

DERECHO

LA REGULACION JURIDICA DE LA CLONACION DE SERES HUMANOS

Carmen M^o García Miranda

Departamento de Filosofía del Derecho, Univ. de La Coruña.

I. LA REGULACIÓN JURÍDICA DE LA CLONACIÓN EN ESPAÑA

Los vertiginosos avances de la investigación científica y técnica y, en concreto, la posibilidad de obtener seres idénticos a través de las técnicas de clonación, exigen del Derecho la regulación de un ámbito de actuación humana hasta hace poco tiempo impensable.

El legislador ha de afrontar así este nuevo reto jurídico, buscando el adecuado equilibrio entre, por un lado, la necesaria potenciación de los avances científicos (art. 20^o.2 b) de la Constitución), junto con la obligación impuesta a los poderes públicos de promover la ciencia y la investigación científica y técnica en beneficio del interés general, (art.44^o.2 de la Constitución); y, por otro lado, la limitación de situaciones abusivas, que incluso pueden llegar a atentar contra la dignidad humana y los derechos fundamentales.

Los primeros esfuerzos del legislador español para regular los nuevos avances

científicos en el ámbito de la Biomedicina y de la Biotecnología, se remontan a la creación, por el Congreso de los Diputados, el 2 de diciembre de 1984, de la Comisión Especial de Estudios de la Fecundación *In Vitro* y de la Inseminación Artificial Humana¹. El informe resultante de los trabajos de dicha Comisión, el conocido como "Informe Palacios", sería antecedente de la aprobación, el 22 de noviembre de 1988, de la Ley por la que se regulan las Técnicas de Reproducción Asistida Humana, que sancionaba entre otras, como infracción administrativa muy grave, (artículo 20^o. B) letras k) y l) el "crear seres idénticos por clonación u otros procedimientos dirigidos a la selección de la raza"; y de la Ley de 28 de diciembre de ese mismo año, sobre Donación y Utilización de Embriones y Fetos Humanos, o de sus Células, Tejidos u Órganos.

Sin embargo, los propios expertos integrantes de la Comisión Especial que daría lugar al "Informe Palacios", afirmaron que las prácticas de clonación de seres humanos, dada la gravedad y peligrosidad social que comportaban, habrían de ser tipificadas penalmente. Así, los sucesivos Proyectos de reforma del Código Penal, o bien contenían en su articulado el delito de clonación, en el caso del Proyecto de Código Penal de 1992, o se optó por la remisión a una Ley penal especial,

técnica legislativa utilizada en el Proyecto de Código Penal de 1994. En una actuación ciertamente inusual, este Proyecto modificaba en las Disposiciones finales segunda y tercera, las Leyes administrativas sobre Técnicas de Reproducción Asistida Humana y la de Donación y Utilización de Fetos Humanos, o de sus Células, Tejidos u Órganos, elevando a la categoría de delitos las conductas más graves. Y era en dichas normas donde en un primer momento iban a acomodarse las disposiciones penales, pasando a tener la consideración de normas especiales de rango penal. La utilización de esta técnica se justificaba en la Exposición de Motivos al señalar que: "El avance constante de la investigación científica hace muy difícil una regulación de la que quepa decirse razonablemente que va a resultar adecuada a largo plazo".

Sin embargo, en el Código Penal que finalmente sería aprobado, el 23 de noviembre de 1995², se abandonó la técnica de la remisión a una Ley penal especial, optándose por incorporar directamente en el articulado, concretamente en el nuevo Título V del Libro Segundo, que lleva por rúbrica "Delitos Relativos a la Manipulación Genética" la penalización de las prácticas que impliquen la "creación de seres humanos idénticos por clonación u otros procedimientos dirigidos a la selección de la raza" (Artículo 161º. 2).

La creación de este delito ha supuesto, por tanto, la supresión de las letras k) y l) del artículo 20º. 2 B) de la Ley sobre Reproducción Asistida Humana, pues ha elevado a categoría delictiva la misma conducta que antes estaba prevista administrativamente como infracción muy grave.

No se trata con ello de aumentar las trabas a la investigación científica, pues la intervención penal ha de ser entendida con carácter de última *ratio*, como último recurso para evitar la lesión de bienes jurídicos, que en el caso de la clonación se concretarían en el derecho a la irrepitibilidad, identidad, individualidad y a la propia autenticidad del ser humano.

En todo caso ha de precisarse que el Código Penal sanciona la consumación del delito, es decir, la consecución del resultado final de la creación de seres clónicos, siendo indiferente, a efectos de que se produzca el ilícito penal, el fin específico que se persiga, pues en realidad, siempre que se haya obtenido un clon de un ser humano estaríamos incurriendo en una actitud delictiva. También es irrelevante que la clonación haya sido resultado de una conducta dolosa o de una imprudente. La comisión imprudente sería legalmente imposible.

En cuanto a la cuantía de la pena prevista - prisión de uno a cinco años e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio de seis a diez años-, la misma resulta evidentemente insuficiente, teniendo en cuenta que con el actual sistema punitivo español, si nos encontramos ante una persona que carezca de antecedentes penales, probablemente aunque resulte probado que ha clonado a un ser humano, no iría a la cárcel. Y, desde luego, el efecto disuasorio que ha de considerarse como uno de los fines de la represión penal quedaría en este supuesto difícilmente conseguido. Es evidente que en una ponderación de beneficios y riesgos de la obtención de un clon humano, no resulta improbable que hubiera personas que ante-

pondría el deseo de clonarse a sí mismas o a un familiar, al riesgo de pasar una "relativamente corta" temporada en la cárcel. La atracción que esta nueva posibilidad puede reportar en personas concretas, que no valoren el extremado perjuicio al que van a someter tanto al ser clonado- pérdida del derecho esencial del ser humano a su propia identidad, individualidad e irrepetibilidad, pero también con consecuencias nefastas sobre el conjunto de la humanidad: acabar con la variabilidad e irrepetibilidad de la dotación genética humana y trastocar la esencia natural y aleatoria propia del ser humano en un producto artificial, manipulado o manufacturado.

El problema es que cuando el legislador aprobó el nuevo Código Penal, hace menos de un año y medio, aun siendo consciente de que las sanciones administrativas, en el supuesto de que se clonasen seres humanos eran insuficientes, no llegó a plantearse realmente- quizá por un defecto de asesoramiento especializado conveniente en relación a las posibilidades actuales de los avances en el ámbito de la Biomedicina y de la Bioética- las situaciones extremadamente abusivas y degradantes que tales prácticas podían comportar. Tal deficiencia lleva a que poco después de su aprobación, haya que plantearse la necesidad de modificar la legislación penal para adaptarla a los progresos de la ciencia. Pero nos encontramos con la dificultad de que el Código Penal es un instrumento jurídico que para ser eficaz ha de nacer con vocación de firmeza y estabilidad, y su revisión suele ir acompañado de un arduo proceso de negociación parlamentaria. Por tal motivo, y dada la extremada gravedad de las conductas en él

contempladas, sería preferible que el legislador, antes de enfrentarse con la regulación de un ámbito de actuación humana con repercusiones de un alcance difícilmente valorable para mentes no acostumbradas a evaluar las dimensiones de los avances científicos, se cerciorase de contar con el asesoramiento adecuado, evitando así que la norma penal, una vez aprobada hubiera de ser revisada para conseguir la eficaz represión penal.

II. REGULACIÓN DE LA CLONACIÓN OTROS PAÍSES Y EN ORGANIZACIONES INTERNACIONALES

En cuanto a la regulación de la clonación en otros países de nuestro entorno europeo, destacar que en Alemania, las necesarias cautelas por razones de reminiscencia histórica han supuesto el establecimiento de rígidos controles en el ámbito de la experimentación y aplicación científica y técnica. En la específica práctica de la clonación, ésta se encuentra prohibida por la Ley de protección de embriones (*Gesetz zum Schutz von Embryonen*), de 13 de diciembre de 1990. Se trata de una norma de carácter penal, que concretamente en el artículo 6º. impone penas privativas de libertad de duración comprendida entre uno y cinco años, junto con sanciones pecuniarias, a quien practique una clonación de embriones o a quien implante en una mujer un embrión ya clonado. También se considera punible la tentativa³.

Sin embargo, existen otros países de nuestro entorno europeo e incluso comunitario, como Bélgica o el Reino Unido en los que la clonación no está prohibida. Esto plantea el problema de que la rápida difusión de los avances científicos a nivel mundial, hace

imprescindible evitar que las regulaciones existentes en los diversos países tengan notables diferencias entre sí, lo que podría provocar que una determinada práctica prohibida en un país, en este caso la clonación, se pudiera realizar impunemente en otro, creando lo que ROMEO CASABONA ha calificado de "paraíso de evasión genética" o "turismo procreativo"⁴. Se hace pues imprescindible la necesaria y urgente elaboración de acuerdos internacionales en torno a las aplicaciones de los avances científicos, que tengan como objetivo el, sin duda difícil, consenso entre mandatarios de los distintos países y organizaciones internacionales a la hora de establecer reglas protectoras de los importantes valores éticos que están en juego.

El Parlamento Europeo ha mostrado su sensibilidad ante este problema, y así aprobó, el 16 de marzo de 1989, la Resolución sobre los Problemas Éticos y Jurídicos de la Manipulación Genética. Se trata, no obstante, de un instrumento jurídico de carácter orientador, no vinculante, que recomienda la prohibición de todo experimento cuyo fin sea la clonación de embriones humanos⁵.

También el Consejo de Europa, como Organización que presta especial atención a todos los problemas que inciden sobre los derechos humanos, ha realizado múltiples actividades tendentes a evitar que tales derechos resulten vulnerados por la aplicación de las nuevas técnicas de ingeniería genética. En el tema que nos ocupa destaca la Recomendación 1046 relativa a la Utilización de Embriones y Fetos humanos para Fines Diagnósticos, Terapéuticos, Científicos, Industriales y Comerciales, adoptada por la Asamblea el 26 de septiembre de 1986⁶. Esta

Recomendación exige la urgente determinación del estatuto del embrión humano, pero a la vez señala desde un primer momento la posición del Consejo a favor de que los embriones y fetos humanos sean tratados en todo caso con el respeto debido a la dignidad humana y, por tanto, extender la protección jurídica del embrión humano desde el mismo momento de la fecundación. Además, la Recomendación parte de la idea de que la intervención sobre el embrión humano ha de permitirse exclusivamente en el supuesto de que sirva para el bienestar del *nasciturus*, favoreciendo su desarrollo y nacimiento. Así, para evitar ingerencias abusivas e incluso degradatorias sobre el ser humano, han de establecerse límites a las investigaciones sobre estos seres. El Consejo de Europa señala en esta Recomendación prácticas que han de prohibirse expresamente y, entre ellas, destaca la creación de seres humanos idénticos por clonación.

Además, el Consejo de Europa cuenta, desde 1985, con un Comité *ad hoc* de Expertos en Bioética (C.A.H.B.I.), posteriormente denominado Comité Director de Bioética (C.D.B.I.)⁷, que viene trabajando desde su creación en la elaboración de un Convenio internacional en el ámbito de la Biología y de la Biomedicina que sea vinculante para los Estados que firmen el Protocolo. Este Convenio ha sido aprobado por el Consejo de Ministros de dicha organización el 16 de noviembre de 1996⁸, y el mismo ha sido ratificado en Oviedo, el 4 de abril de este año, por 21 países, entre ellos España (Dinamarca, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Holanda, Islandia, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Noruega, Portugal, Rumanía,

San Marino, Eslovenia, Eslovaquia, España, Suecia, y Turquía). En el seno de dicha reunión representantes de los Estados que en ella se dieron cita, llegaron al acuerdo de adherirse a un Convenio internacional vinculante que prohíbe, entre otras prácticas biomédicas consideradas atentatorias contra la dignidad humana y los derechos del hombre, la realización de cualquier experimento tendente a la clonación de seres humanos, al incluirse tales prácticas en la prohibición del artículo 13º. de realizar intervenciones dirigidas a introducir modificaciones en el genoma de los descendientes.

También la Organización Mundial de la Salud (OMS), en su asamblea mundial anual, clausurada en Ginebra el 14 de mayo de 1997, se sumó a la condena de la clonación de seres humanos, declarándola "inaceptable en el plano ético, contraria a la integridad de la persona humana y a la moral". La Asamblea reconoció la necesidad de garantizar la libertad científica siempre y cuando sea aceptable en el plano ético y asegure el acceso a sus aplicaciones benéficas⁹.

Así, el Director General de la O.M.S., Dr Hiroshi Nakajima, señaló que la clonación aplicada a la especie humana es éticamente inaceptable y supone una vulneración de principios básicos que dirigen la procreación médicamente asistida, fundamentalmente el respeto a la dignidad del ser humano y la protección de la seguridad del material genético. Sin embargo, ha de tenerse en cuenta que las técnicas de clonación pueden reportar beneficios muy positivos para la humanidad. Así, la clonación de líneas celulares humanas es un procedimiento rutinario en la producción de anticuerpos monoclonales

para el diagnóstico e investigación de enfermedades como el cáncer. La clonación de animales también ofrece oportunidades para avanzar en la investigación biomédica, en el diagnóstico y tratamiento de enfermedades que afectan al ser humano.

Por tanto, Nakajima destaca la importancia de tener en cuenta que la oposición a la clonación humana no debe conducir a una indiscriminada prohibición en todo tipo de prácticas de clonación. Por lo que la utilización de tales técnicas requiere un urgente debate público que implique a todos los sectores afectados, teniendo en cuenta diferentes ámbitos sociales, económicos y culturales. Este debate ha de llevar al establecimiento de unos principios técnicos y éticos que garanticen que la salud y la dignidad son totalmente protegidas. Nakajima aseguró que la O.M.S. encabezará la organización de ese debate, centrándose inicialmente en dos áreas prioritarias: la salud reproductiva y las aplicaciones biomédicas de las investigaciones en el genoma humano.

III. IMPORTANCIA DE LAS COMISIONES NACIONALES DE BIOÉTICA. LA COMISIÓN NACIONAL DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA HUMANA

El 21 de marzo el Gobierno español procedió a la aprobación del R.D. 415/1997, de por el que se crea la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida¹⁰. Esta Comisión, prevista ya desde 1988, cuando se aprobó la Ley de Reproducción Asistida Humana, pretende servir centro de canalización y recepción de las inquietudes de los ciudadanos y de la aportación de los expertos científicos en estas técnicas, así como de

instrumento de asesoramiento y orientación para el Gobierno y las Administraciones sanitarias competentes, en aquéllos casos en que se les plantee no sólo problemas técnicos, sino principalmente éticos y legales, en relación a aquellas actuaciones en que pueden estar implicados la dignidad de la persona humana o algunos de sus derechos fundamentales. Entre sus funciones concretas están: el asesoramiento de estudios tendentes a la actualización de la legislación vigente en materia de reproducción humana asistida y la de informar los protocolos y proyectos de investigación

El que la aprobación del Decreto que regula la composición y funcionamiento de esta Comisión, prevista desde 1988, se produjese en marzo de 1997, o sea, casi diez años después, coincidiendo con el clima de tensión y preocupación social ante la difusión por los medios de comunicación de las alarmantes noticias acerca de las nuevas posibilidades en el ámbito de la ingeniería genética, y en concreto de la clonación, ponen de manifiesto la importancia de la información certera a la opinión pública, libre de todo sensacionalismo, como instrumento eficaz para despertar el largo letargo gubernativo.

La creación de la Comisión Nacional de Reproducción Asistida viene a responder a la inquietud creciente de la sociedad ante la amenaza de que los nuevos desarrollos técnicos se escapen de todo posible control. No obstante, el que la aprobación de la Comisión no se produjera en la fecha prevista ha supuesto la carencia de un instrumento de sumo valor a la hora de orientar la labor legislativa en un tema de tanta trascendencia

como la aprobación de un nuevo Código Penal, pues la especialización y elevada cualificación de los miembros de la citada Comisión hubiera sin duda contribuido a una mayor precisión de la regulación de las nuevas técnicas genéticas y a la imposición de una sanción punitiva mucho más acorde con la gravedad de las mismas.

1 Vid. PALACIOS, M.: "Biotecnología. Reflexiones éticas y legales", en *Biotecnología y futuro del hombre: la respuesta bioética*. Ediciones de la Universidad Complutense, Madrid, 1992.

2 B.O.E. del 24 de noviembre de 1995.

3 Bundesgesetzblatt de 9. 12. 1990.

4 HIGUERA GUIMERA, J.F.: "El Derecho Penal y la Genética", Editorial Trivium, Madrid, 1995, p.12.

5 D.O.C.E. de 17.4.1989.

6 Conseil de l'Europe: "Textes du Conseil de l'Europe en Matière de Bioéthique", CDBI/INF (93)2, Strassbourg, 1993.op. cit., pp. 15-19.

7 Vid. PERALTA LOSILLA, E.: "El Consejo de Europa y sus trabajos en materia de Genética", en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, núm.2, enero-junio 1995, p. 224.

8 Final Draft explanatory report to the Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine. Strasbourg, 16 December 1996, CM(96)175 revised 2.

9 La Voz de Galicia, 15 de mayo de 1997.

10 Real Decreto 415/1997, de 21 de marzo, por el que se crea la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida.