



La clonación humana ante la reforma penal y administrativa en España

Asier Urruela Mora

Profesor Ayudante Doctor.
Universidad de Zaragoza (*)

Revista Penal, n.º 21.—Enero 2008

RESUMEN: En la esfera de las biotecnologías una de las cuestiones que ha planteado un mayor interés, tanto desde el punto de vista científico como normativo, es la atinente a la clonación humana. En su vertiente reproductiva la misma ha dado lugar en la mayor parte de los estados a la configuración de ilícitos de naturaleza penal avalados por los textos internacionales. Por el contrario, la clonación terapéutica ha abierto nuevas expectativas en relación con patologías actualmente muy graves e incurables y ha generado, consecuentemente, un importante debate acerca de su admisibilidad. El presente trabajo aborda el tratamiento jurídico acordado a la clonación —reproductiva y terapéutica— tanto en la esfera supranacional (Naciones Unidas, UNESCO, Consejo de Europa, Unión Europea, etc.) como interna. A nivel español, resulta particularmente importante destacar la incidencia en materia de clonación de la reforma administrativa recientemente aprobada (Ley 14/2006 sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida y Ley 14/2007 de Investigación Biomédica), así como analizar las líneas maestras del Proyecto de Reforma del CP (2007) en estas esferas, pues resulta palmario que de una adecuada coordinación entre la materia administrativa y la penal depende la adecuada configuración de los ámbitos de ilicitud en el campo de las biotecnologías.

PALABRAS CLAVE: Clonación humana reproductiva, Clonación terapéutica, Delitos relativos a la manipulación genética, Biotecnología y derecho penal, Derecho y genoma humano.

SUMMARY: In the sphere of the biotechnologies, one of the problems which has raised greatest interest, both from a scientific as well as a legal perspective, is that concerning human cloning. In reference to its reproductive application, many States have created criminal offences following the criteria established by international regulations. On the contrary, therapeutic cloning has created new expectations regarding some pathologies which are nowadays serious and incurable and which in turn, has fostered an important debate on its admissibility. The present article analyses the legal treatment afforded to human cloning —reproductive and therapeutic— both at the supranational (United Nations, UNESCO, Council of Europe, European Union, etc.) as well as the national level. From a strictly national (Spanish) point of view, we must analyse the recently-approved administrative reform by The Spanish Parliament (Law 14/2006 on Human Reproduction Techniques and the Law 14/2007 on Biomedical Research), as well as the guidelines of the Draft Bill for the reform of the Criminal Code (2007) in relation to their incidence in the field of human cloning. It is important to point out that an adequate coordination between the administrative and the criminal regulations is essential in order to ensure the correct configuration of the unlawful areas in the field of biotechnology.

KEY WORDS: Human reproductive cloning, Therapeutic cloning, Offences related to genetic manipulation, Biotechnology and criminal law, Law and the human genome.

* Investigador Colaborador, Cátedra Interuniversitaria, Fundación BBVA-Diputación Foral de Bizkaia, de Derecho y Genoma Humano, Universidad de Deusto-Universidad del País Vasco.

I. Introducción: aspectos científicos

El desarrollo de la genética y las biotecnologías en las últimas décadas ha situado al ser humano ante escenarios científicos que apenas hace unos lustros hubieran sido considerados de ciencia ficción. En este sentido, los avances producidos a través de dichas técnicas resultan muy significativos (cuestiones como la terapia génica, la detección y tratamiento de patologías congénitas, las mejoras en los procedimientos reproductivos artificiales, constituyen tan sólo algunos de los temas que centran el debate científico actual) pero aún más importantes son las expectativas abiertas, fundamentalmente en el ámbito de la medicina¹. Asimismo, la farmacogenética y la farmacogenómica auguran un porvenir en el que puedan diseñarse tratamientos farmacéuticos *ad hoc* adaptados a las características genéticas de cada individuo. No obstante, la exposición del panorama abierto por el desarrollo de la genética y las biotecnologías no resultaría completa si al cuadro anterior no se añadiesen las consecuencias no queridas del avance expuesto. En este sentido, aspectos como la posible creación, mediante procedimientos de ingeniería genética, de armas de destrucción masiva, la hipotética utilización de la biotecnología para fines reprobables (formación de híbridos humano-animal, etc.) o, incluso, el mal uso de la información genética con vulneración manifiesta de la intimidad personal y familiar, constituyen el reverso no deseado del «edén genético» presentado por algunos. Al hilo de lo anterior, procede señalar cómo, los responsables institucionales (tanto a nivel supranacional como interno) no han resultado ajenos a la necesidad de estudiar las implicaciones éticas del desarrollo genético y biotecnológico, procediendo a la dota-

ción de partidas presupuestarias expresamente dispuestas para dichos fines².

En relación con el particular, y al hilo de la reflexión bioética emprendida, procede poner de manifiesto que una técnica o procedimiento se ha destacado por generar, tanto en la opinión pública como en la comunidad científica en general, un rechazo unánime. Me refiero en concreto a la clonación humana en su vertiente reproductiva, es decir, destinada a la creación de seres humanos genéticamente idénticos³.

En materia de clonación cabe distinguir tres técnicas o procedimientos (métodos de clonación) que se engloban bajo dicho concepto⁴:

Clonación verdadera: transferencia del núcleo de células provenientes de individuos ya nacidos o adultos a un ovocito al que previamente se le ha extraído su núcleo. Es decir, se emplean células somáticas ya diferenciadas, obteniéndose un ser genéticamente idéntico al donante del núcleo, a salvo del ADN mitocondrial.

Paraclonación: transferencia de núcleos de células embrionarias o fetales de individuos no-natos, mediante una técnica similar a la anterior (evidentemente, en este caso, el producto de la clonación no sería idéntico a ningún ser ya nacido).

Gemelación artificial (*artificial twinning*): hace referencia a la partición de (pre)-embriones. Los individuos nacidos a través de dicha técnica serían idénticos entre sí tanto en genes nucleares como en genes mitocondriales, pero distintos a sus progenitores o a cualquier individuo ya nacido, salvo que se hubiera espaciado la transferencia de embriones obtenidos al útero de una mujer.

El interés público por la clonación, y la conversión de la misma en uno de los conceptos tabú ligados a las biotec-

1. Como pone de manifiesto ROMEO CASABONA, una de las características más peculiares de la información genética es su capacidad predictiva, pues su anticipación puede abarcar incluso enfermedades respecto de las cuales el individuo es asintomático, es decir, cuando todavía no está padeciendo la misma y por ello aún no se ha manifestado en el momento en que se somete a las pruebas analíticas pertinentes. Véase Carlos María ROMEO CASABONA, *Los genes y sus leyes. El derecho ante el genoma humano*, Comares, Granada, 2002, p. 7.

2. En el marco del Proyecto Genoma Humano norteamericano se reservó por parte del Departamento de Energía y de los Institutos Nacionales de Salud entre un 3 y un 5% del presupuesto anual al conocido Programa ELSI (*Ethical, Legal and Social Issues Program*). En el mismo sentido, la Unión Europea creó un subprograma del Programa BIOMED dedicado a los fines anteriores (*ES-LA: Ethical, Social and Legal Aspects*). Véase Carlos María ROMEO CASABONA, «Las investigaciones sobre el genoma humano y sus implicaciones para el Derecho», en Carlos María ROMEO CASABONA (editor), *Dogmática penal, política criminal y criminología en evolución*, Comares, Granada, 1997, p. 277. No obstante, FUKUYAMA interpreta que el referido porcentaje del presupuesto del Proyecto Genoma Humano que se empleó para analizar las implicaciones éticas, sociales y legales podría considerarse como el «tributo» que los científicos tuvieron que pagar para «quitarse de encima» a los expertos en bioética. Véase Francis FUKUYAMA, *Our posthuman future. Consequences of the Biotechnology Revolution*, Picador, New York, 2002, p. 204.

3. Cuando se hace referencia en este punto a seres humanos idénticos, cabe destacar que la identidad se predica de la carga nuclear genética, no incluyendo, en consecuencia, el ADN mitocondrial. En este sentido, conviene precisar que no es factible crear seres humanos completamente idénticos a otros ya existentes mediante el empleo de las técnicas de clonación, pues el ADN mitocondrial no es siempre idéntico, en razón de la técnica utilizada, sin olvidar la posibilidad de mutaciones genéticas espontáneas. Véase Carlos María ROMEO CASABONA, «La clonación humana: presupuestos para una intervención jurídico-penal», en Carlos María ROMEO CASABONA (editor), *Genética y Derecho Penal*, Comares, Bilbao-Granada, 2001, p. 135.

4. Véase COMITÉ DE EXPERTOS SOBRE BIOÉTICA Y CLONACIÓN, *Informe sobre clonación. En las fronteras de la vida*, Instituto de Bioética-Fundación de Ciencias de la Salud, Madrid, 1999, pp. 50 y ss.; Carlos María ROMEO CASABONA, «La clonación humana: presupuestos para una intervención jurídico-penal», *cit.*, p. 128.

nologías, se encuentra, sin lugar a dudas, vinculado al experimento culminado con éxito por el equipo dirigido por el científico Ian WILMUT en 1997, fecha en la que se logró por primera vez la clonación de un mamífero: la conocida oveja Dolly.

A partir de dicho momento, la cuestión de la clonación se convirtió en una de las estrellas mediáticas en materia de biotecnologías, generando un impacto enorme en la opinión pública de los estados desarrollados. Ello ha ostentado un indudable reflejo en la esfera legislativa, resultando continuos los pronunciamientos (en forma de declaraciones, textos normativos, etc.), que, tanto en el ámbito internacional como en los distintos estados, se han producido al efecto.

La oposición frontal a la clonación reproductiva, plasmada en textos normativos en la esfera supranacional e interna —fundamentalmente penal— de los distintos estados, puede fundarse en una serie de argumentos de carácter ético, por un lado, y técnico —relacionados con la falta de seguridad del procedimiento empleado—, por otro.

1) Comenzando por las dificultades técnicas mencionadas, NOMBELA⁵ señala los importantes problemas para la obtención de embriones por transferencia nuclear, no habiéndose logrado hasta el momento la gestación del organismo clónico de ningún primate (ni, por supuesto, que se conozca, de ningún ser humano) cuando se utiliza para la transferencia el núcleo de células diferenciadas del adulto⁶. Ello no implica considerar que la clonación verdadera resulte técnicamente imposible en adultos humanos, pero sí evidencia problemas procedimentales.

Asimismo, se ha puesto de manifiesto⁷, que como consecuencia de dicha falta de seguridad en la técnica empleada, sería necesario, por un lado, el empleo de un número muy importante de embriones humanos, que habrían de

ser sacrificados al objeto de lograr desarrollar con éxito la clonación de personas.

Ligada a lo anterior se encuentra la circunstancia de que en estas esferas estamos actuando sobre futuros seres humanos, lo que implica que fallos aplicativos pueden suponer consecuencias no deseadas para el embrión o el feto que normalmente, perdurarán una vez el sujeto haya nacido (de implantarse el mismo). Cuestiones tales como la edad real del ser clonado (si es la que determina el nacimiento o viene condicionada por la del sujeto fuente), el posible envejecimiento prematuro o incluso la mayor prevalencia de enfermedades graves sobre el mismo, resultan de gran relevancia a la hora de llevar a cabo un enjuiciamiento de la clonación reproductiva desde un punto de vista estrictamente técnico.

Si partimos de una perspectiva colectiva, procede precisar que la diversidad genética humana, ciertamente amenazada si se estandarizase la clonación como procedimiento reproductivo, contribuye decisivamente a preservar la especie frente a enfermedades infecciosas o frente a agentes externos a los que podría ser vulnerable una determinada configuración genética⁸.

2) En el debate doctrinal relacionado con la clonación reproductiva, junto con los criterios técnicos anteriormente explicitados ostentan indudable incidencia los aspectos éticos. En este sentido, se ha planteado de manera prácticamente unánime entre los especialistas en dichas materias la afección intolerable a la dignidad humana⁹ (que el art. 10.1 Constitución consagra como uno de los fundamentos del orden político y de la paz social, con la indudable proyección normativa que ello implica) que la clonación humana reproductiva supone. En relación con el particular, decisivos han sido los argumentos de JONAS¹⁰ en el sentido de que al ser clonado se le ha privado de su espontaneidad, pues nace con un proyecto vital predeterminado de antemano; ello implica que el propio sujeto

5. Véase César NOMBELA, «La clonación en su contexto biomédico y ético», *Papeles FAES* [en línea], 35, 30 de noviembre de 2006, p. 1 [citado el 20 de marzo de 2007]. Disponible en Internet: [<http://www.fundacionfaes.es/default.cfm>].

6. No obstante, sí han tenido éxito en primates los experimentos de paraclonación (consecución de un organismo clónico de célula indiferenciada de un embrión). Véase César NOMBELA, «La clonación en su contexto biomédico y ético», *cit.*, p. 4.

7. Véase Carlos María ROMEO CASABONA, «La clonación humana: presupuestos para una intervención jurídico-penal», *cit.*, pp. 132 y s. En el mismo sentido, NOMBELA habla de una eficiencia de la técnica muy baja, salvo en el caso del ratón, menor al 1%. Véase César NOMBELA, «La clonación en su contexto biomédico y ético», *cit.*, p. 3.

8. Véase Carlos María ROMEO CASABONA, «Límites penales de las manipulaciones genéticas», *El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano*, Volumen III, Fundación BBV, Bilbao, 1994, p. 206.

9. Crítico con dicho concepto, dada su falta de contenido y su carácter legitimador de cualquier forma de intervención con respecto a la vida humana existente o en formación, se muestra un sector de la doctrina perteneciente a la esfera de la filosofía política anglosajona. En este sentido, Francis FUKUYAMA, *Our posthuman future. Consequences of the Biotechnology Revolution*, *cit.*, p. 148, cuando afirma que la dignidad humana es uno de esos conceptos que prácticamente a cualquier político, así como a cualquier agente en la vida pública, le gusta utilizar, pero que casi ninguno puede explicar o definir. Acerca del carácter excesivamente amplio, indeterminado y abstracto de la dignidad como bien jurídico, específicamente en relación con la clonación humana, véase Juan-Felipe HIGUERA GUIMÉRÁ, *El Derecho penal y la Genética*, Trivium, Madrid, 1995, pp. 249 y ss., quien trata de delimitarlo a partir de concepciones filosóficas (LEGAZ LACAMBRA o PECES BARBA).

10. Véase Hans JONAS, *Técnica, Medicina y Ética. La práctica del principio de responsabilidad*, Paidós, Barcelona, 1997, pp. 127 y s.

creado por clonación cree saber demasiado sobre su futura existencia, e incluso terceros creen saber demasiado de él. En definitiva, resultaría plenamente vigente la máxima kantiana en el sentido de considerar un atentado a la dignidad humana el intento de instrumentalizar a un sujeto con la intención de lograr objetivos sociales o de terceros¹¹, es decir, prescindir de la consideración de cada ser humano como un fin en sí mismo.

No obstante, conviene poner de manifiesto, con el fin de esbozar de manera completa el panorama concurrente sobre el particular, que una corriente de científicos llegó a justificar la clonación, pues en palabras de PACKARD «permitirá conservar y perpetuar los más finos genotipos que surjan en nuestra especie, tal como el invento de la escritura nos facultó para preservar los frutos del trabajo humano»¹².

A pesar de que no considero que, ni siquiera en el caso de que se superasen los obstáculos técnicos expuestos, la clonación humana lograría generalizarse como procedimiento reproductivo reemplazando a la natural, me parece evidente que la misma implica una afección directa contra la dignidad, en la medida en que su empleo responde al deseo de predeterminar las características genéticas con fines instrumentales (así, por ejemplo, en el conocido caso de creación de una raza clónica al objeto de servir como mano de obra o como mera fuerza de choque militar). Por lo demás, en el marco de la reproducción, las parejas incapaces de tener descendencia de manera natural dispo-

nen en la actualidad del recurso a las técnicas de reproducción asistida (inseminación artificial, fertilización *in vitro* y transferencia intratubárica de gametos), por lo que el recurso a la clonación humana reproductiva en este marco no parece justificado, a la vista de los bienes jurídicos fundamentales contra los que atenta.

Junto con esta modalidad de clonación (reproductiva), podemos situar tanto por la identidad de la técnica mediante la que se obtienen los embriones, como por el concepto con el que se conoce coloquialmente, una segunda variante: la clonación no reproductiva o terapéutica. Coincido con NOMBELA¹³ en la observación de que «la expresión es confusa porque, a día de hoy, no sólo no existen tratamientos de este tipo (de enfermedades) mediante clonación, sino que tampoco sabemos si algún día serán posibles». Ello lleva a dicho autor a utilizar el concepto «clonación con fines terapéuticos», con lo que se indicaría que se investiga sobre clonación para tratar enfermedades cuando ello resulte posible.

Al hilo de la observación anterior procede realizar una concreción que considero fundamental. Esta deriva del hecho de que, con carácter general, en estas esferas, como en muchas otras, el uso de los términos no resulta en absoluto neutro¹⁴. Personalmente, estimo que tanto en materia de investigación con células troncales como en el ámbito de la clonación (en particular, en relación con la vertiente no reproductiva), la elección de términos de referencia resulta absolutamente interesada, y da lugar a opciones semán-

11. Como señala acertadamente en este punto BROGGI I TRIAS, el problema bioético precisamente es el contenido, la extensión y la materialización de esta dignidad humana. Véase Marc Antoni BROGGI I TRIAS, «Aspectos éticos de la clonación», *Derecho y Salud*, Volumen 6, Número 1, 1998, p. 41.

12. Como pone de manifiesto Soraya NADIA HIDALGO, «Clonación y reproducción en serie de seres humanos, ¿una alternativa del siglo XXI?», *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 4, 1996, pp. 58 y s. Entre los ejemplos que cita dicha autora, véase V. PACKARD, *The people Saphers*, Futura, London, 1978, pp. 254 y ss. Razonamientos análogos se han manejado por autores como el Nobel Joshua LEDERBERG («¿por qué no copiar directamente a un individuo superior en lugar de dejar que lo haga el azar al que está ligada la reproducción sexual?»), Leon KASS («no existe ninguna regla moral para saber si la clonación humana es aceptable»), si bien dicho autor acepta las nefastas consecuencias potenciales de dicha técnica) o Javier ELIZARI («la naturaleza da lugar a seres idénticos como los gemelos monocigóticos, y nadie lo considera una aberración ¿por qué va a serlo cuando se utiliza la técnica para ello?»).

13. Véase César NOMBELA, «La clonación en su contexto biomédico y ético», *cit.*, p. 5, donde señala que la Academia Nacional de Ciencias de Estados Unidos proponía hablar de clonación para investigación. En sentido análogo se pronuncia el Consejo General del Poder Judicial, *Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por el que se reforma la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, Madrid, 3 de noviembre de 2007, p. 125. Ponen, asimismo, de manifiesto lo inadecuado del término «terapéutica», para hacer referencia actualmente a la clonación no reproductiva Rosario M. ISASI/George J. ANNAS, «To clone alone: the United Nations' Human Cloning Declaration», *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 24, 2006, pp. 17 y s.

14. En este sentido, y específicamente en la esfera de la clonación no reproductiva, un sector de la doctrina, no sólo en el ámbito penal sino igualmente en el de la bioética, considera el producto de la aplicación de la transferencia nuclear de células somáticas no como un embrión, sino como un nucléolo. Véase Marcelo PALACIOS, «Consideraciones sobre la clonación», en Ignacio F. BENÍTEZ ORTUZAR (coord.), *Genética Humana en el Tercer Milenio. Aspectos éticos y jurídicos*, Madrid, 2002, pp. 31 y ss. En el mismo sentido, Ignacio Francisco BENÍTEZ ORTUZAR, «El ordenamiento jurídico ante la clonación de células humanas», *CPC*, 79, 2003, p. 56. Este último pone de manifiesto la distinción entre el referido nucléolo, fruto de la experimentación, que no podrá ser utilizado en reproducción, cuyo destino natural es ser empleado como productor de células madre, utilizables de modo terapéutico creando la posibilidad de obtener tejidos y órganos para posibles trasplantes sin miedo a rechases, y por otro lado, el embrión, fruto de la fecundación, cuya finalidad sería la reproducción. Acoge igualmente dicha distinción terminológica María José CRUZ BLANCA, «Delitos conexos a las técnicas de reproducción asistida: fecundación con fines no reproductivos, creación de seres humanos por clonación y otros procedimientos dirigidos a la selección de la raza», *Estudios jurídico-penales sobre genética y biomedicina. Libro Homenaje al Prof. Dr. D. Ferrando MANTOVANI*, Dykinson, Madrid, 2005, p. 218.

ticas que pretenden la legitimación de determinadas decisiones político-legislativas.

De esta forma, no resulta baladí el empleo de la expresión células troncales frente a la de células madre si se busca fomentar o, por el contrario, bloquear la investigación en estos ámbitos¹⁵. En sentido análogo, el recurso al concepto «clonación terapéutica» o «activación de ovocitos mediante transferencia nuclear»¹⁶ implica una opción encubierta: a la primera se acudirá mayoritariamente por parte de quienes pretenden deslegitimar dicho procedimiento, pues el peso (en forma de rechazo) que incorpora el concepto de clonación facilitará la oposición social a la mencionada técnica, mientras la segunda denominación, al eliminar la referencia aludida, persigue no generar las reticencias éticas que se producirían en el primer caso. Desconocer en estas esferas el uso interesado que, de manera reiterada, se realiza de los términos y conceptos con el fin de influir en la opinión pública¹⁷, resultaría absolutamente ingenuo¹⁸.

En definitiva, el presente trabajo pretende abordar la cuestión vinculada con el tratamiento legal de la clonación humana en España, tanto en su vertiente reproductiva¹⁹ como no reproductiva o terapéutica. Partiendo de los datos científico-técnicos ya esbozados, y de las valoraciones éticas presentadas, constituye nuestro objetivo trazar un cuadro de la situación jurídica actualmente concurrente tanto en la esfera supranacional como interna. Ello osten-

ta una particular relevancia en este momento en nuestro país, pues el marco normativo, tanto en el ámbito penal como en el administrativo, está siendo objeto de cambios constantes en los últimos meses (unos ya aprobados y otros en trámite parlamentario) al hilo de la Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación Biomédica y del Proyecto de Reforma del CP. Al análisis de los criterios sentados por el legislador español en materia de clonación en el marco de la normativa recientemente aprobada y de la proyectada a futuro dedicaremos una especial atención, al objeto de determinar lo adecuado del mismo y las posibles fallas del conjunto legislativo referido.

II. Perspectiva normativa internacional

A la hora de abordar el análisis de las cuestiones vinculadas a los desarrollos en materia de genética humana y biotecnologías, resulta procedente comenzar por establecer cuáles son los criterios derivados, tanto de los textos jurídicos existentes en la esfera supranacional, como en los países de nuestro entorno. Ello resulta especialmente significativo en el ámbito de la clonación pues (especialmente en relación con la vertiente humana reproductiva) la mayor parte de las instancias internacionales se han pronunciado sobre el particular, dando lugar asimismo, al desarrollo de una normativa específica en la práctica totalidad de los estados occidentales. Lo anterior nos servirá

15. A mi modo de entender, el término «madre» para aludir a células que en todo el ámbito iberoamericano son conocidas con mayor precisión científica por «troncales», supone utilizar un «concepto-fuerza» que implica deslegitimar socialmente cualquier forma de intervención sobre las mismas.

16. Así en la Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación Biomédica en su art. 33.2.

17. Y de esta manera sustentar las opciones político-legislativas adoptadas, estrategia normalmente acompañada de fuertes impactos mediáticos a través de la difusión de informaciones, muchas veces sesgadas, sobre el curso de estas investigaciones. Se refieren igualmente al hecho de que las elecciones semánticas pueden encubrir decisiones normativas (si bien, con la pretensión contraria a la mantenida en el presente trabajo, es decir, con el fin de equiparar clonación reproductiva y no reproductiva) los considerandos G y H de la Resolución del Parlamento Europeo de septiembre de 2000 contraria a la clonación de embriones humanos con fines de investigación cuando disponen:

«G. Considerando que nos encontramos ante una nueva estrategia semántica (distingo entre clonación reproductiva y terapéutica) que intenta debilitar el significado moral de la clonación humana;

H. Considerando que no existe ninguna diferencia entre la clonación con fines terapéuticos y la clonación con fines reproductivos, y que cualquier flexibilización de la prohibición vigente originará presiones para poder seguir desarrollando la producción y la utilización de embriones».

18. A efectos del presente trabajo, considero fundamental establecer una nítida diferenciación entre el tratamiento legal de los supuestos de clonación humana reproductiva y los de clonación no reproductiva o terapéutica. Pretender que, con base en su agrupación bajo un sólo concepto («clonación») se favorece un tratamiento legal homogéneo para todos estos supuestos (naturalmente, extendiendo la orientación prohibitiva aplicada a la clonación reproductiva al ámbito terapéutico), constituye un planteamiento nada acorde con el procedimiento argumental propio del Derecho, y mucho menos con el que tiene que imperar en materia penal, al que debe acudirse únicamente para la salvaguarda de los bienes jurídicos fundamentales ante los ataques más intolerables.

19. La clonación humana reproductiva plantea algunas cuestiones jurídicas que no abordaremos con profundidad en este art., dado que exceden el objeto del mismo. En este sentido, desde el punto de vista del Derecho civil surgen interrogantes en el ámbito de la filiación, de llegarse a la efectiva creación de seres humanos a través de dichos procedimientos. No obstante, coincido plenamente con la argumentación de ANGOITIA GOROSTIAGA en relación con el particular, cuando sostiene que, en dicho supuesto, el ser humano nacido en virtud de la mencionada técnica sería atribuido de personalidad en iguales condiciones que los nacidos a través de otros medios de procreación, pues repele al Derecho la hipotética admisibilidad de individuos carentes de personalidad o dotados de una mutilada capacidad jurídica. Véase Victor ANGOITIA GOROSTIAGA, «Aspectos civiles de la clonación», *Derecho y Salud*, Volumen 6, Número 1, 1998, p. 51.

para perfilar un esbozo previo acerca del grado de rechazo que despierta dicha técnica (prácticamente unánime en el caso de la clonación humana reproductiva, a salvo de voces muy aisladas, si bien mucho más matizado en relación con la modalidad terapéutica).

Si llevamos a cabo el análisis desde una perspectiva supranacional procede poner de manifiesto que desde la mayor parte de los foros (tanto universales como internacionales de carácter regional) se ha tratado la cuestión relativa a la clonación humana.

En primer lugar, dado su carácter de referente a nivel mundial, procede citar las iniciativas adoptadas por la Organización de Naciones Unidas. En el marco de la ONU se ha abordado de manera específica el tema de la clonación. En este sentido, la propia Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos —elaborada por la UNESCO, y posteriormente adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas—, establece en su art. 11 que no deben permitirse las prácticas contrarias a la dignidad humana, como la clonación con fines de reproducción de seres humanos. Posteriormente, la referida Asamblea General de la ONU adoptó, en marzo de 2005, la Declaración sobre la Clonación Humana²⁰, que insta a los Estados Miembros a prohibir todas las formas de clonación humana en la medida en que sean incompatibles con la dignidad humana y con la protección de la vida humana. No obstante, el proceso de elaboración de la citada Declaración pone de manifiesto la falta de consenso existente en el ámbito internacional en la esfera de la clonación terapéutica. Siendo el propósito inicial²¹ la aprobación de una Convención Internacional dirigida exclusivamente a la prohibición de la clonación reproductiva, en

virtud de la iniciativa adoptada sobre el particular por Alemania y Francia, la diversidad de criterios entre los distintos estados abortó dicho proyecto y obligó a proseguir los estudios por parte del grupo de trabajo. Ello dio lugar al surgimiento de dos tendencias: por un lado, la de aquellos países partidarios de integrar en el texto a aprobar únicamente los supuestos de clonación humana reproductiva, frente a los cuáles se situaba un conjunto de Estados favorables a extender la prohibición a toda clase de clonación, es decir, incluyendo en su ámbito también la terapéutica. Dicha segunda corriente, que había sido liderada por Costa Rica (estado que en abril de 2003 presentó un proyecto de Convención que prohibía toda forma de clonación humana) fue activamente apoyada por países como Estados Unidos, Italia, Portugal o España²², entre otros. Frente a dicha línea de pensamiento Bélgica se erigió en el principal exponente de un texto limitado a la clonación humana reproductiva. La aprobación final de la Declaración sobre Clonación Humana (8 de marzo de 2005) con un total de 84 votos a favor, por 34 en contra (entre los que se encontraban países como China, India, Bélgica, Reino Unido, Francia o España, entre otros) y 37 abstenciones, pone de manifiesto la diversidad de puntos de vista existentes en la Comunidad Internacional²³. En este sentido, de haberse limitado la declaración a prohibir la clonación reproductiva, el acuerdo hubiera sido probablemente total. Por el contrario, al establecer la declaración finalmente aprobada que «los Estados Miembros habrán de prohibir todas las formas de clonación humana en la medida en que sean incompatibles con la dignidad humana y la protección de la vida humana», parece incluirse en su esfera la clonación terapéutica²⁴, en relación con la cual nos encontra-

20. Véase ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, *Declaración de las Naciones Unidas sobre clonación humana* [en línea], 5 de abril de 2005 [citado el 20 de marzo de 2007]. Disponible en Internet: [http://www.un.org/spanish/documents/instruments/docs_sp.asp]

21. Véase Antonio del MORAL, «Clonación y Derecho Penal», en Carlos José PÉREZ DEL VALLE (director), *Genética y Derecho*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004, pp. 71 y s. Exponen de manera pormenorizada el proceso de elaboración y posterior aprobación de la referida declaración, Rosario M. ISASI/George J. ANNAS, «To clone alone: the United Nations' Human Cloning Declaration», *cit.*, pp. 13 y ss.

22. La posición de nuestro país a lo largo de la tramitación y posterior aprobación de la declaración puede calificarse, al menos, como significativa de la incidencia que cambios de mayorías parlamentarias y de signos políticos de los gobiernos ostentan en las cuestiones bioéticas. De este modo, habiendo sido España uno de los patrocinadores de una Declaración internacional comprensiva de todas las formas de clonación, el cambio gubernamental derivado de las elecciones de marzo de 2004 determinó el voto contrario al documento finalmente aprobado. Para justificar su opción el representante de España ante las Naciones Unidas puso de manifiesto, en su explicación tras el voto, que «el término "vida humana" contenido en el texto es confuso y debía ser reemplazado por el término "ser humano" como se emplea en textos científicos. La Declaración no recogía las bien conocidas diferencias fundamentales entre los dos tipos de clonación. El hecho de que no haya existido consenso tras cuatro años de discusión demuestra lo precario del texto adoptado. España es contraria a la clonación reproductiva, pero se muestra favorable a la clonación terapéutica, que ha sido considerada positivamente por la Comunidad Científica. La cuestión será ahora abordada por el Parlamento Nacional».

23. Dando un paso más ISASI/ANNAS señalan que si tomamos en consideración, no solamente el número de estados votando a favor o en contra de dicha declaración, sino igualmente su población, llegaríamos a los siguientes guarismos: 1.5 miles de millones de personas votando a favor de la declaración, 3.1 miles de millones en contra y 1.6 miles de millones absteniéndose. Véase Rosario M. ISASI/George J. ANNAS, «To clone alone: the United Nations' Human Cloning Declaration», *cit.*, p. 23.

24. Lo cual, en todo caso, no resulta en absoluto claro, pues al prohibirse toda clonación en la medida en que sea incompatible con la dignidad humana y la protección de la vida humana, cabría interpretar que existen formas de clonación (no reproductiva) que no atentan contra aquellas. En este sentido, véase «Editorial», *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 22, 2005, p. 21.

mos muy lejos de la consecución de un mínimo consenso en la esfera supranacional (no olvidemos que la misma constituye una práctica expresamente autorizada en países como el Reino Unido o Bélgica y ya, actualmente, en España, en virtud de la Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación Biomédica).

Relevante, dado su carácter de organismo de referencia en materias vinculadas con la sanidad a nivel internacional, es la actividad desarrollada en este sentido por la propia Organización Mundial de la Salud (OMS). De esta forma, la Asamblea Mundial de la Salud en su 50.^a Sesión (14 mayo 1997) expresó una condena de la clonación reproductiva con base en su carácter éticamente inaceptable y su contrariedad a la integridad y moralidad humana²⁵. La posterior resolución del Consejo Ejecutivo de la Organización Mundial de la Salud sobre las «Repercusiones éticas, científicas y sociales de la clonación en la Salud Humana» (27 de enero de 1998) reafirmaba que la clonación aplicada a la replicación de individuos resulta éticamente inaceptable y es contraria a la dignidad y la integridad humanas. Con base en lo anterior se instaba a los Estados Miembros a adoptar las medidas apropiadas, inclusive de

orden legal y jurídico, a fin de prohibir el uso de la clonación para la replicación de individuos. Dicha resolución fue presentada y adoptada por la Asamblea Mundial de la Salud en mayo de 1998 (51.^a Sesión; WHA 51.10). No obstante, la citada resolución WHA 51.10 también solicitaba al Director General la constitución de un grupo, con la participación de expertos nacionales, con el objeto de clarificar conceptos y elaborar las directrices en relación con el uso de la clonación con fines ajenos a la reproducción²⁶. Posteriormente, en el seno de la OMS ha continuado el interés por la repercusión de la clonación en la esfera de la bioética y de la salud²⁷.

A nivel regional-europeo dos organizaciones ostentan un especial peso: por un lado, el Consejo de Europa, y por otro, la Unión Europea. En este sentido, el Consejo de Europa²⁸, en el marco del Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y de la Medicina²⁹, si bien no abordó directamente la cuestión de la clonación en el citado texto jurídico³⁰, sí procedió a la aprobación de un Protocolo adicional por el que se prohíbe la clonación de seres humanos³¹. El art. 1 del mismo consti-

25. Así lo pone de manifiesto Juan Ramón LACADENA CALERO, «La clonación en humanos», [en línea], *Genética y Bioética (Sección Artículos)*, 10/1998 [citado el 20 de marzo de 2007]. Disponible en Internet: [<http://w3.cnice.mec.es/tematicas/genetica/index.html>].

26. Véase *Cloning in Human Health — Report by the Secretariat*. Fifty-second World Health Assembly, Geneva, World Health Organization 1999 (document A52/12); *Cloning in Human Health-Report by the Director General*. Fifty-third World Health Assembly, Geneva, World Health Organization 2000 (document A53/15).

27. Véase *Reproductive cloning of human beings: status of the debate in the United Nations General Assembly-Report by the Secretariat*. Executive Board. 115th Session, Geneva, World Health Organization 2004 (document EB 115/INF.DOC./2).

28. Previamente al Convenio relativo a los Derechos Humanos y la Biomedicina, en el seno del Consejo de Europa, la Asamblea Parlamentaria emitió la Recomendación 1046 (1986) sobre el uso de embriones humanos y fetos con objetivos diagnósticos, terapéuticos, científicos, industriales y comerciales, en la cual se instaba al Comité de Ministros del Consejo de Europa, entre otras cuestiones, a prohibir cualquier uso indeseable o desviado de estas técnicas, incluyendo la creación de seres humanos idénticos mediante clonación u otros métodos, sea o no con la finalidad de selección de la raza. Para una ampliación sobre el particular, véase Joan Carles CORDÓN BOFILL, «Previsiones del Derecho Internacional sobre la clonación», *Derecho y Salud*, Volumen 6, Número 1, 1998, p. 44.

29. Aprobado por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa el 26 de septiembre de 1996, adoptado por el Comité de Ministros el 19 de noviembre de 1996 y abierto a la firma en la ciudad de Oviedo (España) el 4 de abril de 1997, conocido por ello como Convenio de Oviedo.

30. CORDÓN BOFILL considera que indirectamente, el Convenio relativo a los Derechos Humanos y la Biomedicina sí prohíbe la clonación; por un lado, con base en el art. 14 del Convenio que establece que «no se admitirá la utilización de técnicas de asistencia médica a la procreación para elegir el sexo de la persona que va a nacer, salvo en los casos en que sea preciso para evitar una enfermedad hereditaria grave ligada al sexo», pues pone de manifiesto que la clonación supone *per se* la predeterminación del sexo, que sería el mismo que el del ser del que procede la carga genética completa. Por otro lado, CORDÓN BOFILL señala la incidencia del art. 13 del Convenio donde se dispone que sólo podrá efectuarse una intervención que tenga por objeto modificar el genoma humano por razones preventivas, diagnósticas o terapéuticas, y sólo cuando no tenga por finalidad la introducción de una modificación en el genoma de la descendencia. A partir de lo anterior, deduce dicho autor la prohibición implícita de la clonación de seres humanos, argumento que no comparto, pues *stricto sensu* no cabe hablar en este caso de modificación del genoma humano. Véase Joan Carles CORDÓN BOFILL, «Previsiones del Derecho Internacional sobre la clonación», *cit.*, 45.

31. Abierto a la firma el 12 de enero de 1998, habiendo entrado en vigor en España el 1 de marzo de 2001. La referida entrada en vigor exige 5 ratificaciones de las cuáles 4 al menos deben ser de Estados Miembros del Consejo de Europa. En el caso de España, procedió a la firma del mismo el 12 de enero de 1998 y a su ratificación el 24 de enero de 2000. El texto completo (versión inglesa), junto con el Informe Explicativo al referido Protocolo Adicional, y el listado de Estados firmantes y ratificantes se encuentra en COUNCIL OF EUROPE, *Additional Protocol to the Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine, on the Prohibition of Cloning Human Beings* [en línea], 1998 [citado el 20 de marzo de 2007]. Disponible en Internet: [<http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ListeTraites.asp?CM=8&CL=ENG>]

tuye el núcleo de la regulación establecida al disponer que «se prohíbe cualquier intervención que tenga por objeto crear un ser “genéticamente idéntico” a otro, ya sea vivo o muerto. A los efectos de este art., la expresión ser humano “genéticamente idéntico” a otro ser humano significa compartir con otro la misma carga nuclear genética»³².

A la hora de establecer el ámbito material sobre el que se extiende el referido Protocolo Adicional resulta relevante atender a lo establecido en el Informe Explicativo al mismo. En su apartado segundo, distingue tres grupos de situaciones: la clonación de células como técnica considerada completamente aceptable desde el punto de vista ético, el uso de células embrionarias en técnicas de clonación (que integra el ámbito de la llamada clonación terapéutica) con respecto a lo cual remite a un futuro protocolo sobre protección del embrión y la clonación de seres humanos³³ (mediante empleo de las técnicas de división embrionaria y transferencia nuclear), que queda dentro de la esfera del protocolo adicional y, por lo tanto, es objeto de general interdicción. El fundamento de la misma se sitúa en la amenaza que la clonación deliberada de seres humanos supone para la identidad y la dignidad humanas³⁴, valor este último que constituye el principal referente del Convenio Europeo sobre Derechos Humanos y Biomedicina del que trae causa el Protocolo Adicional por el que se prohíbe la clonación de seres humanos, a tenor del propio art. primero de la Convención.

Junto con la labor del Consejo de Europa, en la esfera regional-europea destaca la importancia de la propia Unión Europea, habiendo emitido el Parlamento diferentes resoluciones con incidencia en materia de clonación humana³⁵. En relación con el particular, la Resolución sobre los problemas éticos y jurídicos de la manipulación genética (16 de marzo de 1989)³⁶ consideraba en su apartado 41 que la prohibición bajo sanción constituía la única reacción viable a la posibilidad de producir seres hu-

manos mediante clonación, así como con respecto a todos los experimentos que tuvieran como fin la clonación de seres humanos.

En una línea similar se mueve la Resolución del Parlamento europeo sobre la clonación del embrión humano de 28 de octubre de 1993³⁷, que condenaba la misma, al considerarla una grave violación de los derechos fundamentales, contraria al respeto a la persona, moral y éticamente inaceptable.

Posteriormente, la Resolución del Parlamento europeo, de 12 de marzo de 1997³⁸, sobre la clonación, solicitaba una prohibición explícita a nivel mundial de esta práctica, al mismo tiempo que pedía a los Estados Miembros que impidiesen la clonación de seres humanos en las distintas etapas de su gestación y desarrollo, sin distinción del método empleado, exigiendo expresamente la configuración de acciones penales para los supuestos de incumplimiento. De acuerdo con la referida resolución, el fundamento de la mencionada prohibición se encontraría vinculado con el derecho a la identidad genética de que goza todo individuo, y en general, con la protección de la dignidad.

En 1998 el Parlamento europeo dictó una nueva resolución³⁹ en la que reiteraba, a grandes rasgos, los criterios sostenidos en la anterior de 1997, conminando a los Estados Miembros del Consejo de Europa a que firmasen y ratificasen la Convención sobre Derechos Humanos y Biomedicina y su Protocolo Adicional por el que se prohíbe la clonación de seres humanos, así como solicitando la aprobación de normas prohibitivas de toda investigación sobre la clonación de seres humanos, y el establecimiento de sanciones penales para la contravención de las mismas. Asimismo, el Parlamento Europeo se pronunciaba a favor de la adopción de las medidas necesarias para la consecución de una prohibición universal y explícita vinculante desde el punto de vista jurídico, para lo cual abogaba por la Convocatoria de una Conferencia Mundial sobre el particular.

32. La expresión «la misma carga nuclear genética» tiene en cuenta el hecho de que durante el desarrollo embrionario, algunos genes pueden sufrir mutación somática, de acuerdo con el Informe explicativo al Protocolo Adicional relativo a la prohibición de clonar seres humanos. En concreto, dispone el referido Informe Explicativo en su apartado 7.º: «The term “nuclear” means that only genes of the nucleus — not the mitochondrial genes — are looked at with respect to identity, which is why the prohibition of cloning human beings also covers all nuclear transfer methods seeking to create identical human beings. The term “the same nuclear gene set” takes into account the fact that during development some genes may undergo somatic mutation. Thus monozygotic twins developed from a single fertilised egg will share the same nuclear gene set, but may not be 100% identical with respect to all their genes. It is important to note that the Protocol does not intend to discriminate in any fashion against natural monozygotic twins».

33. Particular interés ostenta la declaración expresada por la representación de Holanda, que en relación con el art. 1 del citado Protocolo declara que interpreta la expresión «ser humano» como referida exclusivamente a un ser humano individual, es decir, que ya ha nacido.

34. Informe Explicativo al Protocolo Adicional relativo a la prohibición de clonar seres humanos, apartado 3.º.

35. Para una ampliación sobre el particular, véase Angela APARISI MIRALLES, «Manipulación genética en seres humanos: del autocontrol deontológico a la búsqueda de un orden internacional», *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho* [en línea], 2, 1999 [citado el 20 de marzo de 2007]. Disponible en Internet [<http://www.uv.es/CEFD/2/aparisi.html>]; Antonio del MORAL, «Clonación y Derecho Penal», *cit.*, pp. 69 y s.

36. Véase DO C 96 de 17.4.1989, p. 165.

37. Véase DO C 315 de 22.11.1993, p. 224.

38. Véase DO C 115 de 14.4.1997, p. 92.

39. Véase DO C 34 de 2.2.1998, pp. 164 y s.

No obstante, la Resolución del Parlamento Europeo que contiene un posicionamiento más radical en contra de la clonación (por extenderse a la clonación de embriones, es decir, a la modalidad no reproductiva o terapéutica) es la de 7 de septiembre de 2000, en la que se dispone expresamente que «la “clonación terapéutica”, que conlleva la creación de embriones humanos con fines exclusivos de investigación, plantea un profundo dilema moral, supone traspasar de forma irreversible una frontera en las normas de investigación y es contraria a la política pública aprobada por la Unión Europea»; en consecuencia, el Parlamento Europeo pide al gobierno británico que revise su posición sobre la clonación de embriones humanos y a los miembros del Parlamento del Reino Unido que voten en conciencia y rechacen la propuesta objeto de examen, consistente en permitir la investigación que utiliza embriones creados por trasplante de núcleos de células. Asimismo, la citada Resolución reitera el llamamiento a cada uno de los Estados miembros para que promulguen normas jurídicas vinculantes que prohíban la investigación sobre cualquier tipo de clonación de seres humanos en su territorio y establezcan sanciones penales para toda violación de las mismas. Como queda de manifiesto, la Resolución mencionada conllevaba un rechazo frontal a la clonación no reproductiva en un momento político fundamental, dada la inminente decisión legislativa en el Reino Unido en favor de la autorización de dicha técnica. No obstante, la toma de posición expuesta se produjo en el contexto de una profunda división de los miembros del Parlamento Europeo, pues la iniciativa contó con la adhesión de 237 Parlamentarios (básicamente los representantes del Partido Popular Europeo, el Grupo Verde, democristianos y Unión por una Europa de las Naciones), si bien registró un total de 230 votos en contra (esencialmente pertenecientes al Grupo Socialista y al Grupo Liberal) y 43 abstenciones.

Finalmente, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea⁴⁰ establece en su art. 3 (Derecho a la integridad de la persona), apartado 2.º: «En el marco de la medicina y la biología se respetarán en particular: (...) la prohibición de la clonación reproductora de seres humanos».

Como queda de manifiesto, los pronunciamientos en la esfera internacional y comunitaria respecto de la clonación humana han sido múltiples desde mediados de la década de los noventa del siglo pasado, y en todos los documentos referidos, la posición mantenida resultaba tajante en relación con la clonación humana reproductiva, abogando por su

prohibición, incluso por vía penal. Más matizado ha resultado, excepto en determinados textos aislados, el criterio sostenido en relación con la clonación terapéutica, en gran parte porque la posibilidad de creación de embriones con fines de investigación mediante mecanismos como la activación de ovocitos por transferencia nuclear no se ha planteado en la comunidad científica hasta fechas recientes. No obstante, la cuestión de la clonación terapéutica ya se ha introducido en el debate existente en la comunidad internacional a distintos niveles (ONU, Unión Europea o Consejo de Europa, entre otros), y por ejemplo, explica la fractura entre países partidarios y contrarios al texto finalmente adoptado de Declaración sobre la Clonación Humana (2005) en el marco de la ONU. En definitiva, cabe afirmar, con base en una interpretación sistemática de las distintas iniciativas adoptadas en la esfera supranacional, la existencia de una posición absolutamente contraria a la clonación humana reproductiva, pero mucho más tenue con respecto a su vertiente terapéutica, técnica expresamente autorizada en las legislaciones de algunos países de nuestro entorno (Reino Unido o Bélgica, entre otros).

III. Situación legal en España

1. Normativa administrativa

España se convirtió en el año 1988 en país de referencia (pionero en el tratamiento legal de estas materias había sido Suecia) en la regulación de las técnicas de reproducción asistida y de la investigación con material fetal y embrionario a partir de la promulgación de la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida y la posterior Ley 42/1988, de 28 de diciembre, de donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos.

Dicho marco regulativo, a pesar de que ambas normas fueron objeto de sendos recursos de inconstitucionalidad (resueltos en virtud de la STC 212/1996, de 19 de diciembre de 1996, resolviendo el recurso de inconstitucionalidad núm. 596/89 contra la Ley 42/1988, de 28 de diciembre, de donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos; y de la STC 116/1999, de 17 de junio de 1999, resolviendo el recurso de inconstitucionalidad núm. 376/89 contra la Ley 35/1988 de 22 de Noviembre sobre Técnicas de Reproducción Asistida)⁴¹ se ha mantenido sustancialmente en

40. Véase DO C 364, de 18.12.2000, p. 9.

41. Véase, en relación con dichas Sentencias del Tribunal Constitucional, entre otros, los siguientes comentarios doctrinales: Luis GONZÁLEZ MORÁN, «Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 212/1996, de 19 de diciembre de 1996», *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 9 (Parte I), 1998, pp. 183 y ss.; y 10 (Parte II), 1999, pp. 157 y ss.; Gonzalo ARRUEGO RODRÍGUEZ/Ricardo CHUECA RODRÍGUEZ, «Tribunal Constitucional y nuevos escenarios de la biomedicina (Reflexiones constitucionales sobre la Sentencia del Tribunal Constitucional 116/1999, de 17 de Junio)», *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 12, 2000, pp. 91 y ss.; Jaime VIDAL MARTÍNEZ, «Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de Junio de 1999 resolviendo el Recurso de Inconstitucionalidad núm. 376/89 contra la ley 35/1988 de 22 de Noviembre sobre Técnicas de Reproducción Asistida», *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 12, 2000, pp. 113 y s.

vigor⁴² hasta la derogación de la Ley 35/1988 por la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida y de la Ley 42/1988 por la Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación Biomédica.

Hasta la entrada en vigor del CP 1995, la Ley 35/1988 contenía sendas infracciones de particular interés en materia de clonación, previstas en el art. 20.2.B.k y 20.2.B.l respectivamente. El primero de los preceptos referidos consideraba como infracción muy grave «crear seres humanos idénticos, por clonación u otros procedimientos dirigidos a la selección de la raza», mientras el segundo establecía la misma calificación jurídica para «la creación de seres humanos por clonación en cualquiera de sus variantes o cualquier otro procedimiento capaz de originar varios seres humanos idénticos»⁴³. No obstante, dichas disposiciones fueron derogadas por el CP 1995, conjuntamente con las letras a y v del art. 20.2.B, al hilo de la inclusión por primera vez en la codificación penal española

de un conjunto de delitos agrupados formalmente bajo la rúbrica «delitos relativos a la manipulación genética» (Título V, Libro II CP). Evidentemente, el dato anterior ostenta un peso significativo a la hora de interpretar los tipos penales (en este caso, el art. 160.3 CP) pues no podemos obviar en el desarrollo de nuestra labor hermenéutica las infracciones administrativas de las que los referidos delitos traen causa.

En el marco de las infracciones administrativas, en este caso derivadas de la recientemente derogada Ley 42/1988, de particular importancia resultaba, en materia de clonación (no reproductiva o terapéutica, fundamentalmente) el art. 9.2.B.b, que preveía como infracción muy grave «la creación y mantenimiento de embriones o fetos vivos, en el útero o fuera de él con cualquier fin distinto a la procreación»⁴⁴. Con base en el precepto anterior, considero que la referida clonación no reproductiva o terapéutica ha estado expresamente prohibida en nuestro país⁴⁵ en virtud

42. En este sentido, procede poner de manifiesto las reformas introducidas en la Ley 35/1988 en virtud de la promulgación del CP 1995 (especialmente en materia de infracciones y sanciones), la Ley 45/2003, de 21 de noviembre, por la que se modifica la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida (que permitió la utilización en España por primera vez, si bien de manera limitada, de los embriones sobrantes de las técnicas de reproducción asistida con fines de investigación) y la STC 116/1999. Finalmente, la referida norma quedó derogada por la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

43. Relevancia, al menos indirecta, en materia de clonación ostentaba el art. 20.2.B.o que conceptuaba como infracción muy grave «la creación de preembriones de personas del mismo sexo, con fines reproductores u otros», ya que lo que permite la clonación es precisamente crear preembriones de individuos del mismo sexo o incluso, de una misma persona (en este caso, una mujer).

44. Conviene poner de manifiesto que, si bien dicha Ley 42/1988 establecía en su Disposición Final Primera que «la donación y utilización de gametos humanos y la de óvulos fecundados y en desarrollo, *in vitro* o *in vivo*, hasta el día catorce que sigue al de su fecundación, se hará en los términos que establece la ley sobre técnicas de reproducción asistida, y las disposiciones que la desarrollen», al referirse exclusivamente al sometimiento de las actividades de donación y utilización de gametos humanos y la de óvulos fecundados a la Ley 35/1988 (posteriormente a la Ley 14/2006), no excluía, en absoluto, que la creación de embriones pudiera quedar regulada por determinadas disposiciones de la ley 42/1988. Este era el caso del art. 9.2.B.b de la Ley 42/1988, infracción administrativa que resultaba clara, pues implícitamente conminaba con sanción administrativa la creación de preembriones fuera del útero con finalidad distinta a la reproductiva, que es materialmente en lo que consiste la clonación terapéutica.

Por otro lado, la Exposición de Motivos de la Ley 42/1988 disponía que «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», pero en ningún caso se excluía con ello que la creación de embriones quedase abarcada por la citada Ley 42/1988, circunstancia concurrente en virtud de su art. 9.2.B.b, que, en caso contrario carecía de ámbito material de aplicación en relación con el supuesto de «creación (...) de embriones».

45. El argumento basado en que la ley 42/1988 en ningún caso resultaba aplicable a la clonación terapéutica, pues la Ley 35/1988 y la 42/1988 constituían una suerte de esferas cerradas, en virtud de las cuales la primera limitaba su ámbito de manera estricta a preembriones y la segunda lo hacía a los embriones y fetos, distaba mucho de ser concluyente. En todo caso, y para entender la interrelación existente entre la Ley 35/1988 y la 42/1988 hay que tomar en consideración que los conceptos de «preembrión» y «embrión» no son unívocos y que la correcta comprensión de la realidad a la que aluden en cada caso, exige situarlos en su contexto.

De esta manera, y por limitarme tan sólo a algunos ejemplos sobre el particular, el art. 1 Ley 35/1988, disponía expresamente «la presente Ley regula las técnicas de reproducción asistida humana: la inseminación artificial (IA), la fecundación *in vitro* (FIV), con transferencia de *embriones*» cuando resulta evidente que, en este punto, y si partiésemos de una rígida división conceptual, debería hablar de *preembriones*. Posteriormente, los arts. 12 y 13 Ley 35/1988 (Diagnóstico y Tratamiento) no limitaban su ámbito, como hubiera sido procedente si la división de las esferas normativas entre ambas leyes de referencia hubiera sido tan tajante, a las intervenciones sobre preembriones, sino que en sus respectivos apartados 2.º disponían expresamente: «toda intervención *sobre el embrión en el útero o sobre el feto*, en el útero o fuera de él, vivos, con fines diagnósticos, no es legítima si no tiene por objeto el bienestar del nasciturus y el favorecimiento de su desarrollo, o si está amparada legalmente» (art. 12.2.º) y «toda intervención *sobre el embrión o sobre el feto* en el útero vivos, o sobre el feto fuera del útero, si es viable, no tendrá otra finalidad terapéutica que no sea la que propicie su bienestar y favorezca su desarrollo» (art. 13.2.º) mientras el apartado 3.º del art. 13 se refería igualmente a los embriones y fetos, además de a los preembriones.

de la Ley 42/1988⁴⁶, hasta su autorización por la Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación Biomédica.

Como es sabido, el marco normativo trazado por la Ley 42/1988, particularmente en lo atinente a la clonación terapéutica, ha sido objeto de reforma hace escasas fechas en virtud de la aprobación de la Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación Biomédica (norma que no limita su ámbito aplicativo a las cuestiones objeto de regulación por la Ley 42/1988, sino que aborda otros aspectos, tales como los análisis genéticos, muestras biológicas y biobancos, el Comité de Bioética de España o la promoción y coordinación de la investigación biomédica en el sistema nacional de salud). La propia exposición de motivos de la referida ley pone de manifiesto que ésta «prohíbe explícitamente la constitución de preembriones y embriones humanos exclusivamente con fines de experimentación, de acuerdo con la concepción gradualista sobre la protección de la vida humana sentada por nuestro Tribunal Constitucional, en sentencias como la 53/1985, la 212/1996 y la 116/1999, pero permite la utilización de cualquier técnica de obtención de células troncales embrionarias humanas con fines terapéuticos o de investigación que no comporte la creación de un preembrión o de un embrión exclusivamente con este fin y en los términos definidos en la ley». Asimismo, se destaca que «en el capítulo primero de este título (título IV) se prohíbe expresamente la constitución de preembriones y embriones humanos con fines de experimentación y se autoriza la utilización de cualquier

técnica de obtención de células troncales humanas con fines terapéuticos o de investigación, incluida la activación de ovocitos mediante transferencia nuclear, que no comporte la creación de un preembrión o de un embrión en los términos definidos en la ley». Ello encuentra refrendo normativo expreso en el art. 33 de la citada ley, en virtud del cual: «1. Se prohíbe la constitución de preembriones y embriones humanos exclusivamente con fines de experimentación.

2. Se permite la utilización de cualquier técnica de obtención de células troncales humanas con fines terapéuticos o de investigación, que no comporte la creación de un preembrión o de un embrión exclusivamente con este fin, en los términos definidos en esta ley, incluida la activación de ovocitos mediante transferencia nuclear». Dicha previsión queda reiterada en virtud del art. 35: «Requerirán el informe previo favorable de la Comisión de Garantías para la Donación y Utilización de Células y Tejidos Humanos, los proyectos de investigación que versen en todo o en parte sobre las siguientes materias: (...) c) La activación de ovocitos mediante transferencia nuclear para su uso con fines terapéuticos o de investigación».

En coherencia con lo anterior, en el cuadro de infracciones de la Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación Biomédica el art. 74.2.C.c se refiere exclusivamente a la hipótesis de «mantener embriones o fetos vivos fuera del útero con cualquier fin distinto a la procreación» excluyendo el supuesto de creación de embriones (situación

Asimismo, el art. 16 Ley 35/1988 volvía a errar si partimos de una delimitación excesivamente rígida, pues cuando establecía que se autorizaba «el perfeccionamiento de las técnicas de reproducción asistida y las manipulaciones complementarias, de crioconservación y descongelación de *embriones* (...)», resulta evidente que quería aludir a preembriones en el sentido de la ley.

Por último, la Disposición Final Primera Ley 35/1988 en su apartado e) se refería a que el Gobierno mediante Real Decreto y en el plazo de seis meses desde la promulgación de la ley debía establecer, entre otros, los requisitos para autorizar con carácter excepcional la experimentación con gametos, preembriones, *embriones* o *fetos humanos* y aquellas autorizaciones al respecto que pudieran delegarse en la Comisión Nacional de Reproducción Asistida.

Lo que trata de poner de manifiesto la presente argumentación es que la taxonomía entre las leyes 35/1988 y 42/1988 si bien partía del criterio sustancialmente acertado de que la primera abordaba básicamente el ámbito del embrión preimplantatorio y la segunda el postimplantatorio y el feto, no podía considerarse como un argumento cerrado, pues resultaba evidente que preceptos de la Ley 35/1988 ostentaban influencia en la segunda de las esferas citadas, al igual que, en mi opinión, la propia Ley 42/1988 en su art. 9.2.B.b al considerar como infracción muy grave «la creación y mantenimiento de embriones o fetos vivos, en el útero o fuera de él con cualquier fin distinto a la procreación», al referirse a «la creación (...) de embriones» lo hacía de manera errónea, pues no se puede constituir un embrión *ex novo* que previamente no haya sido un preembrión. Ello evidencia que la clonación terapéutica ha estado, hasta la entrada en vigor de la Ley de Investigación Biomédica, prohibida en nuestro país, y ello por la vía de la propia Ley 42/1988.

46. Contrario a la opinión aquí expresada se muestra CUERDA RIEZU, quien bajo la vigencia de la normativa administrativa anterior (Ley 35/1988 y Ley 42/1988), se pronunciaba en favor del carácter atípico (no delictivo, ni constitutivo de infracción administrativa) de la clonación terapéutica. Véase Antonio CUERDA RIEZU, «Es punible o sancionable la clonación terapéutica en España?», en Miguel BAJO FERNÁNDEZ/Agustín JORGE BARREIRO/Carlos Jesús SUÁREZ GONZÁLEZ (coordinadores), *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo RODRÍGUEZ MOURULLO*, Aranzadi, Cizur Menor, 2005, pp. 1247 y ss. (especialmente pp. 1262 y ss.). Con respecto al art. 18.2 Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina CUERDA RIEZU pone de manifiesto su carácter *non self executing* por lo que directamente no puede constituir la base normativa para imponer una condena penal o una sanción administrativa, correspondiendo a cada Estado signatario y ratificante de la referida Convención desarrollar en su ordenamiento interno y mediante disposiciones apropiadas dicha prohibición. En el mismo sentido que el expresado por dicho autor en relación con la atipicidad tanto penal como con arreglo al derecho administrativo (bajo las leyes 35/1988 y 42/1988) en nuestro país de la clonación no reproductiva, Paz M. DE LA CUESTA AGUADO, «Clonación por transferencia nuclear celular en el art. 161 CP», *Actualidad Penal*, 2001, p. 93.

prevista como infracción muy grave en virtud del art. 74.2.C.e, precepto que se vincula con el incumplimiento de lo dispuesto en el art. 33 de la propia ley⁴⁷. Ello implica que, por primera vez en la historia de nuestro país, se autoriza expresamente la clonación no reproductiva o terapéutica como técnica destinada a la obtención de material embrionario con fines de investigación (que no de terapia⁴⁸ *stricto sensu* —a pesar de la denominación empleada— pues, a día de hoy, no se ha logrado el desarrollo de procedimientos curativos por esta vía).

La autorización referida, que para algunos autores y para el propio Consejo General del Poder Judicial⁴⁹ supone una contradicción con lo expresado en el art. 18.2 Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina, ha sido establecida con base en el concepto de «activación de ovocitos mediante transferencia nuclear» lo cual constituye un eufemismo con el fin de evitar el empleo del concepto «clonación terapéutica». El legislador español, con la finalidad de salvar el obstáculo representado por la Convención de Derechos Humanos y Biomedicina, en vigor en nuestro país desde el 1 de enero de 2000, ha transcrito el

art. 18.2 del citado Convenio en la Ley 14/2003, de 3 de julio, de Investigación Biomédica (art. 33.1: «Se prohíbe la constitución de preembriones y embriones humanos exclusivamente con fines de experimentación»), entendiendo que la activación de ovocitos mediante transferencia nuclear no constituye creación de embriones⁵⁰ en el sentido del art. 18.2 Convenio de Oviedo⁵¹, tomando particularmente en consideración el proceso histórico-legislativo de aprobación de dicho tratado internacional.

2. Legislación penal

2.1. La regulación penal en relación con las biotecnologías, especial consideración de la clonación: ¿puro derecho penal simbólico?⁵²

Una de las cuestiones que se han apuntado, de manera más insistente, por parte de la doctrina desde el desarrollo legislativo en España del Derecho Penal relacionado con la genética y las biotecnologías, es la referente al supuesto

47. Lo que por vía hermenéutica nos debe llevar a concluir que, estando prohibida (y constituyendo la infracción muy grave correspondiente) la creación de embriones gaméticos para experimentación, se encuentra, sin embargo, expresamente autorizado el recurso a la clonación terapéutica con dicho fin.

48. Procede poner de manifiesto el hecho de que, de resultar posibles utilizando material embrionario el desarrollo de aplicaciones terapéuticas reales, y no meros procedimientos experimentales, la creación (y consiguiente sacrificio) de embriones con dichos fines (desarrollo de terapias) no resultaría contraria al art. 18.2 Convenio de Derechos Humanos y Biomedicina, que prohíbe exclusivamente la constitución de embriones para experimentación. Véase Carlos María ROMEO CASABONA/Asier URRUELA MORA, «Presupuestos y propuestas para una futura armonización legal en Europa sobre la investigación con células embrionarias humanas», *Investigación con células troncales, Monografías Humanitas*, 4, Fundación Medicina y Humanidades Médicas, Barcelona, 2004, p. 222.

49. Véase CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por el que se reforma la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, cit., pp. 122 y s.

50. Especialmente crítico se muestra, en este punto, el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) al disponer con base en la doctrina del Tribunal Constitucional que, una regulación que admita la experimentación o la clonación —creación para destrucción— de embriones viables infringe «las exigencias de protección jurídico-constitucional que se derivan del art. 15 CE». Entiende el CGPJ que sólo respecto de los embriones no viables el Tribunal Constitucional dota de preferencia a la libertad de investigación [artículo 20.1.d) CE] y al fomento de la ciencia (art. 44.2 CE). Sin embargo, dicho criterio no parece compatible con la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, a menos que se sostenga la inconstitucionalidad de dicha norma, ya que permite la experimentación con embriones biológicamente viables. Véase CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por el que se reforma la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, cit., p. 121.

51. Habitualmente, el legislador español al disponer en el art. 33.2 de la Ley de Investigación Biomédica «se permite la utilización de cualquier técnica de obtención de células troncales humanas con fines terapéuticos o de investigación, que no comporte la creación de un preembrión o de un embrión exclusivamente con este fin, en los términos definidos en esta ley, incluida la activación de ovocitos mediante transferencia nuclear», está condicionando la ilicitud de las prácticas creadoras de (pre)embriones a que los mismos se constituyan por fecundación, pues si acudimos al art. 3 (Definiciones) de la Ley de Investigación Biomédica se define el embrión como la «fase del desarrollo embrionario que abarca desde el momento en el que el ovocito fecundado se encuentra en el útero de una mujer hasta que se produce el inicio de la organogénesis, y que finaliza a los 56 días a partir del momento de la fecundación, exceptuando del cómputo aquellos días en los que el desarrollo se hubiera podido detener» (apartado I) y por preembrión «el embrión constituido *in vitro* formado por el grupo de células resultante de la división progresiva del ovocito desde que es fecundado hasta 14 días más tarde» (apartado s).

52. En relación específicamente con la proyección penal de la genética y las biotecnologías, véase Carlos María ROMEO CASABONA, «Prevención versus simbolismo en el Derecho Penal de las biotecnologías», en Ignacio F. BENÍTEZ ORTUZAR/Lorenzo MORILLAS CUEVA/Jaime M. PERIS RIERA (coordinadores), *Estudios jurídico-penales sobre genética y biomedicina. Libro-homenaje al Prof. Dr. D. Ferrando Mantovani*, cit., pp. 121 y ss.; Diego-Manuel LUZÓN PEÑA, «Función simbólica del Derecho Penal y delitos relativos a la manipulación genética», en Carlos María ROMEO CASABONA (editor), *Genética y Derecho Penal*, Comares, Bilbao-Granada, 2001, pp. 49 y ss.; Sergio ROMEO MALANDA, «Los delitos genéticos: ¿función preventiva o función (meramente)

carácter meramente simbólico del mismo⁵³. En este sentido, se pone de manifiesto que, dado el carácter irrealizable en la actualidad⁵⁴ (y, por lo tanto, meramente hipotetizable a futuro) de algunas de las técnicas objeto de incriminación, la intervención del Derecho Penal perseguiría exclusivamente efectos simbólicos (es decir, carecería de efecto instrumental alguno), por lo que no resultaría, en principio, legítima. Las razones de un tal proceder metodológico por parte del legislador responderían a la utilización de la conminación penal como una suerte de recurso barato (que no requiere de dotación presupuestaria alguna) frente a la alarma social generada. Ello podría resultar especialmente significativo en el caso de procedimientos como la clonación humana reproductiva que han generado unánime rechazo social, particularmente desde el momento en que se comprobó su éxito en mamíferos. Asimismo, se ha puesto en entredicho la eficacia del Derecho Penal en este ámbito, en el que las posibilidades de intervención efectiva resultan muy reducidas, dadas las limitaciones estructurales (tomando en consideración la configuración de los sistemas policiales y judiciales fundamentalmente) para la investigación de los delitos relativos a la manipulación genética en general⁵⁵.

No obstante, coincide sustancialmente con aquel sector de la doctrina que pone de manifiesto la necesidad de intervención penal en la esfera de la genética y las biotecnologías con base en la importancia de los bienes jurídicos tutelados (identidad e integridad genética, inalterabilidad e intangibilidad del patrimonio genético, etc.). En este sentido, LUZÓN PEÑA⁵⁶ destaca acertadamente en relación con los delitos agrupados en el título V del Libro II CP que no implican un supuesto de empleo consciente por

el legislador de la legislación penal con fines exclusivamente simbólicos, sino que el objetivo perseguido vendría constituido por abrir camino a la conciencia social y judicial de la gravedad de dichas conductas mediante su incriminación, con el fin de ir posibilitando la paulatina aplicación de las normas.

Incluso, y aceptando la función educativa y ético-social del Derecho Penal inherente a su efecto simbólico⁵⁷, ello no excluye o supone el abandono de su faceta preventiva.

A pesar de que resulta evidente que la esfera simbólica ostenta un indudable peso en el marco del Derecho Penal de la genética y las biotecnologías, e incluso que dicha vertiente simbólica se acrecienta muy significativamente en relación con dicho espectro de delitos (lo cual queda puesto de manifiesto por circunstancias tales como la imposibilidad técnica de realización de alguna de dichas conductas, a pesar de lo cual, todo parece indicar que caminamos con paso firme hacia la fase de consecución del desarrollo técnico necesario para su puesta práctica, así en el caso de la clonación humana reproductiva), el efecto preventivo de la incriminación penal en este área, resulta asimismo evidente. Ello ocurrirá en la medida en que el legislador opte por incriminar las conductas más graves contra los bienes jurídicos fundamentales, existiendo un cierto consenso a nivel internacional en la identificación de algunas de dichas prácticas (así, la clonación humana reproductiva, la manipulación genética desprovista de fines terapéuticos, etc.).

En consecuencia, tratar de deslegitimar la intervención penal en estas materias acudiendo al argumento relativo al carácter exclusivamente simbólico de la misma, no parece acorde con las coordenadas reales en las que se inscriben

simbólica?», *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, 60, 2006; el mismo, *Intervenciones genéticas sobre el ser humano y Derecho Penal*, Cátedra de Derecho y Genoma Humano-Editorial Comares, Bilbao-Granada, 2006, pp. 207 y ss. Con carácter general, acerca del carácter simbólico del Derecho Penal, véase, entre otros, Monika VOSS, *Symbolische Gesetzgebung. Fragen zur Rationalität von Strafgesetzgebungsakten*, Gremer, Ebelsbach, 1989; Jesús-María SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, J.M. Bosch, Barcelona, 1992, pp. 304 y ss.; Winfried HASSEMER, «Derecho Penal simbólico y protección de bienes jurídicos», *Nuevo Foro Penal*, 1991, pp. 17 y ss.

53. Díez RIPOLLÉS pone de manifiesto, en relación con el Derecho Penal simbólico, la existencia de dos enfoques distintos: para un sector doctrinal lo decisivo sería el mantenimiento de la intervención penal pese a que ya no son alcanzables los efectos instrumentales, pero se simula que sí lo son, al objeto de persistir en la consecución de los efectos simbólicos; por el contrario, para otros autores, lo decisivo es la desnaturalización de la intervención penal que conlleva. Véase José Luis Díez RIPOLLÉS, «El derecho penal simbólico y los efectos de la pena», *cit.*, pp. 14 y s.

54. Con base en este dato Díez RIPOLLÉS distingue, entre otras, en el marco del Derecho Penal simbólico, las llamadas leyes reactivas, supuesto en el que integra el tipo del art. 160.3 CP (clonación humana reproductiva), y que se caracterizan porque en ellas predomina el objetivo de demostrar la rapidez de reflejos del legislador ante la aparición de problemas nuevos. Véase José Luis Díez RIPOLLÉS, «El derecho penal simbólico y los efectos de la pena», *cit.*, pp. 16 y s.

55. Véase Mirentxu CORCOY BIDASOLO, «Límites y controles de la investigación genética. La protección penal de las manipulaciones genéticas», en Gonzalo QUINTERO OLIVARES/Fermin MORALES PRATS (coordinadores), *El nuevo Derecho Penal español. Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel VALLE MUÑIZ*, Aranzadi, Elcano, 2001, p. 1123.

56. Véase Diego-Manuel LUZÓN PEÑA, «Función simbólica del Derecho Penal y delitos relativos a la manipulación genética», *cit.*, p. 54.

57. Dicho efecto, como destaca ROMEO CASABONA, irradia de la propia norma penal en su vertiente de norma de valoración positiva, en relación con los bienes jurídicos objeto de protección; por el contrario, proyecta una valoración negativa, con respecto a las conductas que atentan contra los mismos. Véase Carlos María ROMEO CASABONA, «Prevención versus simbolismo en el derecho penal de las biotecnologías», *cit.*, pp. 131 y ss.

algunas de los mencionados comportamientos, en virtud de la gravedad de los ataques que implican a determinados bienes jurídicos fundamentales. Incluso cabe acudir como argumento en dicho sentido a las conclusiones del Congreso de Viena de la Asociación Internacional de Derecho Penal, que ya en el año 1989 establecía como procedente la introducción de determinados delitos relativos a la manipulación genética (incluyendo la propia clonación humana reproductiva). En concreto, y en el ámbito de la clonación humana, la hipotética aplicación de ésta en su vertiente reproductiva justifica sobradamente la intervención del Derecho Penal, dada la inseguridad de dichas técnicas en el momento actual, la falta de control de las mismas si fueran aplicadas en el ser humano y el carácter fundamental del bien jurídico tutelado⁵⁸. Con base en lo anterior, resulta evidente el merecimiento y necesidad de pena en relación con la clonación humana reproductiva⁵⁹. Ello ha sido, igualmente, puesto de manifiesto por el Parlamento Europeo en diversas resoluciones (años 1989, 1993, 1997, 1998 y 2000), en las que de manera reiterada exige expresamente la incriminación de la clonación humana.

2.2. La clonación humana en el Código Penal de 1995

Una vez establecida la necesaria intervención penal en la esfera de la genética y las biotecnologías, al objeto de tutelar determinados bienes jurídicos fundamentales, procede analizar desde una perspectiva de *lege lata* la concreta tipificación llevada a cabo por el legislador penal español en materia de clonación humana.

En primer lugar, y de acuerdo con el criterio doctrinal imperante en esta materia, procede comenzar por criticar la configuración del propio art. 160.3 CP⁶⁰. Resulta, cuanto menos significativo, que doce años después de la promulgación del CP de 1995, continúe sin existir un consenso doctrinal acerca del referido art. 160.3 CP, que nos permita establecer, al menos, la esfera de conductas objeto de incriminación a través de dicho precepto.

La principal duda interpretativa que se plantea, a la vista de la disposición reseñada, es si estamos ante un único delito integrado por dos conductas mixtas alternativas (clonación u otro procedimiento) dirigidas en ambos casos a la selección de la raza⁶¹, o ante dos tipos diferencia-

58. Véase Carlos María ROMEO CASABONA, «La clonación humana: presupuestos para una intervención jurídico-penal», *cit.*, p. 145. Señala igualmente dicho autor 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 cual incide poderosamente en el discurso sobre el presunto carácter simbólico del Derecho Penal en estas esferas; véase Carlos María ROMEO CASABONA, «Prevención versus simbolismo en el Derecho Penal de las biotecnologías», *cit.*, p. 132.

59. Entre otros, así se pronuncia el Grupo de Trabajo sobre los aspectos jurídicos de la clonación humana, constituido por la Asociación Juristas de la Salud, que, ya en el año 1998, concluyó la necesidad de prohibir (aunque se dice «de forma cautelar») la utilización de técnicas de clonación en seres humanos, si bien contempla la posibilidad de que, si en el futuro la ciencia demuestra suficientemente la bondad de la clonación humana, ésta pueda despenalizarse en determinados supuestos, a pesar del mantenimiento de la prohibición genérica. Véase ASOCIACIÓN JURISTAS DE LA SALUD, «Conclusiones del Grupo de Trabajo sobre los aspectos jurídicos de la clonación humana», *Derecho y Salud*, Volumen 6, Número 1, 1998, p. 38. En el mismo sentido, FUKUYAMA considera que la clonación reproductiva debe ser prohibida, así como que en relación con la mayor parte de las prácticas biotecnológicas procede establecer «líneas rojas» (materias objeto de interdicción). Véase Francis FUKUYAMA, *Our posthuman future. Consequences of the Biotechnology Revolution*, *cit.*, pp. 207 y ss. No obstante, procede advertir que en el proceso legislativo que habría de conducir al actual CP español de 1995, el proyecto de CP 1992 —primero que incluía un título dedicado a los delitos de manipulación genética—, no daba acogida a tipo alguno que incluyese la clonación reproductiva. En este sentido, véase Juan-Felipe HIGUERA GUIMERÁ, «Consideraciones jurídico-penales sobre las conductas de clonación en los embriones humanos (y II)», *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 2, 1995, pp. 110 y ss., quien ya entonces ponía de manifiesto que la clonación constituye una conducta que ataca de forma grave e intolerable a la ética social dominante.

60. Posición crítica unánime entre los distintos autores en relación con el particular. Véase Carlos María ROMEO CASABONA, «Prevención versus simbolismo en el derecho penal de las biotecnologías», *cit.*, p. 141; el mismo, «La clonación humana: presupuestos para una intervención jurídico-penal», *cit.*, p. 146; María José CRUZ BLANCA, «Delitos conexos a las técnicas de reproducción asistida: fecundación con fines no reproductivos, creación de seres humanos por clonación y otros procedimientos dirigidos a la selección de la raza», en Ignacio Francisco BENÍTEZ ORTUZAR/Lorenzo MORILLAS CUEVA/Jaime Miguel PERIS RIERA (coordinadores), *Estudios jurídico-penales sobre Genética y Biomedicina. Libro Homenaje al Prof. Dr. D. Ferrando MANTOVANI*, *cit.*, p. 213, donde pone de manifiesto las posibles interpretaciones alternativas del referido precepto (delito único o dos tipos); Ignacio Francisco BENÍTEZ ORTUZAR, «El ordenamiento jurídico ante la clonación de células humanas», *cit.*, pp. 63 y s.; Jaime Miguel PERIS RIERA/Javier GARCÍA GONZÁLEZ, «Título V. Artículos 159 a 162», en Manuel COBO DEL ROSAL (director), *Comentarios al Código Penal*, Edersa, Madrid, 1999, p. 755; Carlos SUÁREZ GONZÁLEZ, «Libro II. Título V. Delitos relativos a la manipulación genética», en Gonzalo RODRÍGUEZ MOURULLO (director)/Agustín JORGE BARREIRO (coordinador) et al., *Comentarios al Código Penal*, Civitas, Madrid, 1997, p. 457.

61. En este sentido, véase José Luis GONZÁLEZ CUSSAC, «Manipulación genética», en T.S. VIVES ANTÓN et al., *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 174, quien pone de manifiesto que «el tipo requiere la efectiva creación de seres humanos idénticos, bien a través del sistema de la clonación o por cualquier otro procedimiento dirigido a la selección de la raza»; Mirentxu CORCOY BIDASOLO, «Límites y controles de la investigación genética. La protección penal de las manipulaciones genéticas», *cit.*, pp. 1116 y ss.

dos⁶², cada uno de los cuáles obligaría a un análisis por menorizado e individualizado. En todo caso, y con independencia de la opción adoptada en este punto (puesto que ambas encuentran apoyo doctrinal) la técnica legislativa empleada resulta absolutamente rechazable, por la inseguridad jurídica generadora por un precepto que —como pondremos de manifiesto— conlleva consecuencias radicalmente distintas en relación con su ámbito material en función de la interpretación que se sostenga.

2.2.1. Creación de seres humanos idénticos por clonación

En virtud del art. 160.3 CP se castiga 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 la creación de seres humanos idénticos por clonación u otros procedimientos dirigidos a la selección de la raza. Procede comenzar por aclarar que, en mi opinión, el mencionado precepto acoge dos tipos penales diferenciados: por un lado, la creación de seres humanos idénticos por clonación con independencia de la finalidad perseguida, y por otro, la utilización de cualquier otro procedimiento dirigido a la selección de la raza⁶³.

Si atendemos a un criterio histórico-legislativo, fundamental al objeto de dar refrendo a nuestra interpretación consistente en el argumento de que el art. 160.3 CP da acogida a dos tipos diferenciados, podemos comprobar cómo el precepto referido del CP se encuentra materialmente relacionado con la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida. En efecto, la disposición final tercera del Código Penal de 1995 (en el que se introducía por primera vez el tipo mencionado en la historia de la codificación española) preveía expresamente la derogación —entre otros— del art. 20.B.2 letras

«k» y «l» de la ley administrativa citada (que consideraba como infracciones muy graves; letra «k»: «crear seres humanos idénticos, por clonación u otros procedimientos dirigidos a la selección de la raza»; letra «l»: «la creación de seres humanos por clonación en cualquiera de las variantes o cualquier otro procedimiento capaz de originar varios seres humanos idénticos»). Si partimos de las infracciones administrativas muy graves contenidas en la hoy derogada Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida, podemos comprobar cómo la letra «k» del art. 20.B.2 prohibía la utilización de la clonación cuando dicha técnica se emplease con fines de selección de la raza (ampliando la interdicción a cualquier otro procedimiento orientado a dicho fin), mientras la letra «l» no contenía dicha finalidad específica y abarcaba cualquier otro supuesto de creación de seres humanos idénticos —normalmente por clonación, pues se desconoce a día de hoy otra técnica alternativa para la consecución del referido objetivo—. Resulta lógico coincidir con la postura expresada, en este sentido, por ROMEO CASABONA⁶⁴, quien acertadamente pone de manifiesto en la interpretación del actual art. 160.3 CP (antiguo art. 161.2 CP, con anterioridad a la reforma introducida por la LO 15/2003) que dicho tipo penal debería abarcar el conjunto de supuestos incluidos en la normativa administrativa (art. 20.B.2 letra «k» y «l») dada la derogación expresa por el CP 1995 de ambas disposiciones. Ello se fundamentaría en el hecho de que la referida derogación de las dos infracciones administrativas muy graves respondería a la voluntad del legislador de salvar el principio *ne bis in idem*, evitando la dualidad sancionatoria penal y administrativa sobre supuestos de hecho idénticos. Lo anterior implicaría que ambas infracciones —cuyo contenido, lógicamente, era diverso— han quedado absorbidas por el tipo penal del art. 160.3 CP⁶⁵. En definitiva, considero que el

62. Sostienen dicha interpretación Carlos María ROMEO CASABONA, «La clonación humana: presupuestos para una intervención jurídico-penal», *cit.*, p. 147; María José CRUZ BLANCA, «Delitos conexos a las técnicas de reproducción asistida: fecundación con fines no reproductivos, creación de seres humanos por clonación y otros procedimientos dirigidos a la selección de la raza», *cit.*, p. 213; Jaime Miguel PERIS RIERA/Javier GARCÍA GONZÁLEZ, «Título V. Artículos 159 a 162», *cit.*, p. 755.

63. Este criterio se funda en una interpretación lógico-sistemática e histórico-legislativa del precepto que desarrollaremos a lo largo del presente epígrafe.

64. Véase Carlos María ROMEO CASABONA, «La clonación humana: presupuestos para una intervención jurídico-penal», *cit.*, pp. 146 y ss. Si bien algunos de los argumentos esgrimidos por dicho autor no pueden mantenerse tras la modificación introducida por la LO 15/2003, pues ésta no sólo implicó un cambio de posición sistemática del precepto (que pasó del art. 161.2 al 160.3 CP) sino también un cambio gramatical, ya que el verbo típico que antes se encontraba en plural —se castigarán— pasó a estar en singular —se castigará—. La utilización del plural favorecía la inclusión de dos tipos diferentes en el precepto. No obstante, otros elementos de la estructura de la disposición avalan una interpretación en el sentido de la concurrencia de dos tipos diferenciados. De esta forma, la omisión de una segunda preposición «por» antes de «otros procedimientos» resulta muy significativa en este punto, pues la presencia de la misma permitiría establecer mejor una unidad descriptiva de la acción.

65. *Ibidem*, p. 148. No obstante, con base en la previa existencia de dos infracciones administrativas ex Ley 35/1988, objeto de derogación en virtud de la entrada en vigor del nuevo CP, CORCOY BIDASOLO mantiene la interpretación contraria a la aquí sostenida, y argumenta que «la clonación no dirigida a la selección de la raza está permitida, por cuanto, de acuerdo con la disposición final tercera del Código Penal, se suprimen las letras a), k), l) y v) del art. 20 apartado 2 de la Ley de Reproducción Asistida, y en concreto, en la letra l) se sancionaba la clonación de seres humanos en cualquiera de las variantes o cualquier otro procedimiento capaz de originar varios seres humanos idénticos». Véase Mirentxu CORCOY BIDASOLO, «Límites y controles de la investigación genética. La protección penal de las manipulaciones genéticas», *cit.*, p. 1120.

art. 160.3 CP incluye dos tipos delictivos diferenciados: por un lado, la creación de seres humanos idénticos por clonación y, por otro, cualquier otro procedimiento dirigido a la selección de la raza⁶⁶. La interpretación anterior excluye otras mantenidas por distintos sectores doctrinales: así, que el art. 160.3 CP incluye un solo tipo con una estructura comitiva alternativa⁶⁷ (bastando la realización de una de ellas, y, por lo tanto, existiendo un sólo delito)⁶⁸; ello, no obstante, supondría una restricción del ámbito de lo punible con respecto a la aquí sostenida, particularmente si tomamos en consideración que no toda clonación humana reproductiva debe ir dirigida a la selección de la raza, pero que, en cualquier caso (a la vista, por ejemplo, del sentido de los textos jurídicos internacionales contrarios a la clonación humana) el objetivo del legislador es la represión de dicha práctica, con independencia del objetivo final perseguido. Incluso cabría una tercera versión del precepto, basada en la presencia de dos tipos, el segundo de los cuales abarcaría la creación de seres humanos idénticos (...) por cualquier otro procedimiento de selección de la raza. De nuevo, se trata de una

interpretación restrictiva del ámbito de lo punible con respecto a la aquí mantenida al dejar fuera del tipo la utilización de cualquier procedimiento dirigido a la selección de la raza previo al logro de la creación de seres humanos idénticos con dicha finalidad⁶⁹.

En definitiva, y a pesar de lo criticable de la dicción literal del art. 160.3 CP razones de coherencia dogmática en el marco de una interpretación sistemática del precepto referido nos deben llevar al entendimiento reseñado de la mencionada disposición, basada en la concurrencia de dos tipos diferenciados^{70, 71}.

Desde el punto de vista de los bienes jurídicos tutelados, mientras el primer tipo del art. 160.3 CP protege la identidad (recuérdense en este punto las reflexiones de JONAS sobre el hecho de que a dicho sujeto se le habría privado de su espontaneidad, pues existe una expectativa social acerca de su comportamiento futuro con base en la conducta previa del sujeto clonado) e irrepetibilidad del ser humano, el segundo tutela la intangibilidad del patrimonio genético, pues supone potenciar o discriminar determinados rasgos o caracteres individuales con la finali-

66. En sentido análogo se pronuncian Luis GRACIA MARTÍN/Estrella ESCUCHURI AISA, *Los delitos de lesiones al feto y los relativos a la manipulación genética*, cit., p. 141. Crítica con la equiparación de pena que el presente tipo implica entre conductas con un diferente contenido de injusto se muestra PÉREZ MANZANO, quien considera que la primera de las conductas exige la creación de un ser humano mientras la segunda *únicamente* la utilización de procedimientos. Véase Mercedes PÉREZ MANZANO, «Manipulación genética», en Miguel BAJO FERNÁNDEZ (director), *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial)*, volumen I, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2003, p. 487. No obstante, aun coincidiendo con dicha autora en que mientras el primer tipo del art. 160.3 CP exige la creación de un ser humano (al menos) idéntico a otro previamente existente, el segundo se consuma con la mera utilización de procedimientos dirigidos a la selección de la raza, este segundo tipo contiene un elemento subjetivo específico (la finalidad eugenésico-racista-discriminatoria) que, a mi juicio, la convierte en más grave que la materialización de la clonación reproductiva carente de dicho objetivo, por lo que aceptando que deberían incriminarse separadamente, considero que habría de ostentar una pena superior. En concreto, de mantenerse el segundo tipo del art. 160.3 CP en futuras reformas penales —circunstancia que consideraría desafortunada— debería conllevar la pena más elevada de todo el título V dada la gravedad objetiva de la conducta que describe. Acorde con el planteamiento aquí mantenido Carlos María ROMEO CASABONA, «La clonación humana: presupuestos para una intervención jurídico-penal», cit., p. 161 (quien alega en favor de la derogación del segundo tipo del art. 160.3 CP, por un lado, la ambigüedad y la perspectiva unilateral que preside la conducta punible, y, por otro lado, porque estos comportamientos quedarían incluidos en otros delitos como el relativo a las manipulaciones genéticas en sentido estricto frecuentemente en concurso con el delito de clonación humana reproductiva, siendo aplicable asimismo la agravante del art. 22.4 CP).

67. Véase Juan CÓRDOBA RODA/Mercedes GARCÍA ARÁN (directores) et al., *Comentarios al Código Penal, Tomo I*, Marcial Pons, Barcelona, 2004, p. 164.

68. Véase Mirentxu CORCOY BIDASOLO, «Límites y controles de la investigación genética. La protección penal de las manipulaciones genéticas», cit., p. 1116 (especialmente en nota 45) y pp. 1120 y s., donde dispone expresamente: «Tal como se encuentra regulado resulta, por un lado, que en España la clonación humana no está castigada penalmente, contra lo que creen muchos juristas, excepto cuando esté dirigida a la “selección de la raza”».

69. Así lo pone de manifiesto Carlos María ROMEO CASABONA, «La clonación humana: presupuestos para una intervención jurídico-penal», cit., p. 149.

70. Coincidente con la postura expresada en el texto se pronuncia, entre otros, Ignacio Francisco BENÍTEZ ORTUZAR, *Aspectos jurídico-penales de la reproducción asistida y la manipulación genética*, EDERSA, Madrid, 1997, p. 476; parecen aceptar dicha interpretación asimismo José Manuel VALLE MUÑIZ/José María TAMARIT SUMALLA, «Libro II: Título V», en Gonzalo QUINTERO OLIVARES (director)/Fermin MORALES PRATS (coordinador), *Comentarios a la Parte Especial de Derecho Penal*, 5.ª edición, Aranzadi, Elcano, 2005, pp. 170 y s.

71. Consideramos que el art. 160.3 CP engloba ambas infracciones administrativas precisamente derogadas por el CP 1995 (art. 20.2.B.k y l de la ley 35/1988), a pesar de que la redacción del precepto penal resulta muy similar a la del art. 20.2.B.k, salvo en el hecho de que en este último se contenía una coma no concurrente en la disposición penal, omisión que permite, desde el punto de vista gramatical, sostener la concurrencia de dos tipos. En este sentido, véase Carlos María ROMEO CASABONA, «La clonación humana: presupuestos para una intervención jurídico-penal», cit., pp. 148 y s.

dad de lograr el objetivo de selección de la raza pretendido (propósito discriminatorio)⁷². Con ello, en relación con el segundo tipo del art. 160.3 CP, se afecta al bien jurídico señalado, con independencia de que el procedimiento para la consecución del fin buscado sea la utilización de manipulaciones genéticas, o de que una vez logrado el mismo se proceda a la replicación de los individuos o híbridos generados por clonación, con lo que serían de aplicación los concursos correspondientes (con el delito de manipulaciones genéticas y/o con el de clonación).

Con base en lo anterior, cabe afirmar que el primer tipo mencionado (creación de seres humanos idénticos por clonación) constituye un delito de resultado, que exige de la consecución de seres clónicos para su consumación efectiva, mientras el segundo de ellos (utilización de otros procedimientos dirigidos a la selección de la raza) se estructura como delito de simple actividad en relación con el cual basta el recurso a dichos procedimientos concurriendo la finalidad fijada en el tipo para que se produzca la consumación delictiva, sin necesidad de ulteriores resultados. Ello configura el segundo de los tipos citados como un supuesto de conducta criminalmente prohibida con base en el carácter eugenésico y discriminatorio que anima a toda acción que ostente la naturaleza y finalidad referidas. Cabe criticar en este punto, la vulneración del principio de taxatividad en que ha incurrido el legislador en este segundo tipo del art. 160.3 CP (utilización de cualquier otro procedimiento de selección de la raza), pues dada la falta de concreción del mismo podrían integrarse en él conductas de eugenesia negativa (esterilizaciones a grupos de población expresamente tipificadas *ex art. 607 CP*). Por ello, y con el fin de delimitar el ámbito del referido 160.3 CP, consideramos, siguiendo a ROMEO CASABONA⁷³ que debe quedar restringido a las prácticas de eugenesia positiva para la reproducción por medio de procedimientos biológicos (selección de gametos y cigotos sin objetivo de prevenir enfermedades,

formación de híbridos humano-animal mediante la fusión de sus gametos, etc.). No obstante, dicho segundo tipo queda fuera del ámbito de la clonación *stricto sensu*, con independencia del hecho de que una vez lograda la selección de la raza normalmente fuese la clonación el medio técnico idóneo (y a día de hoy el único conocido), con el fin de replicar los seres humanos creados mediante la utilización de los procedimientos antedichos.

Una vez aclarados los puntos anteriores, y puesto previamente de manifiesto el acierto y la oportunidad (necesidad y merecimiento de pena) de la incriminación de las conductas consistentes en la clonación reproductiva de seres humanos, procede analizar el ámbito del primer tipo del art. 160.3 CP.

Centrándonos, pues, en el tipo relativo a la creación de seres humanos idénticos por clonación, cabe destacar que el mismo hace referencia exclusivamente a supuestos de clonación humana reproductiva, en concreto en su modalidad de clonación verdadera, no ostentando en modo alguno incidencia en esta esfera la clonación terapéutica. Este último no constituiría, a mi juicio, un supuesto inscribible ni en el delito consumado ni en las formas imperfectas de ejecución (destacadamente la tentativa, puesto que los actos preparatorios consistentes en la conspiración, proposición o provocación al no encontrarse expresamente previstos respecto de los delitos de manipulación genética, no resultarían punibles) respecto del primer tipo inscribible en el art. 160.3 CP. En este sentido, la referida clonación terapéutica en ningún caso implica la creación de seres humanos idénticos, sino en todo caso la constitución de preembriones en sus primeras fases de desarrollo, con el fin de extraer de los mismos células madre a emplear en el marco de proyectos de investigación e incluso, ulteriormente, de terapias. De cualquier manera, procede aceptar que la cuestión no resulta incontrovertida, pues en función del concepto de ser humano que se maneje podría mantenerse una interpretación contraria a la aquí sosteni-

72. Véase Carlos María ROMEO CASABONA, «La clonación humana: presupuestos para una intervención jurídico-penal», *cit.*, pp. 151 y s. No obstante, las posiciones de la doctrina, aún coincidiendo sustancialmente en la mayor parte de los casos con la postura aquí mantenida a la hora de concretar los bienes jurídicos protegidos en el art. 160.3 CP, matiza los mismos en función de la propia configuración típica que se otorgue al referido precepto (uno o dos tipos delictivos). En este sentido, MUÑOZ CONDE sitúa el bien jurídico en el derecho a la individualidad o a la identidad genética o a no ser producto de un patrón genético artificial, mientras SUÁREZ GONZÁLEZ lo refiere exclusivamente a la identidad genética y SERRANO GÓMEZ lo concreta en la dignidad humana (que constituye, a mi modo de entender, un objeto de protección excesivamente amplio e impreciso). Por el contrario, GONZÁLEZ CUSSAC sitúa como bien jurídico común de la totalidad de los delitos del Título V Libro II CP la vida prenatal en sus primeras fases evolutivas. No obstante, y con carácter específico en relación con el antiguo art. 161 CP previamente a la reforma de 2003 (actual art. 160.2 y 3 CP) se refería dicho autor a la inalterabilidad e intangibilidad del patrimonio genético humano y a la identidad e irrepitibilidad del ser humano. Por último, VALLE MUÑIZ y TAMARIT SUMALLA ponen de manifiesto el riesgo que la clonación humana supone para la integridad física del individuo así creado, pero consideran preponderantes los intereses relativos a la identidad genética del ser obtenido mediante clonación. Véase Francisco MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 15.ª edición, 2004, p. 149; Carlos SUÁREZ GONZÁLEZ, «Libro II. Título V. Delitos relativos a la manipulación genética», *cit.*, p. 457; Alfonso SERRANO GÓMEZ, *Derecho Penal. Parte Especial*, 9.ª edición, Dykinson, Madrid, 2004, p. 73; José Luis GONZÁLEZ CUSSAC, «Título V. Delitos relativos a la manipulación genética», *cit.*, pp. 831 y s.; José Manuel VALLE MUÑIZ/José María TAMARIT SUMALLA, «Título V. Delitos relativos a la manipulación genética», *cit.*, pp. 169 y s.

73. Véase Carlos María ROMEO CASABONA, «La clonación humana: presupuestos para una intervención jurídico-penal», *cit.*, p. 156. Dicho autor pone de manifiesto, asimismo, la hipótesis concursal entre el referido segundo tipo del art. 160.3 CP y el art. 159 CP.

da⁷⁴. Criterios sistemáticos, tomando en consideración el origen del actual art. 160.3 CP, es decir, la Ley 35/1988 (en la que se diferencia semánticamente entre preembriónes y seres humanos) abonan una configuración del ámbito de lo punible como la aquí sostenida en el sentido de excluir la relevancia penal de la clonación terapéutica en relación con el art. 160.3 CP ya sea a título de consumación, o de mera tentativa. Ello se basa en la consideración, no compartida de manera unánime ni en la doctrina española⁷⁵, ni en la esfera internacional⁷⁶, de que preembrión y embrión no constituyen a estos efectos seres humanos, sino substratos vitales anteriores a la adquisición de dicha condición que se produce por el nacimiento⁷⁷ (doctrina más acorde con el criterio jurisprudencial mantenido por el Tribunal Constitucional español en virtud de las SSTC 53/1985, 212/1996 y 116/1999).

Coherentemente con la argumentación anterior, de entre los procedimientos de clonación existentes en la actualidad (clonación verdadera, paraclonación y gemelación artificial) únicamente el primero de ellos realiza en todo caso el tipo del art. 160.3 CP, pues en principio ni la gemelación artificial (partición de embriones, dando lugar a varios a partir de uno previo existente —supuesta la dificultad de generar un número superior de embriones por las técnicas de fecundación de óvulos *in vitro* o de hiperestimulación ovárica, para disponer de mayores posibilidades de éxito) ni la paraclonación darían lugar a dos o más seres humanos idénticos entre sí, siempre que se lleve a cabo la gestación y el posterior nacimiento de uno sólo de los embriones clónicos⁷⁸. Si por el contrario, se re-

curre a cualquiera de estas dos técnicas (paraclonación o gemelación artificial) dando lugar al nacimiento de dos o más de los embriones clónicos generados a través de las mismas (bien mediante embarazos sucesivos —en el caso de la gemelación artificial poniendo en práctica la denominada gemelación diacrónica—, bien mediante embarazos múltiples), se incurriría en la conducta objeto de consumación penal.

De acuerdo con su configuración el tipo del primer inciso del art. 160.3 CP constituye un delito común, si bien lo normal es que únicamente puedan llevar a cabo conductas de esta naturaleza personas con un nivel de cualificación técnico-científica en el ámbito de la biología y la genética determinado. Ello queda abonado por la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio prevista en este caso cumulativamente a la de prisión, que parece indicar que el legislador está pensando en la comisión por parte de un ámbito muy concreto de sujetos (investigadores básicamente). No obstante, y tal como ha quedado previamente establecido, el art. 160.3 CP no delimita el ámbito de posibles sujetos activos.

En relación con el tipo subjetivo, se exige dolo de producir el nacimiento de seres humanos idénticos, pudiendo concurrir el mismo en cualquiera de sus modalidades (directo o eventual). La comisión por imprudencia al no estar prevista expresamente como delito, resultaría impune (art. 12 CP).

En definitiva, y de acuerdo con la interpretación aquí sostenida, con arreglo al art. 160.3 CP quedan incriminados exclusivamente los supuestos de clonación humana

74. En este sentido, resulta significativa la declaración contenida en una nota verbal por parte de la representación permanente de Holanda, fechada el 29 de abril de 1998, remitida a la Secretaría General del Consejo de Europa en la fecha de la firma, el 4 de mayo de 1998, del Protocolo Adicional a la Convención para la protección de los Derechos Humanos y de la Dignidad del ser humano, con respecto a la aplicación de la Biología y la Medicina, sobre prohibición de clonar seres humanos, en la que se establece expresamente: «En relación con el art. 1 del protocolo, el gobierno del Reino Unido de los Países Bajos declara que interpreta el término «ser humano» como referido exclusivamente a un ser humano individual, es decir, a un ser humano nacido». El criterio sostenido a lo largo del trabajo coincide sustancialmente con el anterior, pero el mero hecho de haber introducido la representación holandesa dicha declaración pone de manifiesto que la cuestión no resulta, en modo alguno, incontrovertida.

75. En dicho sentido parecen pronunciarse Jaime Miguel PERIS RIERA/Javier GARCÍA GONZÁLEZ, «Comentarios al Código Penal. Título V. Artículos 159 a 162», *cit.*, p. 756, cuando afirman: «Puesto que nada dice el tipo cabe entender que se sanciona la mera duplicación *in vitro* de un ser humano, con independencia de su viabilidad, y sin que sea relevante a estos efectos su posterior implantación en el útero materno, lo cual merece algún comentario. Téngase en cuenta que se castiga la creación de vida humana —seres humanos idénticos— pero no se exige que alcance la cualidad jurídica de persona conforme a la legislación vigente, tampoco su transferencia».

76. Así lo pone de manifiesto Carlos María ROMEO CASABONA, «La clonación humana: presupuestos para una intervención jurídico-penal», *cit.*, p. 153.

77. En este sentido, excluyendo la aplicación del art. 160.3 CP al supuesto de clonación terapéutica, véase Patricia LAURENZO COPELLO, «Clonación no reproductiva y protección jurídica del embrión: respuestas desde el ordenamiento punitivo», *Revista Penal*, 13, 2004, p. 133; José Luis DE LA CUESTA ARZAMENDI, «Los llamados delitos de “manipulación genética” en el nuevo Código Penal español de 1995», *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 5, 1996, p. 69, vinculando el concepto de «ser humano» empleado en el art. 160.3 CP con el de persona humana con base en una lectura sistemática de la Ley 35/1988 y del Informe parlamentario que la precedió y en el principio de intervención mínima.

78. Véase Carlos María ROMEO CASABONA, «La clonación humana: presupuestos para una intervención jurídico-penal», *cit.*, pp. 154 y s. Excluye, asimismo, dicho autor del ámbito del tipo las técnicas de transferencia de núcleos o de citoplasma con sus mitocondrias aplicadas al óvulo con posterior fecundación por un gameto masculino, pues nos hallaríamos en este caso ante una reproducción sexual, posición que comparto plenamente.

reproductiva, resultando penalmente impunes la totalidad de los casos de clonación terapéutica al amparo de dicho precepto. Ello resulta coherente con los principios de mínima intervención y *ultima ratio* del Derecho Penal. En este sentido, procede poner de manifiesto que el recurso a dicho mecanismo de control social únicamente cabrá al objeto de lograr la protección de los bienes jurídicos fundamentales frente a los ataques más graves a los mismos. Cuando la intervención de otras esferas del ordenamiento jurídico (derecho civil, y muy destacadamente en materia de genética y biotecnologías el derecho administrativo) resulte suficiente para garantizar la indemnidad de los bienes jurídicos, deberá acudirse preferentemente a dichas vías evitando el empleo de la conminación penal.

2.2.2. *Ámbito del art. 160.2 cp en materia de clonación no reproductiva o terapéutica*

Planteadas la atipicidad de los supuestos de clonación terapéutica al amparo del art. 160.3 CP, se abre una posibilidad ulterior apuntada por un sector minoritario, si bien muy cualificado de la doctrina⁷⁹, que pone de manifiesto que la clonación terapéutica, a pesar de las prometedoras perspectivas que abre de cara al futuro⁸⁰, podría chocar con la protección jurídica que se reconoce al embrión *in vitro*, consis-

tente en la prohibición de fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación. Personalmente, coincido con la posición doctrinal⁸¹ que considera que los supuestos de clonación terapéutica no son típicos con arreglo al art. 160.2 CP⁸² pues, en puridad, dicha técnica no supone la fecundación de óvulos humanos, por lo que sólo en virtud de analogía *in malam partem* cabría inscribir los referidos supuestos en el marco del precepto referido.

No obstante, considero que la citada cuestión en torno a la incidencia del art. 160.2 CP en materia de clonación no reproductiva o terapéutica no resulta en modo alguno baladí, y obliga a plantearnos una reflexión en relación con el tipo citado una vez que la recientemente aprobada Ley de Investigación Biomédica ha previsto la expresa autorización de la activación de ovocitos mediante transferencia nuclear en nuestro país.

3. El sentido de la reforma legislativa en materia de clonación

3.1. Perspectiva administrativa

En las materias vinculadas con la investigación con preembriones y embriones humanos o con la activación de

79. Véase Carlos María ROMEO CASABONA, «La clonación humana: presupuestos para una intervención jurídico-penal», *cit.*, p. 164.

80. Si bien cíclicamente aparecen en los medios de comunicación noticias que ponen en entredicho la necesidad del recurso a dicha técnica para la consecución de los objetivos con ella pretendidos. Así, recientemente, se difundía que científicos norteamericanos habían logrado generar células madre «clónicas» sin usar embriones, mediante el empleo de una técnica de reprogramación celular, que permite obtener células madre (denominadas iPS, *induced pluripotent stem cells* o células madre pluripotentes inducidas) a partir de células de la piel (fibroblastos). Véase «Científicos de Boston logran células madre "clónicas" sin usar embriones», *El País*, Jueves 7 de junio de 2007, p. 38.

81. Véase Amelia MARTÍN URANGA, *La protección jurídica de las innovaciones biotecnológicas. Especial consideración de su protección penal*, Cátedra de Derecho y Genoma Humano-Editorial Comares, Bilbao-Granada, 2003, pp. 49 y ss.; Ignacio Francisco BENÍTEZ ORTUZAR, «El ordenamiento jurídico ante la clonación de células humanas», *cit.*, pp. 63 y ss. (especialmente, p. 66); Patricia LAURENZO COPELLO, «Clonación no reproductiva y protección jurídica del embrión: respuestas desde el ordenamiento punitivo», *cit.*, p. 132.

82. El bien jurídico tutelado en el art. 160.2 CP vendría constituido por el propio embrión (a mi juicio, exclusivamente el gamético), ya que se persigue la evitación de creación —mediante fecundación— de embriones que no van a ser utilizados para la reproducción y que se constituirán ya desde un inicio, al objeto de lograr fines no reproductivos (industriales, comerciales, etc.). Véase Carlos María ROMEO CASABONA, «La clonación humana: presupuestos para una intervención jurídico-penal», *cit.*, pp. 164 y s. Ello excluye otros bienes jurídicos apuntados por la doctrina penal en relación con el referido precepto: así, la vida prenatal que GONZÁLEZ CUSSAC vincula con aquella idónea para alcanzar el estatuto de persona (no obstante, también incurrirían en el delito conductas en modo alguno afectadoras de aquella, como la creación de preembriones no viables); otros autores se refieren a la intangibilidad del patrimonio genético humano (SUÁREZ GONZÁLEZ) o el interés del Estado en el control y limitación del uso y aplicación de las técnicas de reproducción asistida a límites precisos que permita contener los riesgos que puedan desencadenar las citadas prácticas para la pluralidad de bienes jurídicos y derechos individuales y colectivos que pueden verse afectados por los resultados de aquellas prácticas (GRACIA MARTÍN/ESCUCHURI AISA). Véase José Luis GONZÁLEZ CUSSAC, «Título V. Delitos relativos a la manipulación genética», en Tomás S. VIVES ANTÓN (coordinador), *Comentarios al Código Penal de 1995, Volumen I (Arts. 1 a 233)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pp. 831 y ss.; Carlos SUÁREZ GONZÁLEZ, «Libro II. Título V. Delitos relativos a la manipulación genética», *cit.*, p. 456; Luis GRACIA MARTÍN/Estrella ESCUCHURI AISA, *Los delitos de lesiones al feto y los relativos a la manipulación genética*, *cit.*, pp. 130 y s. Parece pronunciarse en sentido análogo al expresado por estos últimos —y por lo tanto, contrario al criterio mantenido en el presente trabajo— HERNÁNDEZ PLASENCIA. Véase José Ulises HERNÁNDEZ PLASENCIA, «La protección penal del embrión preimplantatorio», en Carlos María ROMEO CASABONA (Editor), *Genética y Derecho Penal. Previsiones en el Código Penal Español de 1995*, Comares, Granada, 2001, pp. 120 y s. Frente a la argumentación de aquel sector de la doctrina que rechaza que el embrión gamético pueda constituir el bien jurídico protegido del art. 160.2 CP con base en afirmaciones

ovocitos mediante transferencia nuclear (clonación no reproductiva o terapéutica) utilizables con fines de experimentación, los cambios normativos tanto en la esfera nacional como internacional⁸³ están siendo constantes y ciertamente significativos, de manera que toda regulación queda rápidamente desfasada y convertida en papel mojado. Fruto de ese proceso de motorización legislativa que se produce en estas esferas es la situación actual concurrente en España: la ley de técnicas de reproducción humana asistida⁸⁴ apenas cuenta, en estos momentos, con escasos meses de vigencia, con los importantes cambios normativos que la entrada en vigor de una norma de estas características implica (a efectos de nuestro estudio merece ponerse particularmente de manifiesto la posibilidad amplia que establece de investigar con preembriones sobrantes de las técnicas de reproducción asistida, rompiendo así la tendencia restrictiva en esta esfera marcada por la Ley 35/1988 y sólo parcialmente corregida en virtud de la reforma introducida por la Ley 41/2003), y más reciente aún es la Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación Biomédica.

Con base en el texto de la última norma citada, destaca como principal novedad legislativa la autorización expresa para el desarrollo de la clonación no reproductiva o terapéutica en nuestro país por primera vez en la normativa española. En este sentido, el art. 33.2 de la referida ley establece que «se permite la utilización de cualquier técnica de obtención de células troncales humanas con fines terapéuticos o de investigación, que no comporte la creación de un preembrión o de un embrión exclusivamente con este fin, en los términos definidos en esta ley, incluida la activación de ovocitos mediante transferencia nuclear». Asimismo, el art. 35 exige infor-

me previo favorable de la Comisión de Garantías para la Donación y Utilización de Células y Tejidos Humanos en relación, entre otros, con aquellos proyectos que versen en todo o en parte sobre la activación de ovocitos mediante transferencia nuclear para su uso con fines terapéuticos o de investigación. Queda, pues, de manifiesto de manera clara la admisibilidad de la clonación no reproductiva o terapéutica en España a partir de la aprobación parlamentaria de dicha norma. La entrada en vigor de la Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación Biomédica ha supuesto, por otro lado, la derogación de la Ley 42/1988, de donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos, con lo que en espacio de poco más de un año se ha producido la completa remoción de la totalidad de la regulación administrativa de referencia en materia de reproducción asistida y uso de preembriones y embriones humanos para fines terapéuticos, diagnósticos o de investigación (Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida y la mencionada Ley 42/1988) y su sustitución por un nuevo marco legal adaptado a las actuales circunstancias y nivel de conocimientos (Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida y Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación Biomédica)⁸⁵. Coherentemente con dicho dato ha desaparecido de nuestro ordenamiento el cuadro de infracciones y de sanciones de la citada Ley 42/1988 y con él la infracción muy grave consistente en la creación y mantenimiento de embriones o fetos vivos, en el útero o fuera de él con cualquier fin distinto a la procreación [art. 9.2.B.b Ley 42/1988 que, a mi juicio, su-

«aunque el 160.2 no aprueba la creación de embriones con el objetivo de investigar o experimentar sobre ellos no las prohíbe, además el tipo se consuma con la fecundación no dirigida a la procreación, sin necesidad de que el embrión se constituya en el objeto de una investigación o experimento» (GRACIA MARTÍN/ESCUCHURI AISA), procede poner de manifiesto, por un lado, que en nuestro país bajo la legislación vigente no cabe la creación de embriones gaméticos con fines distintos a los procreativos (véase, en este sentido, el art. 18.2 Convenio de Derechos Humanos y Biomedicina, art. 33 Ley de Investigación Biomédica o el propio art. 160.2 CP), por lo que, en una interpretación integradora de la legislación penal y administrativa existente, cabe manifestar que el embrión gamético se constituye en objeto de tutela del art. 160.2 CP. Por otro lado, y con base en el hecho de que el art. 160.2 CP tutela el embrión preimplantatorio, considero (como pondré de manifiesto posteriormente) que la autorización de la clonación no reproductiva o terapéutica en España debería implicar por razones de coherencia dogmática, la consiguiente derogación del art. 160.2 CP y su previsión como ilícito administrativo de carácter muy grave (lo cual, de modificarse en dicho sentido el CP, se deduciría de la actual Ley de Investigación Biomédica).

83. Cuestión abordada en Line MATTHIESSEN-GUDAYER/Gwennael JOLIFF-BOTREL, «Panorama europeo sobre la legislación relativa a la investigación con células troncales embrionarias humanas», *Investigación con células troncales. Monografías Humanitas* 4, cit., pp. 171 y ss.

84. Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

85. Con ello se refleja en la esfera legislativa la necesidad, postulada en el plano teórico por ROMEO CASABONA, de someter la intervención normativa en materia de genética y biotecnologías a una serie de principios: unos formales como son los de gradualidad, consenso y provisionalidad, y otros materiales, integrados por el principio de responsabilidad y de precaución. En relación con los cambios normativos producidos en España en la regulación administrativa sectorial, se comprueba la importancia de criterios formales como el de gradualidad (en estas esferas, debido al continuo proceso de innovación y desarrollo científico, la intervención legal no puede llevarse a cabo con pretensión de totalidad, sino en atención a los conocimientos existentes) y de provisionalidad (toda regulación *ad hoc* producida en estas materias ostentará, necesariamente, una naturaleza esencialmente mutable, dada la rapidez de los avances científicos producidos). Véase Carlos María ROMEO CASABONA, *Los genes y sus leyes. El derecho ante el genoma humano*, cit., pp. 29 y ss.

ponía la prohibición por vía administrativa de la clonación terapéutica⁸⁶].

El principal obstáculo para la autorización de la clonación terapéutica en nuestro país ha venido constituido, no obstante, por el art. 18.2 de la Convención de Derechos Humanos y Biomedicina, en virtud del cual se prohíbe la constitución de embriones con fines de experimentación.

No obstante, a efectos interpretativos, al objeto de determinar las limitaciones impuestas por el Convenio de Derechos Humanos y Biomedicina a la legislación española (fundamentalmente administrativa) procede poner de manifiesto, siguiendo a ROMEO CASABONA⁸⁷, las siguientes consideraciones:

El Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina no regula la clonación en ninguna de sus formas.

La no inclusión de la clonación no reproductiva o terapéutica en el Protocolo Adicional al Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina, por el que se prohíbe la clonación de seres humanos.

Dado que la consideración acerca de si el producto inmediato (en sus primeras fases de desarrollo) de una clonación, cualquiera que sea su propósito, es o no un ser humano en el sentido del Protocolo Adicional, se deja por éste en manos de los Estados Parte, significa que el recurso a dicha técnica sin propósitos reproductivos no entraría necesariamente dentro de la prohibición de crear un ser humano genéticamente idéntico a otro ser humano.

La cuestión de la clonación terapéutica ha quedado diferida para un futuro Protocolo Adicional al Convenio, específico sobre el embrión humano.

En definitiva, la tesis aquí sostenida implica considerar que el Convenio de Derechos Humanos y Biomedicina (en especial su art. 18, que constituye el precepto más relevante en el marco del estudio llevado a cabo) no resultaría aplicable en materia de clonación no reproductiva o terapéutica por transferencia nuclear, pues los estados signatarios no podían asumir obligaciones respecto de una realidad cuya posibilidad apenas se atisbaba en el momento de elaboración de la referida Convención. Conviene tomar en consideración que el Convenio de Derechos Humanos y Biomedicina fue aprobado por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa el 26 de septiembre de 1996, siendo adoptado por el Comité de Ministros el 19 de noviembre de 1996. Por el contrario, la posibilidad de desarrollo de la clonación por transferencia nuclear en mamíferos, si bien se venía planteando como hipótesis teórica desde hacía unos años (no obstante lo cual, ninguno de los experimentos puestos en marcha hasta entonces había logrado resultados satisfactorios) no logró culminar

con éxito hasta el nacimiento de la oveja Dolly en Edimburgo (Escocia) en febrero del año 1997 (es decir, una vez cerrado el texto del Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina). Ante dicha eventualidad, las dos únicas posibilidades que se planteaban⁸⁸ en el marco del Consejo de Europa eran, o bien, por un lado, suspender el acto de firma del Convenio para incluir la prohibición de la clonación una vez convocados los debates y votaciones para el 4 de abril de 1997, o bien, remitir la cuestión al oportuno protocolo adicional, mecanismo establecido expresamente en el propio Convenio. Esta segunda vía fue a la que se acudió como demuestra la inmediata aprobación (así como la firma y ratificación por parte de numerosos estados miembros del Consejo de Europa) de un Protocolo Adicional al Convenio de Derechos Humanos y Biomedicina, por el que se prohíbe la clonación de seres humanos. De aceptarse dicha interpretación ello implicaría que el Convenio de Oviedo no regula la clonación humana en ninguna de sus variantes (por constituir una materia sometida al referido Protocolo Adicional) por lo que el art. 18.2 del referido Convenio únicamente se referiría a la prohibición de crear embriones gaméticos, fruto de la fecundación *in vitro* de un óvulo por un espermatozoide (reproducción sexual) y no a la constitución de embriones somáticos por transferencia nuclear.

Por otro lado, el referido Protocolo Adicional por el que se prohíbe la clonación de seres humanos contiene en su Informe Explicativo una serie de aclaraciones conceptuales de interés con el fin de determinar el ámbito al que se extiende el mismo. En este sentido, se distingue nítidamente entre tres situaciones: la clonación de células como técnica, el uso de células embrionarias en técnicas de clonación y la clonación de seres humanos, mediante el empleo de las técnicas de división embrionaria y transferencia nuclear. El propio Informe Explicativo considera la primera situación citada como completamente aceptable desde el punto de vista ético, quedando la segunda postergada en su análisis a un futuro (y hasta el momento no abordado) protocolo sobre protección del embrión, mientras la tercera situación (prohibición de clonar seres humanos) quedaría dentro del ámbito del Protocolo Adicional por el que se prohíbe la clonación de seres humanos.

Si aceptamos que, precisamente la segunda modalidad referida («uso de células embrionarias en técnicas de clonación») constituye el supuesto abarcado por la clonación no reproductiva o terapéutica, la conclusión resulta sencilla: ésta debe quedar fuera del Protocolo Adicional y de la prohibición establecida a su amparo. En definitiva, con base en la argumentación sostenida cabría mantener que la

86. En relación con la incidencia de dicho precepto a efectos de clonación terapéutica, parece pronunciarse positivamente Patricia LAURENZO COPELLO, «Clonación no reproductiva y protección jurídica del embrión: respuestas desde el ordenamiento punitivo», *cit.*, p. 133 (nota 41).

87. Véase Carlos María ROMEO CASABONA, «La cuestión jurídica de la obtención de células troncales embrionarias humanas con fines de investigación biomédica. Consideraciones de política legislativa», *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 24, 2006, pp. 122 y s.

88. *Ibidem*, pp. 105 y s.

normativa del Consejo de Europa sobre el particular (Convenio de Derechos Humanos y Biomedicina y Protocolo Adicional por el que se prohíbe la clonación de seres humanos⁸⁹), en ningún caso proscribía la clonación terapéutica y, por lo tanto, no constituiría actuación contraria a Tratado Internacional la permisión de dicha técnica por parte de nuestro país. En sentido contrario, se ha pronunciado un informe del Consejo General del Poder Judicial afirmando la supuesta inconstitucionalidad del Anteproyecto de Ley de Investigación Biomédica (actual Ley), criterio que, con base en una interpretación histórico-sistemática como el aquí mantenido, resulta fácilmente rebatible. En definitiva, la clonación no reproductiva o terapéutica era susceptible de autorización en nuestro país —tal como se ha aprobado— como técnica al objeto de obtener material embrionario (básicamente células madre) para el desarrollo de investigaciones y, en un futuro más lejano, de terapias. En conclusión, considero que ni el Convenio de Derechos Humanos y Biomedicina ni el Protocolo Adicional por el que se prohíbe la clonación de seres humanos, comportan interdicción alguna para que las legislaciones internas de los estados parte en ellos, por consiguiente, también del estado español, puedan disponer de un espacio de legitimidad para regular la transferencia nuclear u otras técnicas de reprogramación celular con el fin de obtener células troncales para destinarlas a la investigación o a futuros tratamientos⁹⁰. Con ello, ha quedado superada la situación imperante bajo la vigencia del art. 9.2.B.b (que consideraba infracción muy grave la creación y el mantenimiento de embriones o fetos vivos, en el útero o fuera de él con cualquier fin distinto a la procreación) de la Ley 42/1988, de 28 de diciembre, de donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos, pues con base en dicho art. quedaba prosrita la posibilidad de desarrollo de dicha técnica en España⁹¹.

3.2. La reforma penal en perspectiva

Los cambios normativos relevantes en materia de genética y biotecnologías no se agotan en la legislación administrativa recientemente aprobada (Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida y

Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación Biomédica, fundamentalmente) sino que afectarán al ámbito penal en virtud de lo establecido en el Proyecto de Reforma del Código Penal que ya ha iniciado su proceso de tramitación en el Congreso de los Diputados⁹². En este sentido, las principales modificaciones previstas en el título V del Libro II del Código Penal son las consistentes en la supresión de la actual redacción del art. 160.2 CP (fecundación de óvulos humanos con cualquier fin distinto a la procreación) que quedaría sustituido por un nuevo tipo bajo la siguiente redacción: «Serán castigados con la 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 practiquen técnicas de clonación en seres humanos con fines reproductivos». Asimismo, también se modifica el art. 162 CP que queda redactado de la siguiente manera: «Cuando los delitos comprendidos en este título se hubieren cometido en el marco o con ocasión de la actividades de una persona jurídica y procediere la declaración de responsabilidad penal de acuerdo con lo establecido en el art. 31 bis de este Código, se le impondrá la pena de clausura temporal de sus locales y establecimientos de dos a cuatro años».

Resulta procedente llevar a cabo un análisis detallado de las modificaciones proyectadas en este punto, con el fin de concretar su incidencia real en el seno del título V Libro II CP. En este sentido, la necesidad de reforma de dicho título había sido expresada por un sector mayoritario de la doctrina, poniendo de manifiesto lo inadecuado de los tipos configurados por el legislador de 1995 en esta materia (y, no lo olvidemos, mantenidos invariables en su contenido a lo largo de los sucesivos cambios legales emprendidos desde entonces, en especial, en la Ley 15/2003, de 25 de noviembre, que únicamente alteró la posición sistemática de algunos de dichos preceptos⁹³, amén de prever la posibilidad de imponer las consecuencias jurídicas del art. 129 CP en este caso). No obstante, el prelegislador, lejos de asumir una reforma en profundidad del título V Libro II CP que permita la corrección definitiva de los numerosos defectos técnicos evidenciados por la doctrina especializada a lo largo de estos más de 10 años de vigencia del Código Penal de 1995, se ha conten-

89. Ambas vinculantes para España. No olvidemos que el Convenio fue firmado y ratificado por España entrando en vigor el 1-1-2000. El mencionado Protocolo Adicional fue asimismo firmado y ratificado por nuestro país (entrada en vigor, 1 de marzo de 2001).

90. Véase Carlos María ROMEO CASABONA, «La cuestión jurídica de la obtención de células troncales embrionarias humanas con fines de investigación biomédica. Consideraciones de política legislativa», *cit.*, pp. 122 y ss.

91. Véase, en sentido contrario, Antonio CUERDA RIEZU, «Es punible o sancionable la clonación terapéutica en España?», *cit.*, pp. 1262 y s. En posición acorde con la expresada por dicho autor, Paz M. DE LA CUESTA AGUADO, «Clonación por transferencia nuclear celular en el art. 161 CP», *cit.*, p. 93. Parece mantener una opinión análoga a la expresada en el texto Patricia LAURENZO COPELLO, «Clonación no reproductiva y protección jurídica del embrión: respuestas desde el ordenamiento punitivo», *cit.*, p. 133 (nota 41).

92. Véase Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, Serie A. Núm. 119-1, Proyecto de Ley 121/000119 Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, 15 de enero de 2007.

93. No obstante, en relación con el actual art. 160.3 CP, sí conviene destacar la modificación del plural en que se encontraba conjugado el verbo típico («se castigarán») por el singular del mismo («Con la misma pena se castigará la creación de seres humanos idénticos por clonación u otros procedimientos dirigidos a la selección de la raza»).

tado con parchear los delitos relativos a la manipulación genética, empeorando, si cabe, la situación legislativa anterior. En lo que afecta a la materia aquí abordada, la clonación humana (en su vertiente reproductiva, pues es la única objeto de tipificación penal), la opción adoptada aparece explicitada en la Exposición de Motivos del Proyecto de Reforma del CP donde se dispone expresamente: «El que quepa tildarse de posibilidad meramente abstracta no ha sido óbice para que se tipifique la aplicación de técnicas de clonación en seres humanos con fines reproductivos, que sustituye la actual redacción del art. 162.2 del Código Penal (*sic*, por error se refiere a dicho precepto, cuando debería aludir al art. 160.2 CP) a la vez que se preserva al sistema punitivo de una intervención injustificable en el debate sobre los usos terapéuticos y de investigación en relación con óvulos humanos»⁹⁴.

Realmente, en este punto se plantean una serie de cuestiones de cierto calado:

En primer lugar, qué sentido tendría la inclusión de un nuevo tipo penal de clonación humana reproductiva, cuando el actual art. 160.3 CP ya prevé el castigo de dicha conducta. Evidentemente, de prosperar la reforma prevista del CP, ello obligaría a realizar una reinterpretación del art. 160.3 CP, con el fin de dotar de alguna significación al nuevo precepto introducido en el art. 160.2 CP (clonación humana reproductiva).

En segundo lugar, y de mantenerse el actual tenor de la reforma del CP, España se convertiría —en lo que conozco— en el primer país del mundo en el que se establecen dos tipos penales de clonación humana reproductiva, lo cual a mi juicio, resulta un total desacierto sistemático, puesto que lejos de aclarar la situación contribuye únicamente a aumentar la confusión acerca de la punibilidad de las actividades vinculadas con la clonación humana⁹⁵.

Por otro lado, conviene plantear la oportunidad de la desaparición del actual art. 160.2 CP (fecundación de óvulos

humanos con cualquier fin distinto a la reproducción humana) y, en su caso, su configuración como mera infracción administrativa.

En relación con la primera cuestión planteada, la relativa a la interpretación del nuevo art. 160.2 CP (practicar técnicas de clonación en seres humanos con fines reproductivos) en caso de prosperar la reforma, y la compatibilidad del mismo con el actual art. 160.3 CP (que, en principio, y de acuerdo con el proyecto que ha recibido entrada en las Cortes Generales, permanecerá bajo su redacción actual) se plantea la necesidad de evidenciar los defectos técnicos y la falta de oportunidad legislativa que caracterizan a dicho precepto.

Partiendo de la dicción literal proyectada para el art. 160.2 CP, en virtud de la cual, «serán castigados con la 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 practiquen técnicas de clonación en seres humanos con fines reproductivos», cabe poner de manifiesto los problemas sistemáticos y hermenéuticos que implica el art. referido.

El primer aspecto a abordar, al hilo de lo anterior, consiste en concretar qué se debe entender por practicar técnicas de clonación en seres humanos, pues constituye una fórmula incriminadora en relación con el particular totalmente novedosa. Técnicamente resulta defectuosa, pues propiamente dicho no se aplican técnicas de clonación en seres humanos, sino que se crean individuos idénticos por clonación, es decir, el ser humano será el producto de la clonación llevada a cabo. En definitiva, se puede afirmar que el tipo previsto en el Proyecto de Reforma para el art. 160.2 CP no respetaría el principio de taxatividad⁹⁶. Coincidió sustancialmente con la opinión expresada por ROMEO CASABONA⁹⁷ en relación con el particular, quien pone de manifiesto que el nuevo delito de clonación reproductiva comporta, asimismo, una vulneración de los

94. Afirmación que, a mi modo de entender, supone un absoluto desconocimiento de lo establecido en el Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina (art. 18), y de lo que ello implica para España, país que ha firmado y ratificado la citada Convención. En este sentido, procede poner de manifiesto que cuando hacemos referencia a la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a los reproductivos no sólo estamos hablando de empleo de óvulos con objetivos terapéuticos y de investigación sino de usos de óvulos fecundados, es decir, de embriones, lo cual supone una distinción de enorme calado a efectos valorativos y normativos. Por ello, considero adecuado prescindir de la intervención penal en este caso, pero no sustraer dicha actuación a todo ámbito de ilicitud —y para colmar dicha situación estaría el derecho administrativo sancionador—, puesto que, contrariamente a lo que expresa la Exposición de Motivos del Proyecto de Reforma de CP, no nos encontramos ante un mero debate bioético, sino ante obligaciones contraídas por España en virtud de un tratado internacional.

95. Refiriéndose al Proyecto de Código Penal de 1992, pero con argumentación que cabría aplicar igualmente en relación con el actual Proyecto de Reforma del Código Penal, CUERDA RIEZU ponía de manifiesto que «una correcta técnica legislativa exige que no existan dos o más preceptos penales para una misma conducta, porque en caso contrario pueden surgir problemas de coordinación entre esos preceptos». Véase 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», *El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano*, Volumen III, Fundación BBV, Bilbao, 1994, p. 227.

96. El art 26.2.c.9.º Ley 14/2006, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida se limita a establecer como infracción muy grave la práctica de técnicas de transferencia nuclear con fines reproductivos, mientras el tipo penal proyectado para el art. 160.2 CP habla de practicar técnicas de clonación en seres humanos con idéntica finalidad, con lo que se llega a la paradójica situación de que la norma penal se extiende más allá del ámbito de ilicitud administrativa.

97. Véase Carlos María ROMEO CASABONA, «Política legislativa penal y extrapenal en relación con la biotecnología humana», *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 26, 2007.

principios de proporcionalidad y de mínima intervención del Derecho Penal. En este sentido, resulta evidente que se procede a incriminar meros actos preparatorios (pues en eso consiste practicar técnicas de clonación) en relación con la clonación, además del resultado de clonación propiamente dicho, que también quedaría abarcado por el tipo. Por lo tanto, el mero recurso a técnicas de clonación, aunque no se lograse resultado alguno (obtención de un individuo clónico) realizaría plenamente el tipo del nuevo art. 160.2 CP. Procede poner de manifiesto en este sentido que el citado precepto proyectado incorpora un elemento subjetivo específico integrado por los fines reproductivos que animan la acción, configurándose técnicamente como un delito de resultado cortado. Con ello se produce un intolerable adelantamiento de las barreras de protección del Derecho Penal, equiparando conductas cuyo grado de lesividad difiere enormemente, pues se incriminan meros actos preparatorios.

La nula coherencia normativa del nuevo tipo de clonación propuesto se evidencia de forma palmaria al constatar que dicho delito iría más lejos que la prohibición e infracción correspondiente establecidas en relación con el particular en virtud de la vigente Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida⁹⁸ (arts. 1.3 y 26.2.c.9.^º).

De lo anterior cabe deducir de manera rotunda que la configuración de un tipo de clonación como el que proyecta el prelegislador penal en virtud del nuevo art. 160.2 CP privaría al sistema de la mínima lógica interna.

Por otro lado, y a pesar de la positiva recepción que el cambio legislativo proyectado en el marco del art 160.2 CP (nuevo delito de clonación a insertar en dicho precepto) ha tenido en virtud del informe emitido por el Ministerio Fiscal en relación con el Anteproyecto de Reforma del CP¹⁰⁰, considero que el mismo en nada contribuye a mejorar la situación legislativa actual (ya, de por sí, en relación con el título V Libro II CP, bastante deficiente), y que, de mantenerse tal como se encuentra previsto únicamente contribuye a aumentar la inseguridad jurídica en esta materia.

Ello, por un lado, por la introducción de un segundo tipo de clonación humana reproductiva, con lo que España constituiría el primer país del mundo, en lo que conozco, que incrimina por partida doble dicha conducta. Para salvar el mencionado inconveniente, resultaría necesario llevar a cabo una reinterpretación del art. 160.3 CP que, tal como se ha puesto de manifiesto en el presente trabajo, según la postura doctrinal mayoritaria acoge dos tipos diferenciados —creación de seres humanos idénticos por

98. Así lo destaca, muy acertadamente, Carlos María ROMEO CASABONA, «Política legislativa penal y extrapenal en relación con la biotecnología humana», *cit.*

99. art. 1.3: «Se prohíbe la clonación en seres humanos con fines reproductivos».

Art. 26.2.c.9.^º: «2. Además de las previstas en la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, y de las tipificadas en la legislación de las comunidades autónomas, se consideran como infracciones leves, graves y muy graves las siguientes:

c. Son infracciones muy graves: 9. La práctica de técnicas de transferencia nuclear con fines reproductivos».

Por otro lado, procede poner de manifiesto que los ámbitos de ilicitud en virtud de los citados art. 1.3 y 26.2.c.9.^º Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida difieren, pues el primer precepto (que, por otro lado, resulta impreciso a la hora de definir la esfera de prohibición que abarca) no se limita como el segundo, al uso de técnicas de transferencia nuclear.

100. Me refiero, en concreto, al Informe del Ministerio Fiscal sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (27 de noviembre de 2006) que dispone expresamente que «la reforma del art. 160 merece una valoración positiva».

No obstante, dicho informe realiza afirmaciones en relación con la reforma prevista del tipo de clonación (art. 160 CP) que resultan harto criticables por el profundo desconocimiento que implican en relación con la materia objeto de análisis. Así se establece que «en su momento, la reforma llevada a cabo por LO 15/2003 en el art. 160 fue considerada como paso adelante en la adaptación de nuestro sistema penal a las nuevas formas de delincuencia, una regulación acertada y ajustada a los fines perseguidos que, al mismo tiempo, era respetuosa con los principios proclamados en la legislación comunitaria» (p. 113), cuando es conocido que la citada reforma del año 2003 en materia de delitos relativos a la manipulación genética materialmente no introdujo ninguna modificación significativa (a salvo de la posibilidad de aplicar a estos delitos las medidas del art. 129 CP para sociedades) contentándose, en lo sustancial, con cambiar la posición sistemática de determinados arts. en el seno del título V Libro II CP (en concreto, los dos apartados del antiguo art. 161 pasaron a constituir el apartado segundo y tercero del art. 160 CP; se trasladó al art. 161 el contenido del art. 162 que quedaba sin contenido, permitiendo la imposición de las sanciones previstas para las sociedades en el art. 129 CP).

Otros argumentos del referido Informe del Ministerio Fiscal que merecen oportuna crítica son los atinentes a «las técnicas utilizadas para la clonación de órganos con fines terapéuticos» (p. 114), que se presenta como «el más debatido de los temas» (?) o la consideración de que «la reforma del apartado segundo del art. 160 CP resultaba inevitable tras la entrada en vigor de la nueva Ley de Técnicas de Reproducción Asistida» (p. 116). En concreto, se afirma en este punto que «al despenalizar el uso de técnicas de clonación terapéutica el Anteproyecto no es sino la consecuencia de la nueva Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida que considera estas técnicas como herramientas perfectamente válidas en la investigación genética dentro de los límites legalmente establecidos». Yerra, de nuevo, gravemente el Informe del Ministerio Fiscal en este punto concreto, pues la clonación terapéutica no ha sido en ningún momento objeto de reproche penal (opinión mantenida de manera prácticamente unánime por la doctrina), por lo que difícilmente puede, la reforma del CP que se proyecte, proceder a su despenalización.

Por último, resulta cuanto menos sorprendente la propuesta de *lege ferenda* que contiene dicho informe en relación con las técnicas de clonación, bajo la siguiente formulación «todas las anteriores consideraciones a la modificación del apartado segundo del

clonación y cualquier otro procedimiento de selección de la raza—. Para que la modificación legal proyectada ostentase un espacio propio (y el nuevo tipo previsto en el art. 160.2 CP no quedase totalmente embebido por el actual primer inciso del art. 160.3 CP) sería necesario entender que la creación de seres humanos idénticos por clonación del actual art. 160.3 CP constituye uno de los procedimientos dirigidos a la selección de la raza¹⁰¹, con lo que dicho precepto abarcaría exclusivamente la utilización de la clonación humana reproductiva (y de cualquier otro procedimiento de creación de seres humanos idénticos empleado con el objetivo que posteriormente se indicará) cuando fuera utilizada con fines eugenésico-racistas selectivos de la raza; mientras la clonación reproductiva con cualquier otro fin se inscribiría en el nuevo art. 160.2 CP¹⁰².

Personalmente, considero que la opción propuesta en el Proyecto de Reforma del Código Penal resulta, en relación con la clonación humana, susceptible de un replanteamiento general.

En mi opinión, y partiendo del hecho de que la opción adoptada por el legislador español en virtud de la Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación Biomédica es autorizar expresamente la activación de ovocitos por transferencia nuclear (clonación terapéutica), considero que la correcta represión penal de la clonación humana reproductiva exigiría la sustitución del actual art. 160.3 CP¹⁰³ (precepto absolutamente oscuro que, como se ha evidenciado, permite interpretaciones totalmente dispares por lo que no contribuye en modo alguno a la seguridad jurídica) por uno nuevo que, como propuesta de *lege ferenda*, podría tener el siguiente tenor literal, sugerido por ROMEO CASABONA¹⁰⁴, y al que me adhiero plenamente:

«Se castigará con la pena de prisión de uno a cinco años e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio de seis a diez años la creación por clonación u otra técnica y con fines reproductivos de un ser humano genéticamente idéntico a otro embrión o ser humano vivo o muerto, entendiéndose por tal identidad genética compartir el genoma nuclear».

Por otro lado, procede poner de manifiesto otro aspecto vinculado con la reforma penal proyectada en materia de delitos relativos a la manipulación genética, cual es la supresión prevista del actual art. 160.2 CP (fecundación de óvulos humanos con cualquier fin distinto a la procreación humana).

Asumiendo el criterio de aquel sector de la doctrina¹⁰⁵ que rechaza la tipificación penal de la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación, dada la falta de merecimiento y necesidad de pena en este supuesto, de llevarse a cabo la derogación del tipo actualmente previsto en el art. 160.2 CP, la ilicitud de dicha conducta derivaría del art. 74.2.C.e¹⁰⁶ de la Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación Biomédica, que la configura como infracción administrativa muy grave (si bien en todo caso, vinculada al incumplimiento de lo dispuesto en el art. 33 de la referida ley). La referida previsión por parte de la normativa sectorial resulta sustancialmente acertada, especialmente ante una posible derogación del delito de fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación, pues, no olvidemos que la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida no establece ilícito alguno relacionado con dicha conducta. Esta cuestión ostenta particular relevancia, porque de una adecuada coordinación entre la esfera penal y administrativa (en concreto, la Ley sobre Técnicas de Re-

art. 160 avalan la conveniencia de la misma, no obstante lo cual, la redacción propuesta por el Anteproyecto resulta excesivamente concisa y puede generar nuevos debates en torno a qué tipo de conductas se integran en las denominadas “técnicas de clonación en seres humanos con fines reproductivos”. La posible inseguridad jurídica que pudiera generarse en este punto podría quedar subsanada en la redacción definitiva de este apartado criminalizando la conductas de quienes, al margen de los supuestos específicamente autorizados por la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, practiquen técnicas de clonación en seres humanos con fines reproductivos». Uno se pregunta en qué supuestos puede la CNRHA autorizar una clonación humana reproductiva.

101. Posición mantenida por GONZÁLEZ CUSSAC y CORCOY BIDASOLO. Véase José Luis GONZÁLEZ CUSSAC, «Lección VII. Manipulación Genética», *cit.*, pp. 174 y s.; Mirentxu CORCOY BIDASOLO, «Límites y controles de la investigación genética. La protección penal de las manipulaciones genéticas», *cit.*, pp. 1116 y ss.

102. En este sentido se pronuncia el Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley Orgánica por el que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal (3 de noviembre de 2006), p. 126. No obstante, dicho informe parece pronunciarse en favor de la incriminación de la clonación terapéutica e incluso sostiene, con un criterio a mi juicio erróneo, que «la doctrina siempre entendió que el art. 160.3 CP se refería a toda clase de clonación» (p. 126).

Por el contrario, y como el presente art. trata de poner de manifiesto, la doctrina penal española mayoritaria (CUERDA RIEZU, DE LA CUESTA AGUADO, LAURENZO COPELLO, MARTÍN URANGA) ha sostenido de manera reiterada la atipicidad penal de la clonación terapéutica en España.

103. Aboga igualmente por la supresión de dicho precepto el Informe del Ministerio Fiscal sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, p. 107.

104. Véase Carlos María ROMEO CASABONA, «Política legislativa penal y extrapenal en relación con la biotecnología humana», *cit.*

105. Véase José Manuel VALLE MUÑIZ/Marisé GONZÁLEZ GONZÁLEZ, «Utilización abusiva de técnicas genéticas y Derecho penal», *cit.*, p. 133; José Luis DE LA CUESTA ARZAMENDI, «Los llamados delitos de “manipulación genética” en el nuevo Código Penal español de 1995», *cit.*, pp. 67 y s.

106. art. 74.2.C: «Son infracciones muy graves: (...) e) El incumplimiento de lo dispuesto en el art. 33».

producción Humana Asistida y la Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación Biomédica) depende que el cuadro normativo en materia de genética y biotecnología (en este caso, en relación con las actuaciones sobre el preembrion y el embrión humano) resulte mínimamente coherente.

Si, tal como se sostiene en el presente trabajo, estimamos que la clonación no reproductiva es susceptible de autorización por el legislador español, aún bajo la vigencia en nuestro país del Convenio relativo a los Derechos Humanos y la Biomedicina, la única manera de dotar de sentido al art. 18.2 de la citada Convención es considerar que hace referencia a la creación de embriones mediante fecundación, excluyendo de su ámbito los embriones constituidos a través de la activación de ovocitos por transferencia nuclear, que es lo que se ha autorizado en España de acuerdo con la Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación Biomédica. Esta interpretación se basa en una serie de consideraciones históricas y sistemáticas vinculadas al proceso de aprobación del Convenio de Derechos Humanos y Biomedicina, y al grado de desarrollo técnico alcanzado por las técnicas de clonación en el momento de aprobación y apertura a la firma de dicho tratado internacional.

Por ello, estimo que, dado que el ámbito propio del art. 18.2 Convenio de Derechos Humanos y Biomedicina viene integrado por la prohibición de constituir embriones para fines de investigación mediante fecundación, dicha conducta debe integrar necesariamente un ilícito administrativo muy grave, pues personalmente no estimo que la referida fecundación de óvulos humanos alcance merecimiento y necesidad de pena¹⁰⁷. Esta es la opción que parece haber adoptado el legislador español ante la Reforma del CP, pues si la misma prospera tal como se encuentra actualmente prevista, la tipicidad de la conducta de creación de (pre)embriones gaméticos con fines de experimentación derivaría directamente de la Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación Biomédica que prevé la conducta de constitución de (pre)embriones —mediante fecundación artificial—, con fines de experimentación como infracción administrativa muy grave —*ex art. 74.2.C.e*—¹⁰⁸. De esta manera, a la entrada en vigor de la reforma del CP (si la misma prospera, circunstancia que resulta hartamente improbable en lo que queda de legislatura)¹⁰⁹ quedará indu-

bitada la prohibición de constituir (pre)embriones mediante fecundación artificial con fines de investigación (al menos por vía administrativa, de mantenerse la derogación en la reforma penal del actual art. 160.2 CP).

En todo caso, y coherentemente con la opción aquí defendida en favor de la clonación no reproductiva, la aplicación de dicha técnica con el fin de obtener embriones a emplear en el marco de la investigación (y, en un futuro más lejano, previsiblemente también en terapias efectivas) ha quedado configurada como absolutamente lícita al amparo de la Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación Biomédica, y ello, a mi modo de entender, resulta totalmente compatible con los compromisos internacionales asumidos por España (particularmente con el art. 18.2 Convenio de Derechos Humanos y Biomedicina).

IV. Conclusiones

La clonación humana se encuentra en el centro de un importante debate bioético en el que, al menos en lo atinente a la modalidad no reproductiva, no se atisban puntos de encuentro entre las distintas posturas enfrentadas. Respecto de la creación de seres humanos idénticos por clonación, resultando prácticamente unánime la opinión favorable a la necesidad de incriminación de la misma, la situación legislativa existente en España en virtud del actual art. 160.3 CP (creación de seres humanos idénticos por clonación u otros procedimientos dirigidos a la selección de la raza) es absolutamente criticable dada la configuración de dicho precepto, en relación con el cual no existe acuerdo, ni siquiera en torno a si acoge uno o dos tipos penales. Se impone en el marco de una próxima reforma penal la sustitución del citado art. por otro tipo relativo exclusivamente a la clonación humana reproductiva (eliminando la actual referencia a los procedimientos dirigidos a la selección de la raza que, caso de concurrir, daría lugar a la aplicación de diferentes tipos penales ya existentes en la actualidad).

En materia de clonación no reproductiva la opción político-legislativa adoptada en la Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación Biomédica consiste en su autorización expresa en nuestro país, asumiendo en este punto España

107. Críticos ante una posible introducción de dicho tipo penal en el, entonces, futuro CP 1995, se mostraban en el año 1992 VALLE MUÑIZ y GONZÁLEZ GONZÁLEZ quienes consideraban que «la estricta creación de preembriones para la investigación no creemos que alcance el merecimiento de pena imprescindible para la protección penal». Véase José Manuel VALLE MUÑIZ/Marisé GONZÁLEZ GONZÁLEZ, «Utilización abusiva de técnicas genéticas y Derecho Penal», *Poder Judicial*, 26, 1992, p. 133. Contraria a la inclusión de la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación como delito (estimando suficiente su establecimiento como infracción administrativa) se pronuncia Mirentxu CORCOY BIDASOLO, «Límites y controles de la investigación genética. La protección penal de las manipulaciones genéticas», *cit.*, pp. 1117 y s. y pp. 1121 y s.

108. Evitando que dicho comportamiento quedara exento de todo ámbito de ilicitud, tanto penal como administrativa, lo que implicaría el incumplimiento de los compromisos internacionales asumidos por España en virtud del Convenio de Derechos Humanos y Biomedicina.

109. Por lo que para su nueva toma en consideración deberá volver a recibir entrada como proyecto de ley en las Cortes Generales en términos análogos a los actualmente previstos una vez se vuelvan a constituir aquellas en la próxima legislatura.

el modelo previamente establecido en estados como Gran Bretaña o Bélgica, entre otros.

Es sabido que las referidas opciones legislativas no terminarán con el debate bioético existente en materia de clonación, especialmente en su modalidad terapéutica. No obstante, desde el punto de vista jurídico sí resulta recomendable establecer una serie de criterios:

Cuando la intervención se realice por vía penal el esmerado respeto a los principios de taxatividad, subsidiariedad y al carácter fragmentario del Derecho Penal constituyen los presupuestos fundamentales de la configuración de los tipos de referencia. Desgraciadamente, no ha sido éste el criterio empleado por el legislador español de 1995 en relación con los delitos de manipulación genética en el CP.

En la esfera administrativa, debemos ser conscientes de la importancia de sentar criterios normativos claros que sirvan como referentes reales de la actividad investigadora permitida. No olvidemos que dichas prescripciones se dirigen primariamente a aquellos científicos que potencialmente pueden tomar parte en investigaciones de la referida naturaleza, y que, lo mínimo exigible al legislador es el no establecimiento de regulaciones confusas o contradictorias generadoras de dudas razonables en los desti-

natarios de la norma acerca de la licitud o ilicitud de su conducta.

No obstante, sí procede destacar en este punto, que dado el proceso de continuo desarrollo que se produce en la esfera de la genética y las biotecnologías, no podemos aspirar a regulaciones (ni en la esfera administrativa, ni consecuentemente, tampoco en la penal) eternas e inmutables (ni siquiera en relación con el núcleo fundamental del objeto de prohibición), y que realidades que en un momento dado constituyen objeto de conminación penal, pueden pasar a ser perfectamente lícitas. En relación con el particular resulta preciso destacar, una vez más, que toda intervención en estas materias debe quedar sometida a una serie de criterios: unos son formales (consenso, provisionalidad y gradualidad) y otros materiales (principio de responsabilidad y precaución). Avances en los conocimientos biológicos pueden poner de manifiesto nuevas realidades o legitimar valoraciones distintas sobre procedimientos o técnicas ya existentes, cuestiones a las que debe ser sensible el jurista con el fin de proyectar dichas situaciones novedosas sobre la legislación existente, determinando si encuentran adecuada valoración normativa, o realizando las oportunas propuestas de *lege ferenda*.