, no en la maternidad genética, sino en la maternidad de gestación. De la misma manera, se producirá responsabilidad criminal si los padres que «encargaron» al hijo, lo arrebatan a la madre que lo engendró, pues esta conducta da lugar a un delito de sustracción de menores (art. 484). En consecuencia, no es la técnica en sí la que está prohibida, sino que lo que resulta punible son las actuaciones posteriores destinadas a aparentar que el hijo de «encargo» es propio. Actualmente el Derecho sólo permite, si se quiere uno mover dentro de sus límites, la posibilidad de adoptar a ese hijo genético, pero que ha sido parido por otra mujer.

A la vista de todo ello, y puesto que aquí sí que entran en conflicto otros intereses, especialmente los del futuro hijo, aparte de que se podrían plantear contenciosos sobre la maternidad que debe prevalecer, tal vez fuera conveniente en la futura Ley prohibir *administrativamente* estas técnicas, con sanciones del mismo carácter, y acudir a los delitos de suposición de parto, de falsedad en docu-

(35) Si se admite la inseminación artificial o la fecundación *in vitro* en la mujer sola, no tiene sentido impedir, como pretende el «Informe Palacios» en su recomendación 10.ª, las técnicas de reproducción asistida en la pareja homosexual femenina; pues, al admitirlo para la mujer sola, se está permitiendo también para la pareja de dos mujeres, dado que nadie está obligado a declarar sobre sus relaciones personales o su intimidad sexual. En el mismo sentido que el «Informe Palacios», la Proposición de Ley socialista sobre técnicas de reproducción asistida, en su art. 7.1, limita su práctica a la pareja heterosexual. También así, ZARRALUQUI, como en nota 9, p. 97; PEÑALOSA LÓPEZ-PIN, como en nota 18, p. 29 (conclusión 13); MARTÍN MATEO, como en nota 9, p. 112.

(39) Cfr. MUÑOZ CONDE: *Derecho penal (PE)*, 7.ª ed., 1988, p. 403; PEÑALOSA LÓPEZ-PIN; como en nota 18, p. 26.

mento público o de sustracción de menores, caso de que se incurriera posteriormente en las conductas previstas por ellos (37).

Ya he manifestado anteriormente que la destrucción del feto en el seno materno es punible, salvo excepciones, conforme al Código penal vigente, y que por el contrario las lesiones fetales son impunes, pronunciándome a favor de que en el futuro sean sancionables penalmente, como mínimo, las lesiones dolosas en el feto intrauterino. En estrecha relación con esto, se suscita el problema de la destrucción de los embriones sobrantes que todavía no han sido implantados, en la fecundación *in vitro*. Esta destrucción no constituye hoy en día delito de aborto, pues éste se halla previsto para la destrucción de un feto *dentro* del útero o su expulsión provocada, sin que tenga condiciones de viabilidad en el exterior (38). Como la propia etimología indica —*ab orto*, es decir, extraer de un lugar—, no encaja en esta figura delictiva la destrucción de un embrión no implantado (39). Pero tampoco este hecho puede ser calificado como delito de homici-

(37) Sin embargo, la recomendación 116 del «Informe Palacios» se manifiesta a favor del castigo *penal* de todos los que intervengan o colaboren en la realización de un contrato de gestación de sustitución. Por su parte, el «Informe del Consejo de Ministros sobre inseminación artificial humana», de la República Federal de Alemania (vid. nota 34), se manifiesta también a favor de la prohibición penal de la maternidad de sustitución.

(38) En este sentido, la doctrina mayoritaria; DÍAZ PALOS: voz «Aborto», en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, t. 2, 1950, p. 85; CUELLO CALÓN: *Tres temas penales. El aborto criminal. El problema de la eutanasia. El aspecto penal de la fecundación artificial*, 1955, pp. 46 y 51; QUINTANO RIPOLLÉS: *Tratado de la Parte Especial del Derecho penal*, t. 1, vol. 1, 2.^a ed. (puesta al día por GIMBERNAT), 1972, pp. 539 y s.; HUERTA TOCILDO: *Aborto con resultado de muerte o lesiones graves*, 1977, p. 5; LANDROVE DÍAZ: *Política criminal del aborto*, 1976, p. 15; GARCÍA VITORIA: *El tipo básico de aborto*, 1981, p. 60. GARCÍA MARÍN: *El aborto criminal*, 1980, pp. 226 y s.; CUELLO CALÓN/CAMARGO: *Derecho penal*, t. 2, vol. 1, 14.^a ed., 1980, pp. 531 y s.; RODRÍGUEZ DEVESA: *Derecho penal español (PE)*, 10.^a ed., 1987, p. 80; MUÑOZ CONDE, como en nota 36, p. 81; BUSTOS, como en nota 25, p. 59; QUERALT, *Derecho penal español (PE)*, vol. 1, 1986, p. 52; BUENO ARÚS, como en nota 16, pp. 293-294; COBO/VIVES/BOIX/ORTS/CARBONELL: *Derecho penal (PE)*, 2.^a ed., 1988, p. 558.

De esta corriente general se desvía: DEL ROSAL: «Del concepto penal del aborto», en *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, t. 8, 1955, p. 541, quien admitía que la simple expulsión prematura —sin destrucción— era constitutiva de aborto; BAJO FERNÁNDEZ: *Manual de Derecho penal (PE)*, 1986, p. 121, para quien aborto es sólo la destrucción del feto *dentro* del útero; PUIG PEÑA: *Derecho penal (PE)*, 7.^a ed., 1988, p. 393.

En la jurisprudencia se suele admitir como acción de aborto la destrucción del feto, tanto si se efectúa en el útero, como si se provoca su expulsión prematura sin condiciones de viabilidad en el exterior; así, por ejemplo, STS 28-6-1977 (A. 2.964). Pero en ocasiones se sigue el criterio de la Ley de Protección de la Natalidad de 24-1-1941, que admitía como modalidad de aborto —aparte de la destrucción intrauterina— «la expulsión prematura y voluntariamente provocada del producto de la concepción», es decir, sin exigir también en este caso la destrucción del feto; así todavía STS 1-4-1977 (A. 1.536) y 23-2-1984 (A. 1.166).

(39) Además, el Código penal vincula el concepto de aborto al embarazo de una mujer, como se deduce de las expresiones «mujer no encinta, creyéndola embarazada» (art. 411, último párr.) y «estado del embarazo de la mujer» (art. 412); sobre este punto manifiestan DE LORENZO SÁNCHEZ/DE LORENZO Y MONTERO, R. DE LORENZO Y MONTERO, J.: «El comienzo de la vida humana y la personalidad», en *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, 1986, núm. 4, p. 41, «sin embargo,

dio, de daños o contra la propiedad (40), por las mismas razones que vimos en relación a las lesiones en el feto intrauterino (41).

Creo que esta situación que se produce con el Derecho penal vigente —la impunidad— debe mantenerse en la futura legislación sobre fecundación asistida; el desvalor de la destrucción de un embrión no implantado es tan mínimo, que no merece un castigo penal (42).

Por lo que respecta a las lesiones en embriones no implantados, es evidente que tal conducta es hoy día impune, ya que también lo es la lesión en un feto intrauterino. A mi juicio, deberían ser objeto de prohibición penal las lesiones en un embrión fuera del útero, pero únicamente en el caso de que vaya a ser implantado, pues sólo entonces se da lugar a que nazca un hijo tarado.

En cuanto al control de genes o transferencia de genes a un óvulo fecundado, son actualmente conductas lícitas, a no ser que persigan la destrucción de un grupo étnico, racial o religioso, porque entonces serían sancionables como un delito de genocidio conforme al artículo 137 bis del Código penal. Si se adopta una perspectiva de hacer propuestas al legislador, pienso que se debería prohibir penalmente la recombinación de genes, puesto que con esta técnica se falsea la identidad de una persona (43). Pero si la manipulación genética con-

del examen de los distintos tipos de aborto, se desprende que la acción recae siempre sobre una mujer embarazada, con lo que se dejan desprotegidos los casos de fecundación *in vitro*».

No obstante, RODRÍGUEZ RAMOS: *Compendio de Derecho penal (PE)*, 2.^a ed., 1987, pp. 11/12, parece admitir que la destrucción del embrión fuera del útero constituye delito de aborto. En contra COBO/VIVES/BOIX/ORTS/CARBONELL, como en nota 38, p. 558; también en contra MANZANARES/ALBÁCAR: *Código penal (Comentarios y jurisprudencia)*, 1987, p. 907.

Para VILA-CORO: «Aspectos jurídicos de la fertilización "in vitro"», en *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, 1985, núm. 1, pp. 74-75, la destrucción de un embrión obtenido mediante fecundación *in vitro*, supone no un acción, sino una omisión consistente en no implantarlo en el útero femenino; pero esta omisión no es, según esta autora, delictiva, por cuanto tampoco es posible que todos los óvulos fecundados que se pueden obtener en un mismo período ovulatorio de una mujer —unos doce o catorce—, sean gestados simultáneamente; luego si la naturaleza no es capaz de ello, tampoco se puede exigir, en su opinión, que se provea de una matriz a todos los embriones desarrollados en el laboratorio. A mi entender, sin embargo, resulta irrelevante que el comportamiento consista en un hacer o en un omitir, porque en cualquier caso resulta atípica la destrucción de un embrión fuera del útero.

(40) En el art. 10.7 de la Proposición de Ley socialista sobre técnicas de reproducción asistida se declara, no obstante, que los preembriones crioconservados son *patrimonio* de la pareja de la que proceden.

(41) En este sentido, también ESER, como en nota 12, p. 12, p. 356. Cfr. además BUENO ARÚS, como en nota 16, p. 294.

(42) En este sentido ALBACAR, como en nota 18, p. 1055. Por el contrario, se manifiestan favorables a la punición de este supuesto, ESER, como en nota 12, pp. 356-357; BUENO ARÚS, como en nota 16, pp. 294 y 296; DE LA OLIVA SANTOS, como en nota 14, p. 91. Por su parte, HERNÁNDEZ IBÁÑEZ: «Nuevas técnicas de procreación artificial. La inseminación artificial: consecuencias jurídicas», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, t. 93, Nueva Serie, 1986, p. 479, piensa que se debe otorgar al embrión un «status» jurídico, con una protección similar a la que tiene el *nasciturus*.

(43) Sobre esta técnica cfr. ESER, como en nota 12, p. 360.

siste en la introducción de genes defectuosos, bastaría entonces con esa incriminación de las lesiones en el embrión, por la que antes he abogado. Cuando la intervención en los genes tenga como objetivo la selección de la raza humana, sería posible aplicar el delito de genocidio, por cuanto la selección de una raza supondría impedir la reproducción de las demás. Por supuesto que la intervención en el material genético con fines terapéuticos o diagnósticos es y deberá ser lícita si se efectúa con las garantías necesarias (44).

Quiero aludir, por último, a dos actividades que provocan un intenso rechazo. Me refiero a la creación de híbridos de hombre y animal, así como a los procesos de clonación, que consisten en la creación de individuos «fotocopiados», genéticamente idénticos. Si, como parece, estas actividades han dejado de ser un asunto de ciencia-ficción y han pasado a constituir una realidad más o menos inmediata, está justificado el rechazo. Los peligros que se derivarían de una subraza de «homínidos» o de una procreación de individuos en serie a partir de un modelo, pueden ser imprevisibles y de todo tipo. Con el Derecho penal en la mano que hoy disponemos, ambas intervenciones están jurídicamente permitidas. Pero no parece prudente que esto siga siendo así, aunque en los niveles actuales de la investigación genética estos experimentos resultan útiles para averiguar el origen de la vida (45). Fuera de los objetivos de la pura investigación, sometida a estrictos controles, no se deben permitir estas intervenciones que afectan a la herencia humana. La incertidumbre que originan aconseja su prohibición, aunque tal vez no sea conveniente su configuración como delito (47). Dado que se trata de una técnica residual y, en principio, poco frecuente, su presencia en el Código penal podría causar

(44) En este sentido ESER, como en nota 12, p. 361; MARTÍN MATEO, como en nota 9, p. 124.

(45) La Proposición de Ley sobre donación y utilización de embriones y fetos humanos admite, bajo ciertos controles, la tecnología genética con material genético humano o «combinado» (art. 10.3) y prevé la posibilidad de autorizar la aplicación de la tecnología genética con fines industriales «por clonación molecular o de genes» [art. 10.4, b)]. Sin embargo, y en contradicción con esto, la también socialista Proposición de Ley sobre técnicas de reproducción asistida prohíbe distintos supuestos de clonación [art. 17, b), c), d), e), f)], así como la producción de híbridos [art. 17, k)].

Por otro lado, la Recomendación 934 (1982) adoptada por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa el 26-1-82, reconoce en el punto 4, i, «el derecho de heredar características genéticas que no hayan sufrido ninguna manipulación ni hayan sido artificialmente cambiadas», pero autoriza la terapia genética dentro de unos límites y sometida a reglamentación (punto 4, iii, iv, v, vi); vid. este texto en *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, 1986, núm. 4, pp. 101 y ss. (traducción de Martínez Val).

(46) ESER: como en nota 33, p. 1144, establece dos limitaciones para la licitud de la creación de híbridos: que se efectúe con fines diagnósticos y que se impida el desarrollo de tales seres más allá de los primeros estadios de la división celular.

(47) Es partidario, sin embargo, de su previsión como delito el «Informe Palacios», pp. 78 y s.

una cierta hilaridad. Bastaría, creo, con la imposición de una fuerte sanción administrativa (48).

IV. Con esto llego al final de mi exposición. He insistido en el dato de que los límites penales a las nuevas técnicas genéticas se deben precisar teniendo en cuenta tanto el principio de legalidad como las valoraciones constitucionales, juridicopenales y sociales. El Derecho penal no debe servir para frenar los avances biológicos ni para encorsetar la investigación médica. El Derecho penal sólo habrá de intervenir cuando sea ineludible para la protección de otros bienes jurídicos. Muchas gracias (49).

(48) Si a pesar de la prohibición, se creara un homínido con genes mixtos de hombre y animal, se podrían plantear dificultades de cara a una correcta calificación jurídico-penal del supuesto consistente en la destrucción de tal ser: en rigor, no sería ni delito de homicidio ni delito de daños. Surgirían entonces las cuestiones relativas a la destrucción de monstruos, que históricamente tuvieron trascendencia. Cfr., al respecto, muy interesante, ÉSER: «Entre la "santidad" y la "calidad" de la vida. Sobre las transformaciones en la protección jurídico-penal de la vida», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. 37, 1984, pp. 771 y ss. (traducción de Laurenzo).

(49) Ya en imprenta este trabajo, han aparecido varias contribuciones, sobre todo desde una perspectiva civilista, el tema de las nuevas técnicas genéticas; su consideración hubiera obligado a efectuar alteraciones tipográficas, que a estas alturas no resultaban posibles. Por ello, a continuación me limito simplemente a mencionarlas, aunque sin ánimo de exhaustividad; MORO ALMAZ: *Aspectos civiles de la inseminación artificial y la fecundación «in vitro»*, 1988; LLEDÓ YAGÜE: *Fecundación artificial y Derecho*, 1988; VIDAL MARTÍNEZ: *Las nuevas formas de reproducción humana: Estudio desde la perspectiva del Derecho civil español*, 1988; DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO, UNIVERSIDAD DEL PAÍS VASCO: *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*, 1988.

