

## Los Desafíos de la Biotecnología Humana: Transculturalidad, Globalización y Derecho Penal Simbólico

Carlos María Romero-Casabona\*

### 1. Transculturalidad y Globalización

#### 1.1 *Un nuevo escenario para el Derecho de la biotecnología: la globalización*

En general son ya suficientemente conocidos los reales y virtuales beneficios que pueden propiciar las investigaciones y actuaciones sobre el genoma humano y las innovaciones que aquellos conocimientos pueden generar en el ámbito de la biotecnología. Por lo que se refiere a la biotecnología humana, sus logros se están centrando en dos ámbitos de suma importancia para el ser humano; la salud (procedimientos diagnósticos y tratamientos) y la reproducción se halle o no está vinculada a problemas de salud (de la pareja o del futuro hijo).

No obstante, la elaboración de procedimientos y productos biotecnológicos y las investigaciones que la sustentan deben ser compatibles con la adopción de precauciones y medidas de seguridad en el manejo de la materia viva, más todavía como ésta ha sido objeto de modificaciones genéticas, cuyas interferencias en otros seres vivos, incluido el ser humano, son todavía impredecibles.

Del conjunto de intereses que pueden entrecruzarse en el complejo entramado de la biotecnología humana interesan en este estudio aquellos que guardan una relación más inmediata con algunos derechos fundamentales, en particular con los derechos a la vida y a la

---

\* Dr. iur., Dr. med. Catedrático de Derecho Penal. Director, Cátedra Interuniversitaria Fundación BBVA Diputación Foral de Bizkaia de Derecho y Genoma Humano, Universidad de Deusto y Universidad del País Vasco, Bilbao (España). E-mail: [cromeo@genomalaw.deusto.es](mailto:cromeo@genomalaw.deusto.es)

integridad física y moral, según vienen proclamados por algunos instrumentos jurídicos internacionales y por las constituciones de algunos Estados. En los ordenamientos jurídicos se reconoce la importancia de que gozan la vida y la integridad de las personas y -con ciertas limitaciones- de los no nacidos (el embrión in vitro y el embrión o feto de gestación) como bienes jurídicos esenciales, por cuya razón deben ser protegidos con la máxima intensidad, tarea que asume principalmente el Derecho Penal, en concreto frente a las agresiones más graves a las que puedan verse sometidos dichos bienes. Por otro lado, la dignidad de la persona, eje personalista sobre el pivotan y se modulan los derechos humanos y derechos fundamentales, también puede verse afectada en relación con el desarrollo de las biotecnologías (piénsese, p. ej., en las prácticas de cobayismo al realizar algunas investigaciones clínicas). Sin embargo, la cuestión que suscita mayor interés y al mismo tiempo complejidad consiste en detectar si pueden deducirse nuevos bienes jurídicos, tanto individuales como colectivos, pero en todo caso lo suficientemente relevantes y al mismo tiempo concretos como para que pueda apelarse a los instrumentos jurídico-penales, siempre como *ultima ratio*, para su protección.

Por otro lado, desde el punto de vista de una hipotética intervención del Derecho Penal como instrumento de control de prácticas desviadas de las biotecnologías, deben dejarse sentadas unas características de las mismas, pues pueden ser decisivas no sólo para valorar el sí y el cómo de dicha intervención normativa, sino también para explicarnos las manifestaciones punitivas con que ya contamos en el Derecho comparado.

En primer lugar, debe apuntarse la velocidad con que se producen descubrimientos y aplicaciones nuevas en este sector, lo que refleja tanto su dinamicidad, como la competitividad existente entre los diversos grupos de investigadores, pero también la perplejidad social que producen a la vista de que no pocas de esas novedades ponen a prueba la solidez de las percepciones y valoraciones sociales más extendidas. Esta perplejidad apunta también a la incapacidad de las propias construcciones jurídicas tradicionales para ofrecer, al menos en todos los casos, respuestas eficaces y/o tranquilizadoras.

En segundo lugar, las investigaciones que dan soporte a las novedades biotecnológicas no requieren infraestructuras ni medios materiales excepcionales, pues ni son muy costosos, ni difíciles de obtener; lo decisivo es la cualificación del investigador en el sector específico de que se trate, lo que significa que potencialmente estas actividades podrían realizarse en cualquier país, pues bastaría con que se instalase un grupo reducido de investigadores apoyado por un mínimo de infraestructuras y recursos, con independencia de la potencialidad investigadora que tuviera el país de acogida.

En tercer lugar, las peculiaridades culturales, en particular las tradiciones morales, religiosas y jurídicas, condicionan diferencias relevantes de unos Estados a otros al abordar jurídicamente estas materias. Sin embargo, al proyectarse sobre las biotecnologías valoraciones que no siempre encuentran un engarce sólido en principios axiológicos previos muy definidos, no es infrecuente que se produzcan cambios de percepción rápidos y que incluso los poderes públicos aporten respuestas miméticas importadas. Paradójicamente, estas divergencias culturales han venido coexistiendo en algunos Estados con la asunción de un pluralismo ideológico por parte de los ciudadanos, pluralismo que en algunos casos se ha encontrado con fuertes resistencias en algunos grupos ideológicos o religiosos para revisar determinadas valoraciones tradicionales -sobre todo las relacionadas con el respeto y protección que merece la vida humana en sus diversas manifestaciones- ante nuevos fenómenos o realidades, p. ej., en relación con momentos críticos del comienzo (así, el estatuto ético-jurídico del embrión in vitro) y el final de la vida humana (p. ej., la decisión sobre la suspensión de un tratamiento vital). Este cúmulo de divergencias axiológicas o de afrontar nuevas situaciones dificultaba encontrar puntos de encuentro sobre la aceptación o no de algunas novedades biotecnológicas.

Finalmente, debe subrayarse el papel uniformizador que han venido realizando desde hace décadas las construcciones sobre los derechos humanos, que siendo una creación propia de la cultura occidental, ha sido aceptada, de mejor o peor grado, por los pueblos de otras culturas. En lo que se refiere de forma específica a las biotecnologías, existen en este sentido recientes aportaciones que han de estimular ese proceso uniformizador, como son las

Declaraciones de la UNESCO sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos (1997) y sobre los datos Genéticos Humanos (2003) y el Convenio del Consejo de Europa sobre Derechos Humanos y Biomedicina (1997) y sus protocolos correspondientes. En cierto sentido, estos instrumentos jurídicos han contribuido también a la globalización de la bioética. Resulta llamativo a este respecto que no pocos países que no cuentan con una tradición cultural sobre estas materias ni figuran en la vanguardia de las investigaciones biomédicas hayan adoptado con fervor medidas jurídicas dirigidas, por ejemplo, a proclamar el consentimiento informado como derecho básico de los pacientes o que se hayan apresurado a prohibir la clonación humana reproductiva (p. ej., Perú, Vietnam y China, aunque este último país, sin embargo, se ha apresurado en autorizar la llamada clonación "terapéutica").

En efecto, el Derecho Internacional ha fomentado una perspectiva transcultural en relación con la biotecnología humana. Esta perspectiva transcultural se ha visto favorecida probablemente por la concurrencia de varios factores:

a) En los derechos estatales faltaban referentes éticos y culturales de clara e indiscutible aplicación a los nuevos retos que plantea la biotecnología humana. Significa esto que existen algunos valores (derechos humanos, bienes jurídicos) relacionados con la biotecnología humana que han merecido reconocimiento universal con más facilidad que otros derechos, llamemos más tradicionales (civiles y políticos, relativos a grupos sociales), elaborados con anterioridad, los cuales no siempre han encontrado una correspondencia con ciertas concepciones culturales y éticas de algunas comunidades humanas.

b) El surgimiento y el desarrollo inicial del Derecho de las biotecnologías se ha manifestado por lo general como un "softlaw", o derecho no coactivo y sin consecuencias jurídicas fuertes. Probablemente, la excepción más marcada a esta tendencia se refiere a la biotecnología humana, respecto a la cual se han introducido en el Derecho comparado diversos delitos cuyas penas son por lo general muy elevadas (p. ej., en relación con la clonación humana reproductiva).

c) Las materias propias de la biotecnología humana que han sido objeto del Derecho Internacional no comprometen la soberanía de los Estados.

Los anteriores factores no sólo han facilitado el desarrollo transcultural de algunos principios bioéticos, sino, incluso, a falta de esa integración transcultural, también un proceso de globalización de la Bioética.

## 1.2 Las bases para un Derecho de la Biotecnología transcultural

Se han realizado esfuerzos por establecer una ética transcultural evitando al mismo tiempo la imposición de una ética determinada dominante sobre las demás (p. ej., la ética occidental, de base cristiana). Este objetivo está adquiriendo un creciente interés, dados los acelerados procesos de globalización económica, tecnológica y sobre los riesgos a los que se está viendo sometida la humanidad, incluyendo las dimensiones éticas y jurídicas y, en particular la Bioética. En esta dirección, la UNESCO ha tomado la iniciativa de elaborar y aprobar una "Declaración sobre normas universales de Bioética", donde posiblemente se incluirán aspectos relevantes de la genética y de la biotecnología humana. Por consiguiente, encontrar los fundamentos de una ética transcultural es una tarea inaplazable, sobre todo si tenemos presente que otros intentos recientes en el sector de la biotecnología humana no han tenido el éxito deseado, como ha ocurrido, por el momento, con los trabajos de las Naciones Unidas para aprobar en Convenio que prohíba la clonación humana reproductiva humana y la llamada clonación terapéutica. En efecto, mientras que la clonación reproductiva ha merecido un llamativo acuerdo casi universal sobre su prohibición, sin tener en cuenta que podría haber algunos supuestos cuya ilegitimidad no es tan evidente (p. ej., si cuando fuera una técnica realmente segura se recurriera a ella con el fin de combatir la infertilidad de una pareja o con el fin de prevenir la transmisión de enfermedades hereditarias a la descendencia), la clonación "terapéutica" se enfrenta a concepciones culturales irreconciliablemente opuestas sobre el respeto y protección de la vida humana en su comienzo y a la presión de la comunidad científica.

Se ha advertido que esta tarea de construir una Bioética y un Derecho de la biotecnología transculturales con aceptación universal comporta el riesgo de caer en un imperialismo cultural, que podría derivarse del hecho constatado a lo largo de la historia de que toda sociedad tiende a imponer sus fundamentos culturales -y sus principios éticos- a las demás<sup>1</sup>. Pero se ha señalado también que debe evitarse el riesgo contrario de caer en un particularismo o comunitarismo, expresiones con las que se quiere aludir a que en realidad los individuos se hallan condicionados en su formación cultural por la comunidad y el entorno social en los que se encuentra, más allá de principios abstractos. Por otro lado, la renuncia a una cierta universalización implica también el riesgo no deseable de quedarnos en un relativismo, de modo que no se podrían identificar no construir valores y principios de aceptación universal.

De entre las diversas hipótesis que se han manejado para fundamentar esta ética y Derecho transcultural<sup>2</sup>, sobre las que no puedo detenerme en esta exposición, querría destacar aquélla que sostiene que una ética transcultural para que fuera asumible debería tomar como punto de partida los elementos o denominadores éticos comunes a las diversas culturas presentes en el planeta.

Algunos han querido encontrar este punto mínimo común en el principio de reciprocidad. En efecto, para Singer el principio de reciprocidad debería ser la "regla de oro", que puede encontrarse con diversas formulaciones en todas las culturas, presentes e históricas, y religiones<sup>3</sup>. Sin embargo, ni en la historia (p. ej., en la doctrina de Jesucristo, quien predica hacer el bien a quien nos hace el mal, cuando exhorta a poner la otra mejilla para que sea también abofeteada) ni en algunas corrientes fundamentalistas actuales (p. ej., movimientos radicales de inspiración religiosa, como reconoce el propio Singer) puede apreciarse su aceptación o su respeto. Además,

<sup>1</sup>Singer, *Un solo mundo. La ética de la globalización*, ed. Paidós, Barcelona, 2003, p. 153.

<sup>2</sup>Vallespín, *El problema de la fundamentación de una Ética Global*, en Serrano (ed.), "Ética y globalización. Cosmopolitismo, responsabilidad y diferencia en un mundo global", Ed. Biblioteca Nueva, Madrid, 2004, p. 111 y ss.

<sup>3</sup>Singer, *Un solo mundo. La ética de la globalización*, p. 154 y s.

este principio como aglutinador de una ética universal parece muy pobre -aunque ciertamente todavía mantiene su interés en los tiempos actuales-, a la vista de las riquezas culturales alcanzadas por nuestra civilización, en las cuales se pueden apreciar diversos aspectos compartidos.

Por otro lado, la teoría de los derechos humanos cuenta con un trasfondo ético de gran calado y de un valor susceptible de universalización innegable, a la vista de la aceptación internacional que han alcanzado los derechos humanos en el Derecho Internacional, gozando ya algunos de ellos de una universalidad no discutida. Sin embargo, la construcción que se ha desarrollado de los derechos humanos tiene en su contra que supone una exaltación del individuo propia de la cultura occidental, frente a las cosmovisiones colectivas de otras culturas (así, por lo general las de Extremo Oriente y en algunas zonas de África), que con un enfoque holístico sostienen que la creación de una armonía en la comunidad es posible partiendo de las obligaciones que ésta contrae para con sus miembros; es desde la perspectiva de los deberes de la comunidad y para con ella como se conseguirá el respeto de sus miembros.

Sea como fuere, y sin poder profundizar tampoco en tan sugestivo debate, lo cierto es que debe aprovecharse la aceptación universal de la que han gozado los derechos humanos y tomarlos prudentemente como punto de referencia para identificar, asumir y compartir universalmente un conjunto de valores éticos juridificados. Además, dado que los derechos humanos no son estáticos, ni aspiran a crear un universo cerrado, sino que, por el contrario, se hallan en constante evolución, acogiendo nuevos derechos en función de las necesidades humanas, constituyen un instrumento muy apreciable para la configuración de nuevos derechos en el contexto de la genética y de las biotecnologías.

Por lo que se refiere en concreto a estas materias y de forma más genérica a la Biomedicina, en las Declaraciones de la UNESCO y en los trabajos e instrumentos jurídicos del Consejo de Europa encontramos ya el núcleo de un conjunto de valores compartidos que han cristalizado en nuevos o renovados derechos humanos. Especialmente en las Declaraciones de la UNESCO se aprecia

también un deslizamiento muy elogiado hacia perspectivas más colectivas de los derechos humanos, como ocurre en la sensibilidad por proteger los intereses de las generaciones futuras (Declaración sobre las responsabilidades de las generaciones actuales para con las generaciones futuras, 1997) y con la solidaridad entre los pueblos (Declaración Universal sobre el genoma humano y los derechos humanos, 1997).

Por consiguiente, y aunque ahora sólo puedan ser meramente enumerados, el reto de nuestro tiempo es que la globalización ética se produzca en un marco de transculturalidad que acoja la aceptación universal de ciertos valores y derechos compartidos que puedan dar las respuestas que exigen los restos de un mundo globalizado. Para proseguir por este camino es preciso saber conjugar la dimensión individual con la colectiva de los principios y derechos que deberían constituirse o reforzarse como instrumental axiológico y de convivencia para las próximas décadas.

Aunque la lista sería interminable, voy a limitarme a mencionar a aquellos que considero imprescindibles para la dimensión de la globalización. Prescindiré, por consiguiente, de la referencia a determinados derechos civiles y políticos, incluso sociales, reconocidos por Declaraciones o Tratados universales, pero también de aquéllos que más específicamente constituyen el núcleo de los derechos relacionados con la biotecnología, como son que el genoma humano es un patrimonio común de la humanidad, los derechos a la integridad y a la identidad genética, todos ellos como características de la especie, así como el derecho a la protección de los datos genéticos personales, etc. Estos derechos han merecido reconocimiento incluso en las constituciones políticas de algún Estado (así, Suiza, Portugal y Grecia).

Entiendo que constituyen la base mínima irrenunciable de nuestra civilización los principios de responsabilidad (Jonas), solidaridad, justicia (Rawls), equidad, tolerancia (Arthur Kaufmann), no discriminación y responsabilidad hacia las generaciones futuras. Estos principios o derechos tienen el valor añadido de que presentan dimensiones tanto individuales como colectivas. De todos modos, en esta exposición no voy a diseccionar el contenido de cada uno de

ellos, bien por ser ya muy conocidos o, por el contrario, porque presentan una complejidad tan profunda que merecen cada uno de ellos un estudio monográfico.

A pesar de su importancia, debemos ser conscientes de que son principios o derechos que no siempre son compartidos por todas las culturas, y que incluso en la cultura occidental apenas si se están abriendo camino alguno de ellos, al menos como normas jurídicas. Sin embargo, la imparable extensión y profundización del fenómeno de la globalización requiere buscar contra pesos y equilibrios frente a los gravísimos riesgos que podrán derivarse de omnímodas fuentes de poder no controlables por los Estados ni por la Comunidad Internacional con sus recursos actuales. Precisamente la biotecnología constituye una de las más atractivas tentaciones para pretender sobrepasar cualquier límite, cualquier control y los derechos humanos, pueden ser un instrumento adecuado para ello, al menos como un primer paso.

He dejado para una breve reflexión aparte la dignidad de la persona. No cabe duda de su origen occidental, como seña de identidad del pensamiento kantiano y que, sin perjuicio de que pueda ofrecer alguna perspectiva colectiva (así, en relación con la dignidad de los pueblos), constituye el paradigma del protagonismo del valor superior del individuo en la vida colectiva. Es indudable que ha ido ganando aceptación ya casi como un principio universal, sin que por lo general se considere que sea un derecho fundamental<sup>4</sup>, sino una calidad inherente al ser humano que se proyecta jurídicamente sobre los concretos derechos fundamentales. Su relevancia como límite y dique contra los potenciales abusos de la biotecnología en el ser humano es de primer orden<sup>5</sup>, al comportar la prohibición de utilizar al ser humano cualquier ser humano- como instrumento y no como un fin en sí mismo. Por desgracia, el recurso a la dignidad de la persona ha sido no pocas veces excesivamente frecuente y abusivo en relación con numerosos avances de las ciencias biomédicas,

<sup>4</sup>Cfr., no obstante, la Constitución alemana califica la dignidad humana como un derecho fundamental (art. 1º).

<sup>5</sup>Cortina, *Una ética transnacional de la corresponsabilidad*, en Serrano (ed), "Ética y globalización", p. 29.

utilizándolo contra ellos como argumento de autoridad. Con este proceder se ha eludido el diálogo y la posibilidad de facilitar puntos de encuentro y de consenso. A pesar de esta servidumbre, considero que debe profundizarse en el concepto y en el contenido de la dignidad de la persona humana, pues pienso que todavía pueden ser muy ricas sus aportaciones en el campo de biotecnología humana, siempre que se utilice con ponderación y lealtad a su sentido verdadero.

## 2. La fundación del Derecho Penal ante los nuevos riesgos biotecnológicos

De todos modos, se ha puesto en duda la conveniencia e, incluso, la eficacia misma del recurso del Derecho Penal para hacer frente a los comportamientos indeseables socialmente que pueden derivarse de las biotecnologías. Esta discusión habría que situarla en otra más amplia en la que se discute la legitimidad de la intervención del Derecho Penal para hacer frente a los nuevos peligros y riesgos vinculados con actividades más complejas en la vida social<sup>6</sup>: la actividad económica y financiera, que se ampara en organizaciones criminales opacas en las cuales es imposible determinar las personas físicas responsables; las actividades industriales y biotecnológicas, con sus aparentemente imprevisibles riesgos para la vida y la salud humana y el medio ambiente; la expansión de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación, etc.

<sup>6</sup>Denuncia la inoperatividad del Derecho Penal en relación con las nuevas manifestaciones de la criminalidad, propugnando la permanencia de un derecho Penal "nuclear", y proponiendo para aquélla una tercera vía, menos garantista pero también de consecuencias jurídicas menos graves, la llamada "Escuela de Frankfurt". Así Hassemer, *Kennzeichen und Krisen des modernes Strafrechts*, en "Zeitschrift für Rechtspolitik", 1992, p. 378 y ss.; el mismo, *Perspektiven einer neuen Kriminalpolitik*, en "Strafen in Rechtsstaat", Bden-Baden, 2000, p. 271; Herzog, *Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinvorsorge*, Heidelberg, 1991; Prittwitz, *Strafrecht und Risiko. Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft*, Frankfurt am Main, 1993; Así como algunos trabajos de la obra editada por Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt, *la insostenible situación del Derecho Penal*, Ed. Comares, Granada, 2000.

La percepción de que en relación con muchas de estas actividades es difícil perfilar bienes jurídicos concretos, los cuales presentarían unos contornos más vagos o imprecisos, en especial si son de carácter colectivo (bienes jurídicos difusos); de que lo que se pretende es prevenir conductas de mero e indeterminado riesgo y no de lesión para los bienes jurídicos, alejando así al Derecho Penal del principio de lesividad; de que en realidad se ha convertido así un Derecho Penal de mera gestión punitiva de riesgos generales, y en esa medida, se habría "administrativizado"<sup>7</sup>, pues estas funciones corresponderían al Derecho Administrativo. Todo ello ha dado lugar a que se haya rechazado que el Derecho Penal sea el instrumento adecuado para prevenir los nuevos riesgos a los que se están viendo sometidas las sociedades postmodernas. Con esta forma de proceder el Derecho Penal carecería de efectividad preventiva, quedaría relegado a una mera función simbólica y perdería con ellos su legitimidad<sup>8</sup>.

Este discurso despenalizador insiste en que los caminos que hay que transitar en los sectores indicados más arriba -por consiguiente, también en la biotecnología humana- son muy diferentes: controles sociales, formales y no formales, de muy diversa naturaleza y recursos jurídicos vinculados fundamentalmente al Derecho Administrativo, de modo que quedaría un espacio muy angosto para el Derecho Penal, incluso ninguno, para las posiciones más firmes.

A continuación voy a ocuparme, brevemente también, de cómo han influido en el legislador los procesos recientes de transculturalidad y globalización; de si las anteriores críticas son asumibles en relación con la intervención del Derecho Penal para prevenir determinados comportamientos vinculados específicamente con las biotecnologías y, a partir de ahí, de los instrumentos jurídicos de protección así como de las reacciones jurídicas que ofrece o debería ofrecer el ordenamiento jurídico, recapitulando al mismo

<sup>7</sup> Silva Sánchez, *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Civitas, Madrid, 1999, P 100.

<sup>8</sup> Sobre esta discusión en la actualidad, véase ampliamente Arroyo Zapatero, Neumann, Nieto Martín (Coorde.), *Crítica y justificación del Derecho Penal en el cambio de siglo*. Ediciones de la Universidad Castilla - La Mancha, Cuenca, 2003.

tiempo los bienes jurídicos que constituyen lo nuevo en relación con la ingeniería genética y la biotecnología humanas.

### **2.1 La posibilidad de satisfacer una función preventiva por parte del Derecho Penal en relación con la biotecnología humana**

La valoración de la oportunidad de la intervención del Derecho Penal (merecimiento y necesidad de pena) en el ámbito de la biotecnología humana y, sobre todo, de si puede cumplir realmente una función preventiva eficaz, no se limita a las dificultades que comparte con otras actividades propias de la sociedad postindustrial, como son la identificación de los bienes jurídicos que pueden verse afectados de la forma más precisa posible; el problema tampoco radica tan sólo en la descripción practicable de los comportamientos punibles que habrían de incorporarse al tipo penal correspondiente y la idoneidad de los procedimientos tradicionales de imputación en estos nuevos ámbitos. En relación con las biotecnologías se añade un problema específico, nada relevante por lo demás.

En efecto, numerosas manipulaciones genéticas que describe la literatura científica se admiten como posibles desde una perspectiva teórica o hipotética, pero todavía no son técnicamente realizables<sup>9</sup>, lo que suscita la cuestión de si esa función preventiva debe adelantarse incluso a la manifestación misma de tales hechos. Esta peculiaridad puede ser origen de una posible objeción a la intervención del Derecho Penal en este ámbito, creando "tipos penales dirigidos al futuro", cuyo peso no es pernitante obviar, puesto que supone la incriminación de conductas que en el momento de la promulgación de la ley no son susceptibles de realización.

¿Cómo puede prevenirse la realización de una acción que es irrealizable *per se*, podría objetarse? ¿No es el ejemplo más evidente de ineficiencia del Derecho Penal, de aportar una respuesta sustitutiva -p. ej., para tranquilizar a la sociedad ante las percepciones

<sup>9</sup>Sobre lo que sigue, v. Romeo Casabona, *Del Gen al Derecho*, Serv. Publicaciones Universidad Externado de Colombia, Santafé de Bogotá, 1996, p. 431 y ss.; *Límites penales de la manipulación genética*, p. 184 y ss.

de temor que pueden suscitar las biotecnologías- a un problema que *tal vez* pueda plantearse en el futuro?

A la vista de lo anterior la cuestión controvertida se refiere pues así el Derecho Penal no quedará supeditado a cumplir tan sólo una mera función simbólica antes que preventiva<sup>10</sup>, renunciando de este modo a su efectividad, con la consecuencia de la pérdida de la confianza de los ciudadanos en su función protectora y de que carezca de legitimidad. En efecto, se ha señalado que si bien de modo inmediato "la legislación simbólica, con su estigmatización de la conducta correspondiente y la cuantificación del bien de que se trate, constituye a demás una manifestación especialmente clara de un Derecho Penal de connotación "educativa" o "ético-social"... puede considerarse ya que las deposiciones con una exclusiva función simbólica son ilegítimas y deben desterrarse del Ordenamiento jurídico", pues en aquéllas se hallan ausentes las funciones preventivas que habrían de legitimarlo<sup>11</sup>.

También ha sido objetivo de crítica el recurso a la sanción penal de estas conductas, en este caso por su falta de eficacia, por la previsible circunstancia -se apunta como argumento- de que la realización de tales conductas no va a ser descubiertas por lo general y en consecuencia no podrán ser perseguidas judicialmente, dado que los potenciales autores pertenecen a la comunidad científica y los hechos van a quedar resguardados en la reserva de los laboratorios.

### **2.2 Derecho Penal preventivo y Derecho Penal simbólico**

Debe aceptarse como punto de partida que el Derecho Penal comporta siempre un contenido y proyección simbólicos, al expresar el rechazo y desaprobación social que merecen las conductas incluidas en la ley como delito. Incluso no me parece objetable la función educativa y ético-social del Derecho Penal que se le vincula

<sup>10</sup>Díez Ripollés, *El Derecho Penal simbólico y los efectos de la pena*, en "Actualidad Penal", 2001, p. 16 y ss.

<sup>11</sup>En este sentido, Silva Sánchez, *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, J.M. Bosch, Barcelona, 1992, p. 306.

como parte de su efecto simbólico<sup>12</sup>. Al contrario, éste es un efecto que irradia de la propia norma penal, en su vertiente de norma de valoración (positiva, en relación con los bienes jurídicos objeto de protección; negativa, en relación con las conductas que pueden atentar contra aquéllos, al haber sido tipificadas penalmente), sin que por ello se abandone o se pierda su faceta primaria preventiva, pues es un procedimiento de promoción de acciones de respeto a los bienes jurídicos y por ello no se aleja de la función del Derecho Penal concebida todavía en lo esencial como de protección de bienes jurídicos<sup>13</sup>.

También es cierto que no debe ser esta la única o principal función del Derecho Penal, de modo que el legislador sienta cumplida su misión con la sola configuración y aprobación de nuevos tipos penales, a pesar de la conciencia de la inoperatividad e ineficacia de la ley penal. Su tarea principal consiste en prevenir los más graves ataques a bienes jurídicos de relevante valoración social, incluso aunque éstos aparentemente queden relegados a un segundo plano, como ocurre con los delitos de peligro abstracto o de acción peligrosa, en los cuales la protección de aquéllos es la *ratio legis*, pero en los que la adecuación de la acción al tipo no requiere ni la lesión ni la puesta en peligro de los mismo<sup>14</sup>. Como ha señalado acertadamente Hassemer, la cuestión que se plantea en realidad no es si el Derecho Penal ha de tener o no efectos simbólicos, sino hasta dónde es aceptable que lleguen tales efectos<sup>15</sup>. "Simbólico, en sentido crítico es por consiguiente un derecho penal en el cual las funciones latentes predominan sobre las manifiestas: del cual puede esperarse que realice a través de la norma y su aplicación otros objetivos, fuera de los descritos en ella"<sup>16</sup>. Dicho de otro modo,

<sup>12</sup> Recuérdense a este respecto las objeciones recogidas más arriba por Silva Sánchez, *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, 1992, p. 306.

<sup>13</sup> Cerezo Mir, *Curso de Derecho Penal Español. Parte General I*, 5ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, 1996, p. 15; Roxin, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, I, 3. Aufl., C. H. Beck, München, 1997, p. 19 y s.

<sup>14</sup> Roxin, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, I, p. 19.

<sup>15</sup> En este sentido Hassemer, *Derecho Penal simbólico y protección de bienes jurídicos* (trad. Larrauri), "Nuevo Foro Penal", no 51, 1991, p. 17 y ss. (23 y s.)

<sup>16</sup> Hassemer, *Derecho Penal simbólico y protección de bienes jurídicos*, p. 24.

únicamente nos encontraremos ante unos efectos simbólicos rechazables cuando dominen en la intervención penal otros efectos no confesados o no advertidos conscientemente por el legislador distintos a los preventivos de protección de bienes jurídicos frente a determinadas agresiones.

Por consiguiente, la pregunta es si en el ámbito de las biotecnologías es posible construir nuevas figuras delictivas a través de las cuales el Derecho Penal pueda satisfacer razonablemente su función preventiva, sin que se superponga de forma predominante otros aspectos o intereses "simbólicos". Desde luego, es preciso diferenciar dos planos para obtener respuestas aceptables a la anterior pregunta. En primer lugar, debe resolverse desde el estudio de la propuesta de reforma legislativa (perspectiva *de lege ferenda*), a la vista de la política criminal que se haya asumido previamente en relación con las biotecnologías, si realmente es posible cumplir la función manifiesta de proteger bienes jurídicos, lo que comporta la identificación de los mismos y de las conductas idóneas para lesionarlos. En segundo lugar, deben contrastarse las conclusiones que se obtengan de las anteriores reflexiones con las plasmaciones legislativas reales de estos delitos que nos ofrece el Derecho comparado, lo que permitirá comprobar si el escepticismo que pueda existir sobre la eficacia del Derecho Penal en relación con las biotecnologías reside más bien en un defectuoso abordaje por parte del legislador (perspectiva *de lege lata*). Con tal propósito se presentan asimismo más abajo los aspectos que son relevantes sobre las pautas para la intervención del Derecho Penal y el diseño de algunos bienes jurídicos.

### 2.3 La satisfacción razonable de la función preventiva del Derecho Penal en relación con la biotecnología humana

Puede en efecto asumirse, sin que ello comporte en principio motivo alguno de objeción la vertiente simbólica del Derecho Penal se acrecienta considerablemente con la introducción de delitos como los relacionados con la biotecnología humana, la novedad para el Derecho Penal radica precisamente en que se trata de conductas todavía no realizables en todos los casos, pero que el legislador ha identificado como especialmente graves en el futuro. A este respecto

indica con cierto Mantovani que corresponde al jurista no sólo racionalizar el presente, sino también programar el futuro, puesto que el acelerado progreso de la biomedicina tiende siempre a transformar el "futurible" en "futuro" y el "futuro" en "presente"<sup>17</sup>. Siendo acertado el diagnóstico en esta materia de la Biomedicina, y estar justificada entonces la ponderación del recurso a los instrumentos jurídicos, incluidos los penales, en problema radica en saber anticipar qué acontecimientos científicos que se adivinan como posibles van a experimentar una evolución en esa dirección y a partir de qué estado del avance científico deberá intervenir entonces el Derecho Penal.

El Derecho Penal no se limita a irradiar ese efecto en relación con las biotecnologías, pues no está desprovisto de un relativa y razonablemente importante significado preventivo<sup>18</sup>, en cuanto se incriminan conductas especialmente graves y peligrosas para bienes jurídicos especialmente importantes, y la potencialidad efectiva de que dichas conductas sean practicables en el futuro es asimismo razonablemente previsible, potencialidad de que indudablemente constituye un mínimo irrenunciable para que la intervención punitiva esté legitimada. Por consiguiente, no es descartable en cuanto tal la creación de delitos dirigidos al futuro. Esta afirmación es compatible con la observación de que por la propia naturaleza de estas técnicas al Derecho Penal corresponde en este sector una función más modesta o limitada<sup>19</sup>, sobre todo en comparación con las funciones de control preventivo que atañen a diversos agentes sociales, en particular a través del Derecho Administrativo, sin olvidar la utilidad multidimensional que puede extraerse del principio de precaución<sup>20</sup>.

<sup>17</sup> Mantovani, *Manipolazioni Genetiche*, en "Digesto", Vol. VII, Penale, 40 ed., UTET, Torino, 1993, p. 6.

<sup>18</sup> Luzón Peña, *Función simbólica del derecho penal y delitos relativos a la manipulación genética*, en Romeo Casabona (Ed.), "Genética y Derecho Penal", Cátedra Interuniversitaria de Derecho y Genoma Humano Fundación BBVA- Diputación Foral de Bizkaia y Editorial Comares, Bilbao - Granada, 2001, p. 49 y ss.

<sup>19</sup> Roxin, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, I*, p. 22.

<sup>20</sup> V. Romeo Casabona, *Aportaciones del principio de precaución al Derecho Penal*, en "Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho Penal y en Criminología", Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 2001, p. 77 y ss.; Romeo Casabona (Ed.), *El principio de precaución*, Cátedra Interuniversitaria Fundación

Recuérdese a este respecto que la Asociación Internacional de Derecho Penal llegó a la conclusión en su Congreso celebrado en Viena en 1989 sobre la conveniencia de introducir algunos delitos relativos a la manipulación genética y la clonación reproductiva<sup>21</sup>, en un momento en el que ni siquiera la comunidad científica se planteaba como practicable sobre mamíferos la técnica que unos años más tarde dio lugar al nacimiento de la oveja Dolly (la transferencia del núcleo de una célula somática a un óvulo previamente enucleado). En relación con otros delitos más tradicionales que no son cometidos nunca o lo son muy raramente, no se duda (como ocurre, p. ej., con los delitos contra la seguridad exterior del Estado, cuya comisión, no obstante, sí es hipotéticamente posible), sin embargo, de la importante tarea preventiva que corresponde al Derecho Penal.

En cuanto a la afirmación relativa a la impunidad de que gozarán los autores de estos hechos en virtud de su desconocimiento mismo por parte de las autoridades competentes para su detección y persecución, de lata el escaso conocimiento de cómo se desenvuelven los científicos del sector, que se hallan presionados para dar a la luz pública los logros de sus trabajos antes de que otros científicos se les adelanten, y que de estos resultados puede depender que adquieran notoriedad, reconocimiento y con ello prestigio y la posibilidad de obtener apoyos para poder continuar con sus investigaciones. Si bien es posible que los pasos previos de la investigación resulten desconocidos (p. ej., manipulando gametos o, incluso, embriones humanos obtenidos in vitro), no es razonable pensar que los resultados vayan a permanecer para siempre encerrados en la más absoluta ocultación, pues en los resultados se encuentra la prueba más fehaciente del "éxito" científico logrado.

He aquí, en conclusión, la advertencia que dirige el Derecho Penal, de que en adelante las investigaciones o, más correctamente, determinadas aplicaciones biotecnológicas fruto de la investigación,

BBVA -Diputación Foral de Bizkaia y Genoma Humano y Editorial Comares, Bilbao - Granada, (en prensa).

<sup>21</sup> V. AIDP, *Droit Pénal et techniques biomédicales modernes*, en "Revue de Droit Pénal et de Criminologie", 1988.

no deben discurrir en una determinada dirección o con ciertos propósitos, sin que ello signifique una criminalización general de la investigación en este sector, pues encuentra su marco adecuado -de licitud, para ser más exactos- en el conjunto del ordenamiento jurídico y en particular en las disposiciones normativas no penales que la regulen específicamente <sup>22</sup>.

La clonación humana reproductiva ofrece un claro ejemplo de eficacia preventiva -al menos aparente-, dado que tanto su prohibición penal como su rechazo institucional y social generalizado han provocado que quienes afirman que están en condiciones técnicas de practicarla en el ser humano, habiendo sostenido incluso haber utilizado ya con éxito esta técnica, ocultan los verdaderos hechos que pretenden realizar o haber realizado y siempre señalan como lugar de su ejecución un territorio inmune a cualquier forma de persecución (por el momento y a la vista de las importantes dificultades técnicas que presenta la clonación en el ser humano, más que de una infracción de este tenor, quienes se auto proclaman como autores estarían probablemente cometiendo un delito de estafa, que tendrían como sujetos pasivos a sus crédulos benefactores y posibles clientes).

Desde una perspectiva global no parece que la vista de los delitos introducidos por los legisladores de los países más representativos se hayan vulnerado las exigencias mínimas de intervención del Derecho Penal, al menos no lo ha sido de forma relevante. De todos modos, el derecho comparado nos ofrece ejemplos en los que se aprecia una falta de rigor censurable por parte de los legisladores, evidenciando, así no sólo el más absoluto desconocimiento del trasfondo científico de los hechos que han sido objeto de persecución penal, sino al mismo tiempo una carencia de la mínima técnica legislativa, habiendo prescindido de las más elementales reglas que dicha técnica exige.

<sup>22</sup> Así, en el Derecho Español, el art. 20 de la Constitución, y las Leyes 35/1988 - reformada por la Ley 15/2003- y 42/1988, sobre técnicas de reproducción asistida, y sobre la utilización de embriones y fetos humanos, de sus células, tejidos u órganos, respectivamente.

Así, en ocasiones se ha rebasado palmariamente el límite de mínima intervención: en Alemania (Ley de 1990), Brasil (Ley de 1995) y Francia (Ley de 1994), en cuyas leyes se ha introducido figuras delictivas relacionadas con estas materias. Queda al margen de esta valoración la enorme amplitud comprensiva al que obliga el principio de la defectuosa redacción de algunos tipos penales, como ocurre con los delitos de manipulación genética en sentido estricto del CP español o el de clonación reproductiva del CP peruano, de lo que me ocuparé más bajo. Por el contrario, los mismos objetivos políticos-criminales que presumiblemente han llevado a los legisladores de diversos países a introducir estos delitos que tenían que haberles conducido a la incorporación como delitos de algunas conductas que continúan relegadas como infracciones administrativas o que no constituyen ilícito alguno.

Pero también de esta cuestión nos ocuparemos en el epígrafe siguiente.

### 3. Derecho Penal simbólico y técnicas de tipificación Penal

Si bien hemos llagado a la conclusión de que el Derecho Penal preventivo es compatible con la punición de algunas conductas relacionadas con las manipulaciones genéticas en el ser humano cuya represión va a ser difícil y que incluso puede llegarse a la incriminación de hechos que ni siquiera son todavía realizables, pero que con toda probabilidad lo serán en el futuro, la respuesta definitiva a favor o en contra de la existencia de estos delitos queda pendiente de la valoración de cómo los plasme el legislador en el texto legal. Quiero referirme con esta observación -y lo haré brevemente- a las técnicas legislativas de tipificación, asunto cuyo estudio ha sido poco explorado por la doctrina y apenas apreciado por el legislador y por el prelegislador<sup>23</sup>.

<sup>23</sup> Se ocupan de esta cuestión desde perspectivas e intereses diferentes, Díez Ripollés, *La racionalidad de las leyes penales*, Trotta, Madrid, 2003; Sánchez Lázaro, *¿Cómo se elabora una propuesta de lege ferenda? Reflexiones sobre la formulación de los preceptos jurídico-penales. Primera parte. Tipicidad (en prensa)*.

A pesar de las dificultades que pueda entrañar la configuración de nuevos delitos en el ámbito de las biotecnologías, el legislador no puede renunciar a proceder con la máxima escrupulosidad. Precisamente, la espectacularidad y la alarma que producen en la opinión pública el mero anuncio de algunas conductas relacionadas con la biotecnología ha provocado en más de una ocasión que el legislador haya reaccionado de forma inmediata, en ocasiones sin saber qué es lo que debía prohibir y sancionar, sin percibir -ni tal vez preguntarse- cuál podría ser el interés -bien jurídico- por el que había que velar, y conformándose con tranquilizar a la comunidad (efecto simbólico del Derecho Penal en su acepción más estricta).

La efectividad preventiva de estos delitos, su justificación político-criminal y que pueda tacharse o no a los mismos por su efecto meramente simbólico dependerá, en último extremo, de que se hayan satisfecho correctamente en su tipificación unas premisas de técnica legislativa.

En consecuencia, el legislador deberá ajustarse a una serie de principios, que enumero brevemente a continuación.

### **3.1. Identificación o configuración de un bien jurídico digno de tutela penal**

El bien o bienes jurídicos que se desean proteger han de haber sido identificados previamente con toda nitidez. Esta tarea es imprescindible, pues constituye el único modo de establecer qué es lo que se quiere proteger y la tipificación oportuna habrá de entender a este objetivo en el momento de describir las conductas que se pretendan prohibir: sólo cuando aquél aparece configurado es posible prever qué conductas pueden presentar un contenido material de peligro para el mismo. Puede sostenerse sin incurrir exageración que la configuración de bienes jurídicos lo suficientemente concretos y perfilados, como encarnación de valores sociales asumidos en un momento histórico determinado, es uno de los principales retos a los que se enfrenta el Derecho en la actualidad. Del éxito o fracaso de este objetivo dependerá a su vez en gran medida el éxito o fracaso del Derecho como instrumento regulador de la biotecnología y proyector en relación con ella, en su caso.

Al mismo tiempo es preciso identificar la titularidad, individual o supraindividual, de esos bienes jurídicos.

Consecuencia de la determinación del bien jurídico será la de la identificación de los demás delitos que comparten la protección del mismo o semejante bien jurídico y paralelamente la ubicación sistemática del nuevo delito, que deberá agruparse con aquellos con los que comparte esa identidad o proximidad de bienes jurídicos, sin perjuicio de lo que se dirá más adelante sobre la convivencia de incluir estos delitos en leyes penales especiales. Aún en el caso de que no fuere posible encontrar un cierto parentesco de estas características se podrá atender a la titularidad del bien jurídico como criterio complementario para esta ubicación en el texto legal.

La defectuosa ubicación de los delitos, agrupados en un mismo título, a pesar de poder identificarse bienes jurídicos diversos, se encuentra en el CP español de 1995: junto a la integridad genética (art. 159), encontramos la seguridad del Estado frente a la producción de armas biológicas por medio de la ingeniería genética (art. 160), pasando por la libertad procreativa en relación con el delito de utilización de técnicas de reproducción asistida no consentidas (art. 162). Tampoco parecía acertada la previsión del *Schema di Delega Legislativa* de 1992 para un nuevo CP en Italia, de incluir un Título bajo la rubricada de "Delitos contra la dignidad humana", donde figuraban los delitos de manipulación genética, pues aparte de que se agrupaban delitos muy heterogéneos desde otra forma de entender los diversos bienes jurídicos afectados, la dignidad humana como bien jurídico autónomo adolece de una excesiva inconcreción y amplitud.

### **3.2. Acotación del objeto material de la acción**

Ha de ser fijado asimismo el objeto material de la acción, con el fin de acotar mejor las modalidades diversas que puede presentar la acción objeto de tipificación penal.

El objeto material de la acción no está bien definido en el delito relativo a la manipulación genética del CP español (art. 159.1: "serán castigados... los que, con finalidad distinta a la eliminación o

disminución de taras o enfermedades graves, manipulen genes humanos de manera que se altere el genotipo"). ¿A qué genes humanos se refiere, esto es, sobre que genes humanos ha de recaer la acción típica ¿A quién pertenecen esos genes?

### 3.3. Selección de las conductas con merecimiento de pena

Debe, asimismo, procederse la selección de las conductas con mayor potencialidad lesiva para esos bienes jurídicos. En efecto, el desconocimiento que suele existir sobre los hechos relacionados con la biotecnología puede generar con mayor facilidad una confusión sobre las características y potencialidades de esos hechos, lo que puede dar lugar a que se exagere la importancia lesiva de unos o a que se menosprecie la peligrosidad intrínseca de otros y a que no se evalúe con corrección la posibilidad real de que ciertos hechos sean técnicamente practicables en un futuro no muy lejano.

Por otro lado, es necesario prevenir el riesgo de que la descripción de la acción típica y de sus modalidades se encuentren demasiado ceñidas a un procedimiento técnico determinado, dejando fuera otros que puedan incorporarse en el futuro, en un difícil equilibrio con la seguridad jurídica (principio de taxatividad). Un procedimiento opuesto, pero que puede producir efectos similares de ineficacia, es optar por una regulación casuística y prolija en extremo, lo que sería igualmente censurable.

En efecto, en algunos casos se comprueba que ciertas novedades técnicas pueden comprometer la validez de la descripción de la parte objetiva del tipo. Así ocurre con la creación de embriones por la técnica de transferencia de núcleos sin fines reproductivos (pues si éste fuera el propósito del autor habría que trasladarlo al delito de creación de seres humanos por clonación). En efecto, en los CCPP español y el Distrito Federal de México se indica que constituye delito la fecundación de óvulos humanos con cualquier fin distinto al de la procreación humana (arts. 161. y 154. II, respectivamente). Pues bien, es discutible que un embrión clónico obtenido mediante referencia técnica de la transferencia nuclear puede considerarse como la fecundación de un óvulo, práctica que requiere en un sentido propio, que un espermatozoide penetre un óvulo, lo fecunde (en

resumen, mientras que la clonación es una forma de reproducción asexual, en cuanto que no participan los dos gametos, masculino y femenino, la palabra fecundación aludiría a la reproducción sexual). Es cierto que en todo caso el fin de protección de la norma consiste en impedir que los embriones humanos puedan ser creados con fines no reproductivos (p. ej., para investigación o para fines industriales), pero la duda que se suscita sobre si el texto de la ley abarca cualquier procedimiento de creación de embriones humanos, incluida la clonación, no se compece bien con las exigencias del principio de legalidad en materia penal.

### 3.4. La elección de la estructura típica

El siguiente paso viene establecido por la opción de la técnica de tipificación oportuna en relación con los hechos cuya comisión se quiere prevenir y con el nivel de intervención punitiva, más o menos adelante. Este análisis conducirá al legislador a elegir si el tipo se estructura como de resultado (de lesión o de peligro) o, por el contrario, de simple o mera actividad, sin conexión a ningún resultado (delitos de peligro abstracto o de peligrosidad).

Como es sabido, el recurso a unas u otras clases de tipificación vendrá determinando tanto por consideraciones político-criminales, basadas en el adelantamiento de la intervención del Derecho Penal, como por razones estructurales, cuando se problemática la prueba de una relación casual con el resultado. Este último motivo puede hacer más adecuados los delitos de peligro abstracto o la configuración de delitos de omisión (puros de omisión o de comisión por omisión) en relación con las biotecnologías y otras actividades sobre las que existe un escaso conocimiento sobre sus diversos procesos, pues con ellos se obvia la cuestión de la causalidad. No obstante, desde planteamientos preventivos no son objetables estos delitos, pues son susceptibles de seguir orientados hacia la protección -cierto, menos evidente por lo que se refiere a los delitos de peligro abstracto- de bienes jurídicos. Lo problemático puede consistir entonces en que se combine esta decisión político-criminal con la configuración de bienes jurídicos excesivamente vagos e inaprensibles.

La tipificación como delito de meras infracciones procedimentales, por tanto muy lejanamente lesivas para bienes jurídicos, se aprecia en el CP francés.

También adolece de un incorrecto enfoque del bien jurídico protegido y, en consecuencia, de la descripción de conductas y resultados típicos, la legislación penal brasileña (Ley n.º. 8974 de 1995, sobre la utilización de técnicas de ingeniería genética), pues acoge resultados que ya lo son por los delitos de homicidio, aborto y lesiones, los cuales, por lo demás, difícilmente podrían derivarse de las acciones que han sido tipificadas (V. art. 13, I, II y III).

En la parte subjetiva de la estructura típica habrá que decirse si se incriminan las conductas imprudentes, de acuerdo con el principio de su castigo excepcional. Y en relación con el tipo doloso habrá que valorar la oportunidad de incluir algún elemento subjetivo de lo injusto, pues tiene un efecto ambivalente. En efecto, su presencia en tipo limita el ámbito de las conductas punibles, pues a los demás requisitos del tipo habrá que añadir la concurrencia en el caso concreto y, por consiguiente, su prueba, lo cual tampoco siempre será fácil. Pero por otro lado, suele comportar la no necesidad de la presencia objetiva de un determinado resultado, al cual va dirigida la voluntad del sujeto activo, pero no es preciso para que el delito exista demostrar que dicho resultado se produjo efectivamente.

### 3.5. La descripción específica de la acción típica

Habrà que comprobar si el tipo construido resulta comprensible para los potenciales destinatarios de la norma: la conducta prohibida u ordenada deberá ser clara.

Este es, precisamente, uno de los efectos de los que adolecen con mayor frecuencia los delitos relacionados con las biotecnologías.

Tampoco es compatible el principio de legalidad, en este caso por no respetar las exigencias de taxatividad en la descripción de la conducta prohibida, la amplitud que comporta la realización de "procedimientos de ingeniería genética con fines ilícitos" (art. 154, III, segundo inciso del CP del Distrito Federal de México), sin determinar

cuáles puedan ser éstos o sin remitir a una norma que establezca cuáles son lícitos y cuáles ilícitos. De no existir la norma extrapenal de remisión (como así parece suceder en el D.F.), ésta sería vacía y el delito resultaría inaplicable.

Falta de claridad o incorrección en la delimitación del supuesto de hecho desde el punto de vista técnico la encontramos en el CP español (art. 159.1, ya citado; art. 161.2: "Con la misma pena "prisión de uno a cinco años e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio de seis a diez años" se castigará la creación de seres humanos idénticos por clonación u otros procedimientos dirigidos a la selección de la raza", no se sabe si se incluye una sola conducta o dos alternativas), en el CP colombiano de 2000 (art. 132, redactado en términos muy similares al delito español citado del art. 159 y por, consiguiente, con semejantes problemas, a pesar de que introduce alguna cláusula aclaratoria; en cambio, en el art. 133, sobre la clonación reproductiva, despeja las ambigüedades señaladas respecto al delito equivalente del CP español, en el que también se inspira), en el CP del Distrito Federal de 2002 (art. 154. I, en los mismos términos que el art. 159 del CP español) y en el CP peruano (art. 324: "Toda persona que haga uso de cualquier técnica genética con la finalidad de clonar seres humanos, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de seis años ni mayor de ocho años e inhabilitado conforme al artículo 36, inciso 4 y 8"<sup>24</sup>; denota un desconocimiento por parte del legislador de los procedimientos conocidos de clonación, pues en puridad ninguna de las técnicas actuales requiere ninguna forma de manipulación genética).

### 3.6. La antijuricidad

Los supuestos que excepcionalmente puedan estar autorizados, es decir, que sean lícitos, han de hallarse muy nitidamente descritos por la ley. Normalmente el ámbito de licitud vendrá establecido por una ley extrapenal, aunque también puede estar fijado por el propio precepto penal. Cuando la norma penal remita a una norma extrapenal habrá de procederse de tal modo que sea fácilmente

<sup>24</sup> Introducido por Ley n.º. 27636 de 2002.

identificable la ley de destino y quede bien delimitado el ámbito de licitud de remisión.

En el sector de la biotecnología humana puede ocurrir que no quede ningún margen de licitud para la acción típica, con la consecuencia de que la adecuación típica del hecho comportará ya la antijuricidad del mismo. Así ocurre, p. Ej., con la clonación humana reproductiva, sobre la que no se admite en la actualidad excepción alguna.

### 3.7. Las consecuencias jurídicas: proporcionalidad e idoneidad

La pena y las posibles medidas de seguridad -cualquiera que sea la naturaleza de éstas últimas- o, en su caso, consecuencias accesorias, deberán ser evaluadas con escrupulosidad por el legislador. Para ello deberá tomar como referencia los extremos delimitados en los párrafos anteriores, en concreto, el bien jurídico que se quiere proteger, la mayor o menor peligrosidad de la conducta que se quiere prohibir y la configuración del delito como de resultado o de mera actividad, la naturaleza del hecho en relación con la condición del sujeto activo del delito (profesional, autoridad, la naturaleza o funcionario público). En suma, la mayor o menor gravedad del desvalor de la acción y del resultado. Además, deberá ponderarse con el nivel de represión punitiva que domine en el Código Penal.

La desproporcionalidad de las penas está presente en el CP francés y en la ley penal especial brasileña (aparte de que esta se prevé en coacciones marcos penales excesivamente amplios: de seis a veinte años de prisión para el resultado de muerte, y de dos a ocho años para el de lesiones graves), en los que las penas pueden llegar hasta los veinte años de privación de libertad, así como en la legislación alemana<sup>25</sup>, con graves penas para delitos relacionados con extralimitaciones en las técnicas de reproducción asistida, bien que haya que reconocer que el objetivo político-criminal indirecto es lograr una protección del embrión humano preimplantatorio, sin entrar ahora en las contradicciones valorativas sobre la protección de la vida

<sup>25</sup> Embryoschutzgesetz 1990.

humana preimplantatoria y en gestación, como ha sido denunciado en ocasiones por la doctrina alemana. Más grave todavía resulta la sanción penal prevista en la Ley italiana para la clonación humana reproductiva por transferencia nuclear<sup>26</sup>: prisión de diez a veinte años y multa de seiscientos mil a un millón de euros; además de inhabilitación perpetua para el ejercicio profesional para el médico (art. 12.7).

### 3.8. El continente: ley especial versus Código Penal

Después de haber tomado las decisiones anteriores el legislador deberá adoptar otra, que en realidad en el tiempo se situara en primer lugar, a pesar de que sea dependiente de las demás desde un punto de vista lógico. Se trata de optar sobre si el nuevo o los nuevos delitos deben ser incorporados al Código Penal o en una ley penal especial. Un aspecto que pueda servir de ayuda se refiere a si la actividad aparece ya regular en una ley de carácter administrativo, que establezca los requisitos, condiciones y límites a los que está sometida la actividad de que se trate. Un punto para la reflexión sobre cuál sea el procedimiento más idóneo se refiere a si el tipo guarda estrecha dependencia con la regulación no penal de la actividad y en particular cuando ésta presente un contenido técnico elevado. Si concurren estas circunstancias será más recomendable la inclusión de las figuras delictivas de una ley especial. No parece que los fines de prevención general de la pena en relación con estos delitos pueda verse perjudicada por figurar los mismos fuera del Código Penal, puesto que si bien estos delitos suelen estar contruidos sin referencias a ciertas condiciones personales que deba reunir el sujeto activo del delito (es decir, son delitos especiales, y este criterio es el correcto), de hecho el círculo de destinatarios de la norma suele ser por lo general muy restringido y, además suelen coincidir con los destinatarios de las normas extrapenales de la ley.

En el derecho comparado encontramos ejemplos de las dos soluciones legislativas, bien en el Código Penal (p. ej., Colombia, España, Francia, Estado de México, Perú), bien en una ley penal

<sup>26</sup> Legge Norme in materia di procreazione medicalmente assistita, 10 de febrero de 2004.

especial (P. Ej., Alemania, Australia, Canadá, Japón, Italia, Reino Unido).