

EL PATRIMONIO GENÉTICO DE LA HUMANIDAD COMO BIEN JURÍDICO-PENAL

María Dolores Martínez Pérez

Universidad de Almería

Title: The genetic heritage of humanity as a protected legal interest

Resumen: Este trabajo analiza el contenido del patrimonio genético de la Humanidad. Estudia su definición, así como su capacidad para ser considerado no sólo un bien jurídico sino su relevancia penal. Enlaza el patrimonio genético de la Humanidad con su posible relación con los delitos relativos a la manipulación genética tipificados en el Código Penal. Se aborda el problema de la técnica de tipificación más adecuada para las actividades que impliquen su puesta en peligro.

Palabras clave: patrimonio genético de la humanidad; bien jurídico penal; manipulación genética; derecho penal simbólico; delitos de peligro.

Abstract: *This paper analyzes Humanity's genetic patrimony. It studies its definition, as well as its ability to be considered not only a legal asset but a relevant crime. It links the genetic patrimony of Humanity with its possible relationship to crimes, concerning genetic manipulation, established in the Criminal Code. The problem of the most adequate classification and categorization technique for activities that imply their endangerment is addressed.*

Keywords: *genetic patrimony of humanity; legal asset; genetic manipulation; symbolic penal law; crime of danger.*

Sumario: 1. Introducción. – 2. Definición del patrimonio genético de la Humanidad. – 2.1. Concepto de genoma humano. – 2.2. El patrimonio común de la Humanidad. – 2.2.1. Nacimiento y evolución del concepto. – 2.2.2. Naturaleza y contenido. – 2.3. Caracterización del genoma humano como patrimonio genético de la Humanidad. – 3. Adecuación del patrimonio genético de la Humanidad al concepto de bien jurídico penal según los requisitos de Silva Sánchez. – 3.1. Dañosidad social cualificada. – 3.2. Referencia personal del objeto lesionado. – 3.3. Requisitos de proporcionalidad. Necesaria referencia a la Constitución Española. – 4. Cumplimiento por parte del patrimonio genético de la Humanidad de las funciones encomendadas a un bien jurídico penal. – 4.1. Función interpretativa. – 4.2.

Función crítica. – 4.3. Función de medición de la pena. – 4.4. Función sistemática. – 5. Caracterización del patrimonio genético de la Humanidad como bien jurídico penal. – 5.1. Doble dimensión. – 5.2. Universalidad. – 6. Técnicas de intervención penal para los delitos contra el patrimonio genético de la Humanidad. – 6.1. Técnicas de tipificación. – 6.1.1. Regulación penal, administrativa o mediante una tercera vía. – 6.1.2. Ley Penal especial vs. Ley Penal codificada. – 6.1.3. La adecuada opción de incriminación de los delitos contra el patrimonio genético de la Humanidad. – 6.1.4. Naturaleza especial de los delitos que atentan contra el patrimonio genético de la Humanidad. – 7. Patrimonio genético de la Humanidad y función del Derecho Penal como posible ejemplo de Derecho Penal simbólico. – 7.1. Origen y manifestaciones del Derecho Penal simbólico. – 7.2. Posturas alrededor del Derecho Penal simbólico. – 7.3. Los delitos de manipulación genética como posible ejemplo de Derecho Penal simbólico. – 8. Conclusiones. – 9. Bibliografía.

1. Introducción

Este trabajo pretende determinar si el patrimonio genético de la Humanidad se adecua o no al concepto de bien jurídico-penal.

Los delitos relativos a la manipulación genética entraron a formar parte de la legislación penal española a partir de la aprobación del vigente Código Penal y su introducción en los artículos 159 a 162. Desde la previsión de su tipificación en la tramitación parlamentaria del Código Penal, hasta la actualidad, la doctrina sigue enfrentándose a retos como el que es objeto de este trabajo: la concreción del bien jurídico merecedor de protección en estos delitos y la vía más adecuada para su tipificación. Casi treinta años después de la aprobación del Código Penal no existe unanimidad sobre cual es el bien jurídico penal que se tutela por estos preceptos, y las reformas que han tenido lugar no han mejorado la tipificación penal ni han aportado luz a unas actividades sobre las que los avances científicos y tecnológicos no cesan.

El primer e ineludible paso para resolver este problema es definir qué es el patrimonio genético de la Humanidad. Es necesario zambullirse en el mundo de la Genética aplicada al ser humano para alcanzar una base mínima en la materia.

Por este motivo vamos a hacer un recorrido histórico por el nacimiento de la Genética que nos conducirá a uno de sus conceptos fundamentales: el genoma humano. Y una vez que conozcamos que es el genoma humano vamos a detenernos en averiguar para qué sirve su conocimiento y las posibilidades científicas que aporta.

El segundo paso, esta vez de carácter jurídico consiste en definir el patrimonio común de la Humanidad, su contenido, naturaleza y alcance. Perfilarlo será la vía que nos permita caracterizar o no el genoma humano como parte integrante de éste. En caso afirmativo, podemos aludir al patrimonio genético de la Humanidad.

Definir qué es un bien jurídico penal es la premisa imprescindible para el tercer paso de este trabajo. Fijarla permite determinar si el patrimonio genético de la Humanidad se ajusta o no sus características. Anticipando lo que expondré más adelante, considero que sí se adecua a ellas.

El cuarto paso de este trabajo es estudiar cómo el patrimonio genético de la Humanidad sirve a las funciones establecidas para cualquier bien jurídico-penal.

Para concluir veremos cuales son los rasgos más peculiares de este bien jurídico-penal: su doble dimensión y su universalidad, y cuál es la técnica legal más adecuada para su tipificación en un intento por mejorar la intervención penal en este ámbito.

2. Definición del patrimonio genético de la Humanidad

2.1. Concepto de genoma humano

La publicación en 1865 de los experimentos realizados sobre guisantes por Mendel, supone el nacimiento de la Ciencia que hoy conocemos como Genética¹.

El resultado de estas investigaciones no cobró la importancia que merecía hasta, aproximadamente, treinta años más tarde. Desde entonces (finales del siglo xix), hasta nuestros días, se han realizado importantes descubrimientos en esta materia.

En 1944 se identificó el ADN (ácido desoxirribonucleico) como la base molecular de la herencia: los genes son el ADN.

La descripción de la estructura física del ADN (doble hélice) por Watson y Crick tuvo lugar en 1953 y la determinación del número exacto de cromosomas humanos (46), tres años más tarde.

En la década de 1975 a 1985 se desarrollaron varias técnicas realizables sobre el ADN, como son:

- *Fragmentación*: consiste en cortar las moléculas de ADN por donde desea el investigador, utilizando «tijeras enzimáticas».
- *Hibridación*: localización de genes concretos hibridando sondas marcadas con sus secuencias complementarias en el ADN original.
- *Secuenciación*: lectura del mensaje genético contenido en el ADN.

¹ Para quienes no somos especialistas en la materia, realizan aproximaciones científicas a la misma Grisolia, 1993; Lacadena Calero, 2001.

- *Amplificación*: se trata de multiplicar millones de veces la cantidad de ADN disponible a partir de una muestra ínfima mediante la técnica denominada «reacción en cadena de la polimerasa» (PCR).

Durante la evolución de la Genética, a principios del siglo xx, Wikler utilizó por primera vez el término genoma², entendiendo por tal el conjunto de genes de un organismo. Este concepto actualmente se ha superado. Hoy conocemos que hay áreas del ADN que no son genes (ADN complementario).

En la actualidad sabemos que toda nuestra información genética, que se calcula está formada por unos 31.000 genes, se sitúa en una estructura contenida en todas nuestras células: el ADN. El ADN se compone de cuatro bases nitrogenadas: adenina (A), citosina (C), guanina (G) y tiamina (T), que se unen entre sí mediante un azúcar o un fosfato.

Estas bases se combinan de tres en tres para constituir un aminoácido. Un grupo de aminoácidos da lugar a un gen. Todos los genes forman dos cadenas que se unen provocando una estructura con forma de doble hélice. Los genes forman las proteínas. En nuestro organismo cada proteína tiene asignada una función concreta, de ahí que la modificación de los genes o de sus diferentes combinaciones sean la causa de distintos trastornos genéticos³.

Pero ¿por qué son tan importantes los conocimientos genéticos que acabamos de exponer?, ¿cuál es su utilidad? Benítez Ortiz⁴ recoge las siguientes aplicaciones derivadas del conocimiento del genoma humano:

- *Identificación de genes responsables de enfermedades genéticas*. El conocimiento de un gen implica saber:
 - La proteína a la que da lugar.
 - La función de esa proteína en condiciones normales.

² Grisolí, 1993, pág. 34.

³ Morillas Cueva & Castelló Nicás, 2001, pág. 802 utilizan la clasificación de los distintos trastornos genéticos elaborada por Lynn et al., 2000; que reproduzco a continuación por su carácter informativo sobre esta materia:

- *Trastornos cromosómicos*: los cromosomas completos o amplios fragmentos de los mismos se pierden, se duplican o se alteran de algún otro modo. Se incluyen enfermedades como el síndrome de Down y el síndrome de Turner.
- *Trastornos monogénicos*: en ellos se alteran genes únicos. Ejemplos son la fibrosis quística, la anemia falciforme y la hemofilia.
- *Trastornos multifactoriales*: se deben a una combinación de múltiples causas genéticas y ambientales. Es el caso del labio leporino y/o el paladar hendido, cánceres, enfermedad de Alzheimer, esquizofrenia, enfermedades cardíacas o diabetes.
- *Trastornos mitocondriales*: grupo escaso de enfermedades causadas por la alteración del pequeño cromosoma citoplasmático mitocondrial (neuropatía óptica de Leber).

⁴ Benítez Ortiz, 2001, pág. 99 y ss.

- La consecuencia de la alteración de esa proteína.

A partir de aquí se puede realizar una terapia génica o proteómica. Además, el conocimiento de un gen es útil para realizar estudios de portadores de enfermedades, así como confirmar sospechas diagnósticas.

- *Tratamiento individualizado de cada persona en función del daño genético que presente*, que se hará posible gracias al desarrollo de dos ramas de la Farmacología: la Farmacogenética, que estudia los factores genéticos y ambientales que determinan la variación en la respuesta a los medicamentos, y la Farmacogenómica, que centra su análisis en las bases genéticas y moleculares de las enfermedades, con el objetivo de identificar nuevas técnicas terapéuticas⁵.
- *Test genéticos*: permiten identificar, dentro de las familias de alto riesgo para el desarrollo de una enfermedad concreta, quien es portador y quien no lo es, de un gen de susceptibilidad.

Para poder hacer efectivas las aplicaciones que acabamos de ver, surge oficialmente en octubre de 1990 el Proyecto Genoma Humano. El objetivo del Proyecto Genoma Humano es obtener el cartografiado del genoma de la especie humana, identificando y ubicando todos los genes de nuestro organismo. Una vez logrado, trata de reconocer las proteínas que corresponden a las diferentes secuencias conocidas y su funcionamiento. Sobre el estudio del Genoma Humano se ha desatado una gran polémica, debido a la utilización en el mismo de células madre, si esta utilización es lícita, ética, moral...

Lo que hace especial a una célula madre⁶ es su capacidad para renovarse a sí misma (producir células idénticas) y para diferenciarse en otros tipos celulares. Pero no todas las células madre poseen la misma facultad de diferenciación. Nos encontramos con células madre totipotenciales, que pueden dar lugar a cualquier tipo celular (un caso singular de esta clase de células es la obtenida por transferencia de un núcleo de una célula somática); multi/pluripotenciales, capaces de generar muchos tipos celulares, pero no todos, y unipotenciales, progenitoras de un solo tipo celular.

Las mayores posibilidades de investigación las conceden, en primer lugar, las células madre totipotenciales y después las células madre muti/pluripotenciales. El debate en diversos ámbitos, entre ellos el jurídico, surge debido al origen de éstas células. El origen de las células madre puede ser embrionario (obtenidas de un preembrión), fetal (obtenidas de tejidos cadavéricos fetales) o adulto. La procedencia de las células madre

⁵ Para un estudio más detallado de los avances en este campo véase Rodríguez López, 2003, págs. 63-78.

⁶ Sobre esta materia véase Soria Escoms, 2002, págs. 11-24.

totipotenciales y multi/pluripotenciales es fundamentalmente embrionario⁷, de ahí la polémica.

Existe una distinción importante a nivel científico y con importantes implicaciones jurídicas⁸. Se trata del tipo de intervención genética.

Las intervenciones genéticas pueden materializarse en línea somática o en línea germinal. Cuando hacemos mención a una intervención en línea somática nos estamos refiriendo a una actuación realizada sobre células adultas ya diferenciadas, de una persona concreta, lo que supone que las modificaciones genéticas que sobre las mismas se produzcan van a afectar únicamente a ese sujeto.

Al referirnos a intervenciones en línea germinal, estamos aludiendo a conductas realizadas sobre gametos (óvulos y espermatozoides), lo que implica que las mutaciones genéticas que se realicen sobre ellas afectarán tanto a la persona portadora de las mismas como a toda su descendencia.

2.2. *El patrimonio común de la Humanidad*

2.2.1. Nacimiento y evolución del concepto

En el Derecho de gentes ya encontramos la idea de propiedad común de todos los Estados sobre determinados ámbitos espaciales⁹. Este pensamiento se consolidó posteriormente con Hugo Grocio, pero por primera vez en 1843 Andrés Bello¹⁰ mencionó la existencia de un «*patrimonio indivisible de la especie humana*», que «*permaneciendo común (determinados bienes) pueden servir a todos sin menoscabarse ni deteriorarse*».

Lapradelle, cincuenta y cinco años más tarde, se refería al mar como «*patrimonio de la Humanidad*», pero el término exacto «*patrimonio común de la Humanidad*» se utilizó por vez primera en la II Conferencia de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar¹¹ (1958) por boca del príncipe tailandés Wan Waythayakon que actuaba como presidente de esta.

⁷ Lo que convierte a las células madre de origen embrionario en un material relevante para la investigación biomédica es la posibilidad de disponer de una masa ilimitada de células para resolver la escasez de tejidos y órganos para el trasplante Soria Escoms, 2002, pág. 17.

⁸ Martínez Val, 1988, pág. 2500 nos recuerda cómo durante las sesiones de la Comisión Jurídica del Parlamento Europeo que se realizaron en 1986, el profesor doctor Esteban Domingo, del Centro de Biología Molecular de Madrid, resaltaba la trascendencia de esta distinción y, por ello abogaba por una regulación distinta de cada una de ellas.

⁹ Armas Barea, 1993, pág. 15.

¹⁰ Principios de Derecho Internacional. París. 1882.

¹¹ Antecedentes de esta corriente de pensamiento se encuentran en el Tratado sobre la Antártida de 1 de diciembre de 1959 y en el Tratado sobre la Luna y los cuerpos celestes de 27 de enero de 1967.

Durante el discurso inaugural de la conferencia, el príncipe de Tailandia manifestó¹²:

«El mar es patrimonio común de la Humanidad. Por consiguiente, el interés común exige que el Derecho del Mar esté claramente determinado, que regule de una manera justa los diversos intereses en juego y que asegure la conservación de dicho patrimonio en beneficio de todos»¹³.

El 1 de noviembre de 1967, en la Asamblea General de Naciones Unidas, se propuso por el Gobierno de Malta que el fondo y el subsuelo de los océanos debían registrarse como patrimonio común de la Humanidad¹⁴.

La posterior Declaración de principios que regulan los fondos marinos y oceánicos y sus subsuelos fuera de los límites de la jurisdicción nacional, se convirtió en un escalón vital en el camino de consolidación de este concepto.

Esta Declaración se promulgó por la Asamblea General de Naciones Unidas mediante la Resolución 2.749(XXV). Para Paolillo¹⁵ «a partir de la adopción de la Resolución 2.749 (XXV), el principio de patrimonio común de la Humanidad puede reclamar su sitio entre los principios fundamentales del Derecho Internacional». Bennouna¹⁶ va más lejos estimando que la noción de patrimonio común de la Humanidad constituye un nuevo principio de derecho imperativo.

Más tarde, el Acuerdo que debe regir las actividades de los Estados en la Luna y otros cuerpos celestes, de 18 de diciembre de 1979, y la Convención sobre el Derecho del Mar de 10 de diciembre de 1982, se han erigido como dos medios importantes de consagración de este concepto, puesto que ambos lo amparan como principio rector de las actividades que recaigan sobre estos espacios.

A pesar de los argumentos confirmatorios (efecto jurídico), como denegatorios (valor meramente recomendatorio) del valor jurídico de este principio, la práctica de los Estados se está basando en una aceptación de este¹⁷ cuando menos como una obligación de no hacer.

¹² Recogen sus palabras Paolillo, 1984, pág. 354.

¹³ Naciones Unidas, Asamblea General, Documento A/6695.

¹⁴ Con anterioridad (13 de julio de 1966) el Presidente Johnson (Estados Unidos), declaró que «tenemos que asegurar que los mares y las profundidades oceánicas sean, y continúen siendo, el legado de los seres humanos» Paolillo, 1984, pág. 355.

¹⁵ Paolillo, 1984, pág. 357.

¹⁶ Lo recoge Blanc Altemir, 1992, pág. 29 n.p. 20^a.

¹⁷ Paolillo, 1984, pág. 362.

2.2.2. Naturaleza y contenido

El patrimonio común de la Humanidad es el resultado de la renuncia por parte de los Estados a fijar su soberanía sobre determinados espacios o bienes en beneficio de todos los seres humanos.

La noción patrimonio común de la Humanidad implica una idea de mantenimiento y transmisión de los bienes y derechos que lo integran a las generaciones futuras. El patrimonio común no pertenece a una determinada generación, conlleva un deber de conservación y mantenimiento para las generaciones venideras¹⁸. Todos los autores¹⁹ sostienen un concepto amplio de Humanidad. No es solo como la suma de todos los individuos en un momento determinado, también pertenecen a la misma las generaciones futuras. En palabras de Blanc Altemir²⁰ «el término humanidad tiene un sentido intertemporal e interespacial», mientras que Gros Espiell²¹ la concibe como «la especie humana de hoy y del mañana».

Cada vez con más frecuencia la Humanidad aparece en tratados e instrumentos internacionales como titular de derechos y deberes.

Los rasgos esenciales²² del principio patrimonio común de la Humanidad son los siguientes²³:

1. Inapropiabilidad de los bienes y derechos que lo conforman tanto por parte de los Estados como de cualquier otro sujeto de Derecho.
2. Necesidad de elaboración y aplicación de un régimen internacional que establezca su funcionamiento y control.
3. Uso exclusivo para fines pacíficos.
4. Utilización en beneficio de toda la Humanidad. La Humanidad aparece como titular de un interés directo de contenido económico que supera los intereses individuales, estando incluso por encima de la suma de todos ellos. Es un principio que va más allá. Implica prestar una atención especial a los países en vías de desa-

¹⁸ Armas Barea, 1993, pág. 23, se refiere del patrimonio común de la humanidad como «herencia de la humanidad en general».

¹⁹ Armas Barea, 1993, págs. 13-43.

²⁰ Blanc Altemir, 1992, pág. 35.

²¹ Gros Espiell, 1995, pág. 98.

²² Gros Espiell, 1995, pág. 97 y Paolillo, 1984, pág. 369 y ss.

²³ Blanc Altemir, 1992, pág. 40, estima que son nueve los elementos constitutivos del principio patrimonio común de la Humanidad (universalidad, carácter patrimonial, titularidad de la Humanidad, utilización racional, carácter hereditario, juridicidad, no inclusión entre sus posibles contenidos de derechos personales, uso pacífico y aspiración a que se implemente un mecanismo internacional de control que asegure el mejor cumplimiento posible de las finalidades y beneficios perseguidos), pero realmente estos principios pueden encuadrarse dentro de los cuatro elementos esenciales que sostienen el resto de los autores.

rollo, y nuevas concepciones de los principios de solidaridad y cooperación internacionales.

Tradicionalmente el patrimonio común de la Humanidad ha estado formado por los fondos marinos y oceánicos, la Luna y los cuerpos celestes, la Antártida, el patrimonio cultural y natural... Pero a partir de la Declaración Universal de 11 de noviembre de 1997 sobre el genoma humano y los derechos humanos (en adelante, por motivos prácticos, me referiré a ella como la Declaración), el genoma humano ha entrado a formar parte del conjunto de bienes y derechos integrantes del patrimonio común de la Humanidad (aunque esta afirmación tenga que ser matizada a continuación).

2.3. *Caracterización del genoma humano como patrimonio genético de la Humanidad*

El artículo 1 de la Declaración dispone:

«El genoma humano es la base de la unidad fundamental de todos los miembros de la familia humana y del reconocimiento de su dignidad intrínseca y su diversidad. En sentido simbólico, el genoma humano es el patrimonio de la Humanidad».

De este precepto llaman atención varias características.

En primer lugar, la mala redacción aplicada, pues se da a entender que el único patrimonio de la Humanidad es el genoma humano, cuando en realidad existen otros bienes y derechos que forma parte del mismo²⁴. Pero este defecto es fácilmente solventable yendo un poco más allá de la mera literalidad del artículo y buscando lo que verdaderamente el legislador quería, que no es otra cosa que elevar el genoma humano a patrimonio de la Humanidad.

En segundo lugar, que se hable de patrimonio de la Humanidad y no de patrimonio común de la Humanidad, principio que está aceptado en el ámbito del Derecho Internacional.

En el Proyecto de Declaración se recogía expresamente que el genoma humano «es componente fundamental del patrimonio común de la Humanidad» (artículo 1), enunciado que gozaba del visto bueno de la doctrina²⁵

²⁴ Hernández Plasencia, 2001, pág. 115.

²⁵ Hernández Plasencia, 2001, pág. 113, se posiciona incluso que incluir el genoma humano dentro del patrimonio común de la Humanidad fue uno de los motivos que impulsaron a la UNESCO a la elaboración de la Declaración.

por su carácter acertado e innovador (Romeo Casabona²⁶), concretamente, Gros Espiell²⁷ manifestaba al respecto:

«El hecho de que se proclame que el genoma humano es patrimonio común de la Humanidad, reafirma los derechos y deberes de cada ser humano sobre su patrimonio genético, que en su individual intransferencia e irrenunciable, interesa a la Humanidad entera que, a su vez, en cuanto sujeto de derecho y en cuanto que Comunidad Internacional jurídicamente organizada, lo protege, garantiza y asegura que no pueda ser objeto de ninguna apropiación o disposición por ningún otro individuo ni por ninguna otra persona».

Parecía bastante clara la inapropiabilidad del genoma humano. Pero este precepto se modifica para configurar el genoma humano simplemente como patrimonio de la Humanidad, concepto que se consideraba superado y mejorado por el de patrimonio común de la Humanidad.

Además, el pronunciamiento del genoma humano como patrimonio de la Humanidad se realiza «en sentido simbólico». ¿Qué quiere decir en sentido simbólico?, ¿que realmente el genoma humano no pertenece a toda la especie humana, presente y futura, sino simplemente a cada individuo?, ¿que esta manifestación carece de cualquier efecto jurídico mínimamente vinculante?

Merece la pena resaltar la aclaración que contiene el vigésimo punto²⁸ del Informe Explicativo de la Declaración Universal sobre el genoma humano y los derechos humanos donde se afirma que se ha permutado la expresión patrimonio común de la Humanidad por la de patrimonio de la Humanidad en sentido simbólico precisamente para dejar claro que el genoma humano no puede pertenecer a ningún colectivo.

En virtud de lo expuesto, se puede considerar que el genoma humano es patrimonio común de la Humanidad (porque además posee los elementos característicos de este principio, como vamos a ver inmediata-

²⁶ Romeo Casabona, *El Proyecto de Declaración de la UNESCO sobre Protección del Genoma Humano: observaciones a una iniciativa necesaria*, 1995, pág. 171.

²⁷ Gros Espiell, 1995, pág. 101.

²⁸ Informe Explicativo de la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos.

Punto 20. En este artículo (artículo 1) se afirma que, en sentido simbólico, el genoma humano es «patrimonio de la Humanidad». Se quiere subrayar que las investigaciones sobre el genoma humano y las aplicaciones de ellas derivadas comprometen la responsabilidad de toda la humanidad, en beneficio de las generaciones presentes y futuras. Esta responsabilidad de la comunidad internacional constituye un imperativo ético de primer orden. En ese sentido debe entenderse el concepto de «patrimonio de la humanidad», de conformidad con el derecho internacional. La expresión «patrimonio común de la humanidad» inicialmente propuesta fue modificada. «Patrimonio de la humanidad», que la reemplaza, tiene un sentido simbólico, especialmente porque no habría que considerar que el genoma humano pueda ser objeto de una apropiación colectiva.

mente), aunque por una precaria técnica legislativa no se haya recogido con estas palabras en la Declaración.

Continuando con la idea que el genoma humano es patrimonio común de la Humanidad, sabemos que los cuatro rasgos definitorios del mismo son su inapropiabilidad, su sometimiento a la regulación internacional, su uso para fines pacíficos, así como su aplicación en beneficio de toda la Humanidad.

La existencia de una Declaración Universal dedicada exclusivamente al Genoma humano y los Derechos Humanos, así como otros pronunciamientos internacionales (especialmente en el ámbito de la Unión Europea) son una muestra del sometimiento del genoma humano a la legislación internacional.

La Declaración recoge otros principios característicos del patrimonio común de la Humanidad. Entre ellos se encuentra su utilización en beneficio de toda la Humanidad. El artículo 12 en su apartado a) establece que «toda la persona debe tener acceso a los progresos de la biología, la genética y la medicina en materia de genoma humano, respetándose su dignidad y derechos», y finaliza (último párrafo) recogiendo que «las aplicaciones de la investigación sobre el genoma humano, sobre todo en el campo de la biología, la genética y la medicina, deben orientarse a aliviar el sufrimiento y mejorar la salud del individuo y de toda la Humanidad». Además, recoge una sección completa (sección E, artículos 17 a 20) a la solidaridad y cooperación internacional.

Con anterioridad, el artículo 4 manifiesta que «el genoma humano en su estado natural no puede dar lugar a beneficios pecuniarios».

Este principio no se encuentra tan solo en la Declaración, sino que constituye una de las líneas de actuación que deben regir las actividades que sobre este campo se realicen dentro de la Unión Europea, deviniendo imprescindible la cooperación científica internacional a este respecto²⁹.

El principio de no utilización del patrimonio común de la Humanidad para fines bélicos lo ampara, con respecto al genoma humano, el artículo 15 de la citada Declaración, que encomienda a los Estados la adopción de las medidas adecuadas para fijar el marco del libre ejercicio de las actividades dirigidas a su investigación ciñéndose a los principios establecidos en la Declaración. Dispone que los Estados «velarán porque los resultados de esas investigaciones no puedan realizarse con fines no pacíficos».

El Convenio relativo a los Derechos Humanos y la Biomedicina³⁰ solo permite las intervenciones sobre el genoma humano por razones preven-

²⁹ García González, 2001, pág. 121.

³⁰ Hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997. También conocido como Convenio de Asturias, Convenio de Oviedo o Convenio de Bioética para la medicina.

tivas, diagnósticas o terapéuticas, y siempre que no afecte a la descendencia³¹. Es decir, se está prohibiendo cualquier intervención genética en línea germinal³².

Nada se dice expresamente sobre la inapropiabilidad del genoma humano por parte de los Estados, pero la misma consideración del genoma humano como patrimonio de la Humanidad en el artículo 1 de la Declaración (con los problemas que esta manifestación supuso precisamente porque se buscaba evitar que se pudiera entender que el genoma humano pertenecía a un determinado colectivo) y los principios que la informan, la admiten tácitamente.

Merece la pena resaltar que la Declaración Universal de la UNESCO sobre Bioética y Derechos Humanos, de 19 de octubre de 2005, Su preámbulo tiene presente que «la diversidad cultural, fuente de intercambios, innovación y creatividad, es necesaria para la especie humana y, en este sentido, constituye un patrimonio común de la humanidad», y establece en su artículo 12 que «se debería tener debidamente en cuenta la importancia de la diversidad cultural y del pluralismo. No obstante, estas consideraciones no habrán de invocarse para atentar contra la dignidad humana, los derechos humanos y las libertades fundamentales o los principios enunciados en la presente Declaración, ni tampoco para limitar su alcance», y hace mención en su artículo 16 a «las repercusiones de las ciencias de la vida en las generaciones futuras, en particular en su constitución genética». Se aprecia la preocupación de esta Declaración de tutelar de manera simultánea, al individuo considerado de manera individual y social y a las generaciones futuras.

3. Adecuación del patrimonio genético de la Humanidad al concepto de bien jurídico penal según los requisitos establecidos por Silva Sánchez

La delimitación de un bien jurídico como penal o no, posee gran trascendencia puesto que de esta caracterización dependerá la incriminación o no de actividades susceptibles de dañarlo o ponerlo en peligro. Para realizar esta misión resulta ineludible un análisis detallado de un posible objeto de protección penal y del perfil requerido para acceder a la categoría reseñada.

³¹ Artículo 13. Únicamente 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.

³² Véanse los puntos 89 a 92 del Informe explicativo de la Convención para la Protección de los Derechos Humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina.

Esta tarea, referida al patrimonio genético de la Humanidad, es la que pretendo realizar en las páginas siguientes. Se trata de dar respuesta a la pregunta ¿puede considerarse el patrimonio genético de la Humanidad un bien jurídico penal?

Los requisitos necesarios para considerar que un bien jurídico posee trascendencia penal son, siguiendo a Silva Sánchez³³, la existencia de una dañosidad social cualificada, la referencia personal del objeto lesionado, la idea de proporcionalidad y, por último, tomar la Constitución Española como punto de referencia para la concreción de los objetos dignos de protección penal. Va a ser en base a estos rasgos definitorios a partir de los cuáles se va a analizar el potencial del patrimonio genético de la Humanidad cómo bien jurídico penal.

3.1. Dañosidad social cualificada

El ordenamiento debe responder ante aquellos comportamientos que produzcan un daño social, pero solo cuando éste tenga entidad suficientemente grave obtendrá una réplica penal.

La modificación del genotipo de un individuo, como integrante de la Humanidad y, por tanto, como uno de los titulares del patrimonio genético, puede realizarse en línea germinal o en línea somática. Posee vital importancia la distinción, en cualquiera de estas líneas, del patrimonio genético patológico (es decir, alteraciones que se realizan con finalidad terapéutica) y el patrimonio genético no patológico (en las que las mutaciones genéticas buscan otro tipo de fines).

Las intervenciones en línea germinal se materializan sobre los gametos, lo que implica que una alteración de los mismos afectará tanto al sujeto portador de esas células como a toda su descendencia. Nos encontramos con una acción con consecuencias para las generaciones presentes y futuras, por lo que deben entenderse como socialmente reprobables. El desprecio a la intervención en línea germinal es tal que incluso la terapia génica sobre este tipo de células está prohibida dentro de la Unión Europea³⁴.

Las conductas de ingeniería genética³⁵ realizadas en vía somática afectan tan sólo al sujeto que las soporta. Pero a la hora de analizar su

³³ Silva Sánchez, 2002.

³⁴ Prohibición recogida por García González, 2001, pág. 118.

³⁵ Mantovani, 1994, pág. 94 ofrece dos definiciones de manipulación genética. La primera de ellas, de significado restrictivo y propio por la que se refiere exclusivamente a técnicas de modificación de caracteres del patrimonio genético. La segunda, de significado más amplio e impropio que abarca también las manipulaciones de los gametos y de los

posible dañosidad social hay que diferenciar si las modificaciones se realizan sobre el patrimonio genético patológico o no patológico.

Los cambios en células adultas (ya diferenciadas) y sus consecuencias (efectos secundarios, carácter transitorio o permanente...), son actuaciones que si obedecen a una finalidad terapéutica (es decir, sobre el patrimonio genético patológico) y cuentan con la prestación de un consentimiento debidamente informado³⁶, no constituyen un perjuicio social y mucho menos cualificado, cuando realmente este es uno de los loables objetivos de la Genética actual. Para Higuera Guimerá³⁷, siguiendo a Eser, los criterios que debían regir estas actuaciones no presentaban ninguna problemática jurídica y se les podía equiparar a las directrices sobre trasplante de órganos. Posteriormente este autor³⁸, ha modificado ligeramente esta postura, considerando que basta con los principios que rigen cualquier intervención médica de carácter curativo.

Más peliagudo es determinar si la modificación del patrimonio genético no patológico de un sujeto conforma un menoscabo social importante. En un primer momento, atendiendo a la libre disposición de cada persona sobre su propio organismo, habría que calificar estas acciones como no dañinas socialmente. Nada podría objetar a la persona que decidiera, por ejemplo, cambiar su color de ojos o de pelo. Pero no podemos hablar de los individuos como sujetos aislados unos de otros, sino que forman parte de la sociedad en que viven y de la especie humana presente y futura. Y como poseedores de esta condición de miembros de la especie humana, las características genéticas de toda persona forman parte del patrimonio genético de la Humanidad y por ello no puede dejarse al arbitrio de cada persona su alteración o no. Una modificación de esta magnitud si constituye un daño social cualificado, por erigirse como un menoscabo de un bien supraindividual, como es el patrimonio genético de la Humanidad y que afecta a la identidad e irrepetibilidad de la especie humana.

3.2. *Referencia personal del objeto lesionado*

Para ser merecedor de tutela penal, el objeto lesionado debe poseer una referencia personal individual.

embriones, no siempre dirigidas a la modificación del patrimonio genético, así como a las técnicas de reproducción asistida.

Cuando en este trabajo menciono técnicas de manipulación o ingeniería genética me estoy refiriendo a su significación estricta, por la que me decantado por considerarla más precisa.

³⁶ Vid. Bajo Fernández, 1989; Jorge Barreiro, La relevancia jurídico-penal del consentimiento del paciente en el tratamiento médico-quirúrgico, 1982.

³⁷ Higuera Guimerá, Los problemas jurídicos de la terapia génica en línea somática y en línea germinal, 1993, pág. 234.

³⁸ Higuera Guimerá, Los delitos relativos a la manipulación genética, 2001, pág. 408.

Llegado el momento de tratar este punto, es necesario detenerse un instante sobre la distinción entre objeto material de los hipotéticos delitos contra el patrimonio genético de la Humanidad y el sujeto pasivo de los mismos.

El ritmo vertiginoso al que se suceden los avances en esta materia ha confundido a algunos juristas a este respecto. Es cierto que la mayoría de estas técnicas tiene lugar sobre células embrionarias. Pero esto no significa que a quién estemos atacando sea al no nacido. Si alteramos un gen portador, por ejemplo, de un determinado color de piel, no se está atacando la vida humana prenatal o su integridad, igual lo que se pretende es mejorarla. Claro que es factible que en la realización de estas técnicas se causen lesiones al feto o su muerte, supuestos contemplados autónomamente en el Código Penal (artículos 157 y 158) y que provocarían un concurso delictual.

Hay que ver más allá, puesto que el interés digno de amparo penal en los supuestos que nos ocupan sería, precisamente, el patrimonio genético de la Humanidad.

Esto no es obstáculo para estimar que la protección del patrimonio genético de la Humanidad es, en última instancia, una concesión de amparo penal a todos y cada uno de los individuos, a su identidad e irrepetibilidad.

Primero, porque cualquier vulneración de éste es un ataque a la dignidad humana, tal y como establece el artículo 1 de la Declaración cuando dice que «el genoma humano es la base de la unidad fundamental de todos los miembros de la familia humana y el reconocimiento de su dignidad intrínseca y su diversidad».

Segundo, porque el patrimonio genético de la Humanidad se daña cambiando el genoma de cada individuo. Modificar los genes de una persona implica interferir gravemente en lo que será su personalidad (determinada por su herencia genética y por el ambiente en que se desarrolla) y, por tanto, afectará también al desarrollo de los demás individuos en cuanto que seres sociales que se relacionarán con el sujeto cuyo patrón genético ha sido alterado.

Se ve entonces claramente como asignando tutela penal al patrimonio genético de la Humanidad se ampara también a todas y cada una de las personas que forman el género humano. En este sentido Benítez Ortúzar ha manifestado que «el Genoma humano, por tanto, es fuente de información que va a tener incidencia en una doble vertiente: en una vertiente individual: va a dar lugar a planteamientos éticos y jurídicos respecto a la posible afección de derechos fundamentales tradicionales [...], en una vertiente colectiva, respecto a la especie humana en su conjunto»³⁹.

³⁹ Benítez Ortúzar, *La especie humana ante los avances biotecnológicos. Necesidad de una tutela específica*, 2007.

3.3. *Requisitos de proporcionalidad. Necesaria referencia a la Constitución Española*

El principio de proporcionalidad, vigente en todo el ordenamiento jurídico, con más motivo debe imperar en el sistema penal por poseer las sanciones más graves y limitativas de derechos que pueden imponerse a las personas.

La idea de proporcionalidad viene a decirnos que la reacción punitiva frente a la comisión de una infracción no debe ser desmesurada. Por ello, las conminaciones penales deben hacerse efectivas únicamente frente a los bienes más importantes: aquellos que se encuentran recogidos dentro de la Constitución.

El problema estriba en determinar qué bienes se consideran constitucionalmente relevantes. Si mantenemos una posición estricta, sólo alcanzarán este rango aquellos intereses que expresamente se mencionan en la Norma Fundamental, quedando en patrimonio genético de la Humanidad fuera de esta concepción, no mostrándose merecedor de tutela penal.

Pero esta postura no se mantiene porque en ningún momento puede considerarse el texto constitucional como un catálogo de bienes o valores a cuya lesión o puesta en peligro, independientemente de otros criterios como necesidad y merecimiento de pena, el Derecho Penal responde aplicando una sanción.

La referencia constitucional del bien jurídico pasa por entender la Norma Fundamental como definatoria de un marco en el que poder darle cabida. Sin esta flexibilidad, la Constitución no estaría a la altura de las nuevas necesidades propias de la evolución social y ya se habría mostrado incapaz de regir nuestro ordenamiento jurídico.

Cuando mencionamos, por consiguiente, de bienes constitucionales, englobamos a los amparados tanto expresa como implícitamente.

Una vez comprobado que el patrimonio genético de la Humanidad no es un bien expresamente mencionado en la Constitución Española hay que estudiar la posibilidad de que se trate de un bien contemplado tácitamente en la misma.

El artículo 10 CE establece la dignidad humana como uno de los «*fundamentos del orden político y de la paz social*». Como en las demás materias, debe erigirse como principio rector de las actividades realizadas sobre el patrimonio genético y debe entenderse desde una doble perspectiva⁴⁰. La dignidad humana constituye un límite a las investigaciones sobre el patri-

⁴⁰ González Cussac, 1995, págs. 69-70.

monio genético humano, pues nunca se podrán realizar actividades que la vulneren. Pero al mismo tiempo es el fundamento de estas técnicas. Su utilización en beneficio de la salud de los individuos, de la mejora de su integridad física y moral supondrá un enriquecimiento de la misma.

La Constitución Española reconoce y protege «la producción y creación literaria, artística, científica y técnica» (artículo 20, apartado 1, b), pero fijando como límite «en el respeto a los derechos reconocidos en este título, en los preceptos de las leyes que los desarrollen...» (apartado 4). Entre los derechos a los que se refiere el artículo 20, apartado 4, se encuentra el derecho a la vida y a la integridad física y moral (artículo 15). Encuentra también reconocimiento constitucional «el derecho a la protección de la salud» (artículo 43.1), encomendando esta norma a los poderes públicos la organización y tutela de la misma, deber de promoción que en el artículo 44.2 se fija para «la ciencia y la investigación científica y técnica en beneficio del interés general».

Dentro de este perímetro constitucional hay espacio para considerar el patrimonio genético de la Humanidad como bien constitucional. Su protección e investigación, por los beneficios que reporta para la salud humana, debe constituir un campo más de actuación de la libertad científica y de investigación (artículo 44.2), aunque rigiendo todas las actividades por el respeto a la dignidad humana (artículo 10) y no menoscabando ningún derecho fundamental de la persona.

La investigación genética es una investigación médica como cualquier otra, pero en la que entra en juego un amplio abanico de posibilidades tanto beneficiosas como perjudiciales cuyas consecuencias alcanzan una gran magnitud. Por tal motivo es una actividad que debe promoverse, pero dentro de unos límites, como acabamos de ver, y que, en mi opinión, conceden rango constitucional al patrimonio genético de la Humanidad.

4. Cumplimiento por parte del patrimonio genético de la Humanidad de las funciones encomendadas a un bien jurídico penal

El patrimonio genético de la humanidad cumple los requisitos necesarios para poder ser considerado un bien jurídico penal⁴¹. A continuación, desgranamos su capacidad para cumplir con las funciones que los

⁴¹ Peris Riera & García González, El bien jurídico protegido en los delitos relativos a la manipulación genética: criterios de incriminación, 2005, pág. 117 ss defienden la identidad genética del ser humano como bien jurídico protegido considerado, no sólo como su irrepitibilidad, también como la intalterabilidad del patrimonio genético de la humanidad. Para Tamarit Sumalla, 2006, la intagibilidad e inalterabilidad de la herencia genética humana es el bien jurídico protegido por el artículo 159 del Código Penal.

bienes jurídico-penales tienen atribuidas, dejando atrás el problema de falta de precisión⁴² de que adolecen que los bienes jurídico-penales barajados hasta ahora por la doctrina.

4.1. *Función interpretativa*

Entendida como la capacidad de otorgar una exégesis adecuada de los tipos penales, el bien jurídico penal se convierte en una pieza angular para la aplicación o no de un tipo penal ante un comportamiento presuntamente delictivo.

Conociendo cuál es el verdadero objeto de protección penal de la norma, su análisis podrá efectuarse de la manera más adecuada, permitiendo excluir aparentes ataques o puestas en peligro contra éste que no lo vulneran realmente.

Esta misión, siendo importante en el momento de aplicar o no cualquier tipo fijándonos en el bien jurídico penal que ampara, cobra una trascendencia vital en una materia tan compleja técnicamente como la que nos ocupa.

Tener claro que el bien jurídico penal contra el que tratan de prevenirse ataques o puestas en peligro es el patrimonio genético de la Humanidad ayuda a evitar la confusión con otras conductas que, utilizando técnicas genéticas son susceptibles de lesionar otros bienes jurídicos, como es el supuesto recogido en el artículo 160 del Código Penal. En la utilización de la ingeniería genética para producir armas biológicas o exterminadoras de la especie humana, la acción típica abarca el uso de la ingeniería genética pero realmente el bien jurídico penal recogido en dicho precepto es la especie humana.

La dificultad que puede surgir a la hora de interpretar la norma penal protectora del patrimonio genético de la Humanidad de conformidad con el mismo es el alto nivel de conocimientos científicos requerido para conocerlo plenamente, así como para poder percibir si una conducta, que necesariamente va a tener un marcado carácter técnico, lo daña o pone en peligro.

⁴² De la Cuesta Aguado, 2019, pág. 20, ha resaltado cómo «los bienes jurídicos enunciados doctrinalmente se construyen sobre valores abstractos, intemporales e intergeneracionales, poco adecuados para cumplir con las funciones del bien jurídico». Por su parte Pérez-Sauquillo Muñoz, 2019, pág. 58, expone como «del texto legal también se ha deducido la protección de otros bienes de esta naturaleza: así, aunque no sin controversia, se habla del genoma humano —o del patrimonio genético hereditario y la supervivencia del género humano».

Por este motivo, al igual que ocurre en otros campos donde se requiere un nivel de conocimientos técnicos elevado, el encargado de aplicar la norma, el Juez, deberá estar asesorado por profesionales de la materia.

4.2. *Función crítica*

La función crítica es una garantía de los ciudadanos frente al legislador, que solamente podrá castigar aquellas conductas que pongan en peligro o lesionen algún bien jurídico penal.

La clasificación del patrimonio genético de la Humanidad como bien jurídico penal es, ante todo, la certeza para todos los ciudadanos, por una parte, que no se les va a imponer sanción alguna por acciones que no lo lesionen o pongan en peligro; por otra, que el ordenamiento jurídico está preparado para reaccionar frente a los ataques de quienes realicen este tipo de comportamientos.

Defender un contenido material del bien jurídico penal que, consecuentemente, tiene encomendada una misión crítica, es sostener, además, la utilidad de éste para revelar al legislador conductas que pueden lesionarlo o ponerlo en peligro y se hallan carentes de tipificación, lo que implica una constante revisión del ordenamiento jurídico.

La creación de híbridos o quimeras es muestra de una conducta que, entre otras⁴³, produciendo claramente un perjuicio para el patrimonio genético de la Humanidad no encuentra, cómo debería, respuesta penal alguna.

4.3. *Función de medición de la pena*

Producido un ataque o puesta en peligro del bien jurídico, su gravedad o intensidad serán factores a tener en cuenta, desde la perspectiva de la antijuricidad material, para fijar la pena.

Aunque existe diversidad de acciones que son susceptibles de dañar el patrimonio genético de la Humanidad, el reproche penal no puede ser el mismo en todos los supuestos.

No puede aplicarse la misma penalidad a, por ejemplo, la modificación del genoma en línea somática de una persona que, menoscabando el patrimonio genético de la Humanidad (ya que el genotipo de cada persona es parte integrante de éste), no va a trascender más allá de este

⁴³ García González, 2001, pág. 122, enumera los comportamientos susceptibles de conminación penal de acuerdo con las directrices de la Unión Europea en este campo.

sujeto, que a la modificación de los genes contenidos en varios embriones y que cambiarán tanto la información genética de estos como de toda su descendencia.

Resaltar, por último, que, debido al alto grado de conocimientos técnicos necesarios para realizar los comportamientos típicos contra el patrimonio genético de la Humanidad, la pena de inhabilitación para los profesionales especializados en la materia tal vez sea la de aplicación más adecuada para estos supuestos.

4.4. *Función sistemática*

El bien jurídico penal aporta una utilidad sistemática, tratándose de un medio para clasificar los distintos tipos penales recogidos en la parte especial del Código Penal.

El legislador de 1995 claramente ha dejado al margen esta función del bien jurídico penal en el campo que nos ocupa.

La rúbrica que engloba los artículos 159 y 162 CP se refiere a los *Delitos relativos a la manipulación genética*, clasificando la tipicidad de estas conductas atendiendo a los medios empleados en ellas, pero no al objeto de su protección, como debería haber hecho.

Si el criterio de sistematización de los tipos hubiera obedecido al bien jurídico penal tutelado, el artículo 160 CP debería estar ubicado dentro de los delitos contra la Comunidad internacional⁴⁴ y el artículo 162 CP formaría parte de los delitos contra la libertad⁴⁵.

El título adecuado para aunar conductas como la clonación, la alteración de los genes tanto en línea germinal como en línea somática... es el de *Delitos contra el patrimonio genético de la Humanidad*.

Tutelar el patrimonio genético de la Humanidad trae consigo amparar también los ataques a la dignidad humana que mediante estas técnicas puedan producirse, así como a la identidad e irrepetibilidad del ser y de la especie humana, su salud y su integridad física y moral.

⁴⁴ De esta opinión Jorge Barreiro, *Los delitos relativos a la manipulación genética en sentido estricto*, 2001, págs. 85-86; Romeo Casabona, *Los llamados delitos relativos a la manipulación genética*, 2001, pág. 385; Valle Muñiz, 1996, pág. 773.

⁴⁵ Sostienen esta idea Corcoy Bidasolo, 2001, pág. 1118; Higuera Guimerá, *Los delitos relativos a la manipulación genética*, 2001, pág. 435; Jorge Barreiro, *Los delitos relativos a la manipulación genética en sentido estricto*, 2001, pág. 86; Romeo Casabona, *Los llamados delitos relativos a la manipulación genética*, 2001, pág. 400, Valle Muñiz, 1996, pág. 768.

5. Caracterización del patrimonio genético de la Humanidad como bien jurídico penal

El patrimonio genético de la Humanidad como bien jurídico penal está acompañado de una serie de rasgos especiales sobre los que es necesario detenerse.

5.1. Doble dimensión

Esta particularidad⁴⁶ viene dada por las distintas consecuencias de la intervención genética en línea germinal y en línea somática.

La dimensión individual se centra en las actuaciones en vía somática y en el sujeto (como no, integrante de la Humanidad) que soporta los comportamientos lesivos o potencialmente dañinos de las mismas. Son su unicidad como ser humano, su derecho a la individualidad e identidad genéticas, a heredar características genéticas no manipuladas, etc... los que pueden verse afectados. El sujeto pasivo en estos casos será en preembrión, embrión, feto o individuo ya nacido⁴⁷.

La dimensión colectiva viene dada por las intervenciones sobre material genético en vía germinal, en la medida que afectan y están conectadas con el resto de los individuos y que configuran a toda la especie humana como sujeto pasivo⁴⁸. Justifica la tutela penal concedida a los gametos humanos y al ser humano no nacido, que son protegidos no por sí mismos⁴⁹ sino en la medida en que a través de ellos pueden afectar a futuros seres humanos y a la especie humana⁵⁰.

Ambas dimensiones, aunque de forma diferente, afectan al patrimonio genético de la Humanidad.

La naturaleza colectiva de este bien jurídico penal implica la irrelevancia del consentimiento de la persona que acepta la realización de estas prácticas sobre sus células, ya sean adultas o sexuales.

⁴⁶ Efectúan esta distinción García González, 2001, pág. 214 y ss; Gracia Martín, 1997; Jorge Barreiro, Los delitos relativos a la manipulación genética en sentido estricto, 2001, pág. 95; Romeo Casabona, Los llamados delitos relativos a la manipulación genética, 2001, pág. 339; Soler Matutes & Sánchez Molero, 1997, pág. 168 y ss.

⁴⁷ Jorge Barreiro, Los delitos relativos a la manipulación genética en sentido estricto, 2001, pág. 95.

⁴⁸ Jorge Barreiro, Los delitos relativos a la manipulación genética en sentido estricto, 2001, pág. 95.

⁴⁹ Cuerda Riezu, 1993, pág. 226, no comparte esta opinión.

⁵⁰ Romeo Casabona, Los llamados delitos relativos a la manipulación genética, 2001, pág. 340. Además, este autor sostiene que esta doble dimensión configura a estos delitos, al mismo tiempo, como delitos de resultado y de peligro abstracto.

Ya que nos situamos frente a un bien jurídico penal cuya titularidad no es individual, evidentemente una sola persona no tiene facultad de disposición sobre el mismo. Por ello, si presta su consentimiento a la materialización de actividades vulneradoras del mismo, habría que estudiar si puede ser calificada como cooperadora, coautora o inductora⁵¹ de las mismas. Si se actuase contra su voluntad los delincuentes, además, incurrirían en un comportamiento penalmente relevante en la esfera de los delitos contra la libertad.

Sería recomendable que los tipos que recogen acciones contrarias a la protección del patrimonio genético de la Humanidad, se regulase el consentimiento de la persona sobre la que recae la técnica genética, el donante y el receptor (si los hay) de las células empleadas.

5.2. *Universalidad*

La calificación del genoma humano como patrimonio común de la Humanidad debería conllevar que este bien jurídico penal poseyese carácter universal. Pero la universalidad del patrimonio genético de la Humanidad no ha de limitarse a una mera adjetivación sino que debería implicar no sólo este reconocimiento por la totalidad de los Estados y organizaciones internacionales, también su protección por todos ellos atendiendo a criterios y principios sino exactamente iguales por la dificultad fáctica que ello supone (debido a la diversidad de corrientes políticas, culturales, religiosas, económicas y éticas existentes a nivel mundial), sí lo más semejantes posibles.

La existencia de políticas distintas en torno a la investigación, aplicación y explotación de los conocimientos científicos alrededor del genoma humano se da hoy entre Estados Unidos y Europa⁵². Mientras que dentro de la Unión Europea se discute la licitud de la investigación sobre células embrionarias, en Estados Unidos el único límite existente sobre este punto es que no se realice con fondos públicos; mientras que los países europeos consideran el genoma humano como patrimonio de la Humanidad, adecuando en mayor o menor medida sus legislaciones a este principio, en Estados Unidos las directrices seguidas poseen un marcado carácter patrimonial que ha llevado incluso a la patentización de la célula humana viva.

Las consecuencias económicas son de gran magnitud, pudiendo abocar a la Unión Europea a exportar de Estados Unidos los avances genéticos, con el coste que ello supondría. Además, dentro de la comunidad

⁵¹ Corcoy Bidasolo, 2001, pág. 1113.

⁵² Vid. Corcoy Bidasolo, 2001, pág. 1118.

científica podrían generarse desigualdades tanto en las posibilidades de investigación como en el acceso a los recursos.

Los beneficios de la tecnología genética deben fomentarse para todos los ciudadanos, incluyendo a los más desfavorecidos y a quienes viven en países con inferior nivel de desarrollo.

Pero los efectos desfavorables de la falta de uniformidad negativa no son solo económicos. Si la protección de estas prácticas se realiza únicamente por la legislación nacional su burla sería fácil⁵³, creándose «refugios» o «paraísos» genéticos.

Se necesita una correcta y global reglamentación de estas prácticas para paliar otros efectos negativos que el mal uso de estas técnicas puede tener, así consecuencias aberrantes para la especie humana o la creación de un «mercado negro» de material biológico.

Todos estos indeseables, pero posibles efectos negativos de la inadecuada utilización de la ingeniería genética han provocado en la doctrina, tanto nacional⁵⁴ como internacional⁵⁵, una corriente que solicita la creación de una normativa internacional homogénea.

6. Técnicas de intervención penal para los delitos contra el patrimonio genético de la Humanidad

Resta por determinar cuál es el método más adecuado para tipificar el bien patrimonio genético de la Humanidad.

6.1. Técnicas de tipificación

6.1.1. Regulación penal, administrativa o mediante una tercera vía

Frente a actitudes extremas seguidas por los poderes legislativos de Portugal⁵⁶, donde se ha optado por una inhibición total en materia legal frente a estas conductas, y Alemania⁵⁷, que ha tomado partidos por una prohibición casi absoluta de la investigación, debe efectuarse una regulación de la ingeniería genética. Esta normativización pasa obligatoria-

⁵³ García González, 2001, pág. 131.

⁵⁴ Corcoy Bidasolo, 2001, pág. 1118; García González, 2001; Romeo Casabona, El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana, 1994, pág. 42.

⁵⁵ Pannain, Pannian y Voca, citados por García González, 2001 (n.p. 216).

⁵⁶ García González, 2001, pág. 92 y ss.

⁵⁷ García González, 2001, pág. 107 y ss, Peris Riera J. M., La regulación penal de la manipulación genética en España: principios penales fundamentales y tipificación de las genotecnologías, 1995, pág. 198 y ss.

mente por entender el ordenamiento jurídico como un sistema global en el que sus diversos sectores cumplen misiones distintas, pero igualmente necesarias que se engarzan unas con otras. Debe propugnarse la creación no de un Derecho Penal de la Genética o un Derecho Administrativo de la Genética, sino un Derecho de la Genética que regule sus aspectos administrativos, civiles y penales.

A este respecto se han realizado diversas teorías sobre la manera adecuada de legislar en este campo.

Una de ellas ha sido la elaborada por Sieghart⁵⁸ que concibe cuatro sistemas de ordenación jurídica en la investigación científica:

- *De prohibición*: sistema contrario a la libertad de investigación que rige en nuestro país, así como a la promoción de la salud por los beneficios que la investigación mediante técnicas genéticas puede reportar para ésta.
- *Reglamentación y régimen de autorizaciones*: consistente en definir las condiciones de la investigación genética, así como la previsión de sanciones para el caso que estas se vulneren.
- *Responsabilidad civil*: asociada a los daños que puedan causarse mediante estas actividades.
- *Códigos deontológicos*: para la protección de los profesionales, tanto interna (por otros profesionales), como externa (clientes, empresas...).

Sánchez Molero y Soler Matutes⁵⁹ recogen exhaustivamente los diversos argumentos que se han manejado en favor de la opción de la

⁵⁸ En España la recogen Ruiz Vadillo, 1986, pág. 3656 y García González, 2001, págs. 138-139.

⁵⁹ Soler Matutes & Sánchez Molero, 1997, pág. 1685, Soler Matutes & Sánchez Molero, 1997, 1685, recogen los siguientes argumentos en favor de la penalización:

a) Existencia de un bien jurídico digno de protección penal, b) Concurrencia de los requisitos de merecimiento de pena y de necesidad de pena, c) Necesidad de superar retrasos y carencias en la tutela de los tradicionalmente llamados «delitos contra las personas», d) Necesidad de hacer frente a nuevos ataques y, por ende, e) Necesidad de protección de bienes transpersonales.

Las fundamentaciones esgrimidas para que no se produzca esta penalización son: a) La penalización de determinadas conductas supone la violación de un principio constitucional recogido en el artículo 44. 2 de la Norma Fundamental; b) Posibilidad de remitir la tutela de los bienes afectado por la manipulación genética a las normas comunes ya existentes en el Código Penal, evitando la multiplicación de conductas; c) Suficiencia de la imposición de sanciones administrativas impuestas a la transgresión de los límites permitidos en el ámbito de las técnicas genéticas; d) incongruencia al dispensar mayor tutela al no nacido que al nacido; e) La voluntad nacional no tiene competencia para legislar sobre el terreno tan especializado como el de las ciencias biotecnológicas; f) Argumentos de inpracticabilidad técnica que justifican la no criminalización de comportamientos entre la concepción y la anidación y g) Los ataques producidos con las técnicas de manipulación

administrativización o penalización de las conductas que, dentro de la ingeniería genética, se consideran reprobables.

Independientemente de la valoración que se pueda dar a cada uno de ellos, no se trata, de elegir entre uno u otro modelo sino de que cada uno despliegue su acción en el campo y en la medida en que este sea necesario, pero sin que esto suponga una exclusión de uno en favor de otro.

Por su parte, Mantovani⁶⁰ realiza una proposición en la que recoge las principales carencias y necesidades en este campo, como son:

1. Insuficiencia de los sistemas (necesarios por otro lado), de controles extrajurídicos, de la autoeducación y del autocontrol profesional.
2. Necesidad de una reglamentación jurídica, sometida al principio de reserva de Ley.
3. Creación de sistemas jurídicos acumulativos basados en las sugerencias que se recogen en las Recomendaciones del Consejo de Europa.
4. Insuficiencia del tradicional Derecho Penal represivo.
5. Exigencia de un nuevo Derecho Penal preventivo centrado en los delitos obstáculo o en los delitos de peligro abstracto.
6. Recurso a modelos orientados a la incriminación de determinadas actividades.
7. Enriquecimiento del Código Penal con nuevas categorías de delitos contra las personas, la integridad y la salud colectiva y del ambiente.

Pero ha sido la propuesta realizada por Eser⁶¹ a mediados de los años ochenta la de mayor calado dentro de nuestras fronteras⁶². Este autor expone una protección de distinta extensión e intensidad según las distintas necesidades.

Establece la intervención legal en varios niveles:

1. Nivel deontológico

Los propios científicos, mediante sus códigos éticos, pueden elaborar el marco de licitud en el que realizar estas actividades.

genética se originan desde el anonimato de especializados laboratorios, con amplias dificultades técnicas para su persecución y para la individualización de responsabilidades.

⁶⁰ Mantovani, 1994, pág. 116 y ss.

⁶¹ Eser, 1986, pág. 347 y ss.

⁶² La siguen Romeo Casabona, *El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana*, 1994, Peris Riera J. M., *Orden biológico versus orden jurídico: el derecho en el tercer milenio*, 1997, pág. 93 y ss.

A la normativa deontológica se le pueden formular diversas objeciones⁶³.

La primera de ellas es la ineficacia que la ética está demostrando, en general, como método de autocontrol social para la protección de bienes jurídicos. Según Silva Sánchez⁶⁴ es excepcional el supuesto en que una conducta siendo legal, pero a la vez inmoral, recibe la correspondiente reprobación social.

La segunda consiste en que no puede dejarse al arbitrio de los propios científicos la toma de decisiones que afectan a una gran colectividad (que abarca también a las generaciones futuras). Además, la falta de escrúpulos de algunos profesionales, así como el afán de sabiduría y conocimiento, son factores que pueden poner en duda la fiabilidad de las resoluciones que se adopten.

La tercera es que, paradójicamente, supone una intervención legislativa, ya que las sanciones que se impongan a este nivel tendrán que estar previstas en la ley⁶⁵.

Todo cuanto se ha dicho no es obstáculo para reconocer la utilidad que, desde ámbitos corporativistas (p.ej. comités de ética), pueden mostrarse para: 1) detectar nuevos problemas; 2) ofrecer pautas de orientación y asesoramiento; 3) llamar la atención de los poderes públicos para que asuman sus responsabilidades y tomen las iniciativas institucionales que correspondan⁶⁶.

2. Nivel administrativo

Adecuado para establecer las condiciones y requisitos profesionales para la realización de técnicas de manipulación genética, así como las sanciones a imponer cuando estas se infrinjan. También para controlar los intereses económicos que subyacen a estas actividades.

Pero la regulación administrativa debe dotarse de un doble aspecto, el de control que acabo de mencionar y el de fomento que se encargue de incentivar, subvencionar... esta clase de actividades por los beneficios que puede reportar.

3. Nivel penal

Al que debe acudir para aquellos supuestos más graves de ataques a los bienes jurídico-penales y siempre y cuando concurran los requisitos de necesidad, merecimiento e idoneidad de la pena.

⁶³ Peris Riera J. M., Orden biológico versus orden jurídico: el derecho en el tercer milenio, 1997, pág. 93 y ss.

⁶⁴ Silva, 1999, pág. 62.

⁶⁵ García González, 2001, pág. 139.

⁶⁶ Romeo Casabona, El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana, 1994, pág. 179 y ss.

Un sector de la doctrina penal española (p.ej. Cuerda Riezu⁶⁷) se mostró contrario a la penalización de conductas en el campo genético, apoyándose sobre todo en el principio de última ratio del Derecho Penal.

Frente a esta actitud, Valle Muñiz y González González⁶⁸ posicionándose a favor de las conductas que requieran su incriminación, manifiestan que «colocar el límite jurídico penal al derecho fundamental a la investigación científica, allí donde está en juego la propia esencia del ser humano y, probablemente, el futuro de nuestras civilizaciones, no parece que pueda vulnerar el carácter de última ratio de la intervención punitiva»⁶⁹.

La responsabilidad civil, ya sea basada en culpa extracontractual (artículos 1.902 y siguientes del Código Civil) como derivada de la comisión de un delito, si bien puede suponer la reparación de un daño causado, carece de efectos preventivos⁷⁰, debido a que: 1) sólo opera cuando el suceso ya ha tenido lugar⁷¹; 2) sólo significará un coste más, frente a los beneficios que se obtenga por la industria médica y farmacéutica, de la realización de esta clase de investigación es⁷² que como mucho repercutirá en el precio final de los productos que salgan al mercado y; 3) dado el crecimiento de los seguros que cubren la casi totalidad de las actividades profesionales, no implican una mayor diligencia del agente, puesto que la indemnización que pueda devengarse, correrá a cargo de la aseguradora, lo que conlleva como consecuencia más grave un incremento general de las primas.

6.1.2. Ley penal especial vs. Ley penal codificada

A. Debate doctrinal

La adecuada ubicación de los delitos de manipulación genética ha abierto una discusión entre los defensores de una ley penal especial⁷³ para los mismos o una ley penal codificada⁷⁴.

⁶⁷ Cuerda Riezu, 1993, pág. 227.

⁶⁸ González González & Valle Muñiz, 1992, pág. 132. En el mismo sentido Castelló Nicás, 2002, pág. 168, Prat Westerlindh, 2010.

⁶⁹ De igual opinión Eser, 1986, pág. 1141.

⁷⁰ Ruiz Vadillo, 1986, pág. 3656.

⁷¹ García González, 2001, pág. 139.

⁷² González González & Valle Muñiz, 1992, pág. 132 y García González, 2001, pág. 139.

⁷³ Benítez Ortúzar, Delitos relativos a las actuaciones conexas a las técnicas de reproducción asistida en el Código Penal Español, 1998, Jorge Barreiro, Los delitos relativos a la manipulación genética en sentido estricto, 2001, Romeo Casabona, Los llamados delitos relativos a la manipulación genética, 2001.

⁷⁴ García González, 2001; Gracia Martín, 1997; Peris Riera J. M., La regulación penal de la manipulación genética en España: principios penales fundamentales y tipificación

El legislador penal, cómo bien expone Castelló Nicás⁷⁵ al narrar el devenir de los actuales delitos de manipulación genética en la tramitación parlamentaria del Código Penal, era el primero que no tenía claro si estos comportamientos, debían tutelarse por el Texto Punitivo o mantenerlos al margen.

Los argumentos a favor de una y otra postura han girado fundamentalmente en torno a las ideas de prevención y variabilidad de la materia.

La complejidad de esta materia obliga a que este tipo de comportamientos necesariamente se realicen por especialistas o profesionales que conocerán la legislación específica de su campo de acción, por lo que la inclusión de estos ilícitos es más adecuada (según algunos autores), dentro de una ley penal especial en aras de un mejor cumplimiento de los fines de prevención. Quienes desean que la ubicación de estas conductas se produzca dentro de la norma codificada consideran que la prevención general opera mejor en este campo. Junto a esto hay que señalar que, como manifestaron Sánchez Molero y Soler Matutes⁷⁶, el artículo 28 del Código Penal permite considerar como autores a los no especialistas que actúen como cooperadores necesarios o inductores (sin olvidar que el artículo 159 del Código Penal formalmente viene configurado como un delito común). Para ellos resulta más idónea la prevención general que se acomete mediante el Código Penal. De todos modos, como ha manifestado García González⁷⁷, de la situación de una norma penal no se generan todos los efectos de prevención, sino que esta «depende de múltiples factores entre los que cabe resaltar la utilización de sus efectos ético-sociales, promocionales o simbólicos que realice el propio Estado» o, según Peris Riera⁷⁸, «con su aplicación efectiva y con el conocimiento por la colectividad de tal aplicación».

La rapidez con la que se suceden los avances en este campo científico hará necesarias sucesivas reformas legales que se podrán realizar con mayor rapidez si los ilícitos se recogen en una ley especial. Esta es otra de las bases de quienes creen que esta clase de legislación es la adecuada para esta materia. En este punto se ha producido, como veremos a continuación, una gran confusión por parte de la doctrina. Los avances en materia genética es cierto que se producen a una velocidad desorbitada, pero hay que resaltar dos aspectos que considero fundamentales.

La Genética ha descubierto la existencia del genoma humano, que se encuentra en todos los individuos y que contiene nuestra información

de las genotecnologías, 1995; Soler Matutes & Sánchez Molero, 1997. Con reservas Prat Westerlindh, 2010.

⁷⁵ Castelló Nicás, 2002, págs. 169-171.

⁷⁶ Soler Matutes & Sánchez Molero, 1997, pág. 1690.

⁷⁷ García González, 2001, pág. 267.

⁷⁸ Peris Riera J. M., La regulación penal de la manipulación genética en España: principios penales fundamentales y tipificación de las genotecnologías, 1995, pág. 188.

genética, lo que le concede importancia suficiente como para convertirse en un bien que hay que proteger por el Derecho y que por su importancia y trascendencia ha sido elevado a la categoría de patrimonio de la Humanidad. Este conocimiento es fundamental, base de esta rama de la ciencia, aunque todavía no se sepa del todo su funcionamiento (objetivo del Proyecto Genoma Humano) y presenta la estabilidad necesaria como para poder recogerlo dentro del Código Penal.

Otra cosa muy distinta es la rapidez con la que se suceden los descubrimientos en torno a su funcionamiento, su composición, la ubicación de cada uno de los genes dentro del mismo, sus técnicas de estudio, etc; así como la posibilidad de que bienes «tradicionales» puedan verse atacados por el empleo de esta clase de técnicas.

Los avances que se produzcan implicarán un cambio en los medios de lesión o puesta en peligro, pero no en el bien jurídico que hay que proteger (aunque aumenten las técnicas de intervención sobre el mismo) y por ello si la tipificación se realiza correctamente y en atención al bien jurídico penal, no será necesario modificar continuamente la legislación penal referente al mismo, por lo que esta debe recogerse dentro del Código Penal dada la trascendencia que estos comportamientos van a tener sobre la Humanidad y el sistema de garantías que suministra el Código Penal.

El Código Penal es el instrumento idóneo para recoger la totalidad de ilícitos penales de nuestro ordenamiento, pues, aunque exista la posibilidad de crear leyes especiales, este recurso tiene carácter excepcional y no debe utilizarse más allá de lo estrictamente necesario, con el fin de evitar una indeseable dispersión normativa.

Además, la creación de legislación penal específica está acompañada de una menor trascendencia social con la consiguiente menor concienciación de la población.

La naturaleza difusa o colectiva del bien jurídico no justifica la creación de una ley especial para su protección⁷⁹. Si tuviera que ser así, una gran cantidad de los delitos recogidos en nuestro Código tendrían que abandonarlo para acudir a otras leyes.

Por último, se esgrime una postura de carácter pedagógico⁸⁰ a favor de la codificación de esta materia. Cuando un tipo penal se recoge dentro del Código Penal despierta un mayor interés por parte de los especialistas

⁷⁹ De esta opinión García González, 2001, pág. 267; Peris Riera J. M., *Delitos relativos a la manipulación genética*, 2021, pág. 137.

⁸⁰ De esta opinión Jorge Barreiro, *Los delitos relativos a la manipulación genética en sentido estricto*, 2001, pág. 73; Soler Matutes & Sánchez Molero, 1997, pág. 1686.

en Derecho Penal, lo que lo consagra como un objetivo de investigación y estudio que conlleva un mayor conocimiento de la materia⁸¹.

B. La actitud oscilante del prelegislador español

Bajo una rúbrica tan amplia y variada como es *De la manipulación genética de embriones y fetos humanos y de la inseminación artificial no consentida* (Título V del Libro II), el Proyecto de Código Penal de 1992 recogía las conductas que consideraba merecedoras de sanción penal en este campo y que aparecían como una de las mayores innovaciones del texto. La causa que originó la creación de estos delitos, según la Exposición de Motivos, fue la importancia de las repercusiones de estas actuaciones que «su evitación no puede confiarse sólo a la actuación de los particulares, sino que requiere la intervención del sistema represivo».

Ni el informe del Consejo General del Poder Judicial ni el debate parlamentario sobre este proyecto indicaron la posibilidad que no debiera acudir a la legislación codificada y se mostrará necesario acudir a la ley especial. Por ello resulta llamativo que tanto el Anteproyecto como el Proyecto de Código Penal de 1994 se decidieron a trasladar esta regulación a la ley especial o, mejor dicho, modificar las ya existentes Leyes sobre Técnicas de Reproducción Asistida y sobre Donación y Utilización de Embriones y Fetos Humanos.

Peris Riera⁸² ve como única motivación de este cambio tratar de evitar la discusión que sobre estas figuras iba a suscitarse pero que se eliminaba trasladándolas a la normativa administrativa ya existente y ya debatida.

Pero no es esta la justificación aportada por la Exposición de Motivos de este Proyecto. Para el prelegislador del 94 «si una pretensión relativa de universalidad es inherente a la idea de Código, también lo son la de estabilidad y fijeza, y existen ámbitos en que, por la especial situación del resto del Ordenamiento o por la naturaleza misma de las cosas, esa estabilidad y fijeza son imposibles. Es, por ejemplo, el caso de los delitos relativos al control de cambios o a la manipulación genética (...). En los segundos, el avance constante de la investigación científica hace muy difícil lograr una regulación de la que quepa decir razonadamente que va a resultar adecuada a medio plazo». Durante la tramitación parlamentaria⁸³ la mesa del Congreso de los Diputados propone a la Comisión de

⁸¹ A favor de la opción codificadora se posiciona De la Cuesta Aguado, 2019, pág. 24.

⁸² Peris Riera J. M., *La regulación penal de la manipulación genética en España: principios penales fundamentales y tipificación de las genotecnologías*, 1995, pág. 185.

⁸³ Para un estudio detallado de los trámites parlamentarios véase Benítez Ortúzar, *Delitos relativos a las actuaciones conexas a las técnicas de reproducción asistida en el Código Penal Español*, 1998, pág. 219 y ss.

codificación la inclusión de estos tipos dentro del Código Penal, como finalmente ha quedado.

La precipitación de esta decisión es tal que puede observarse claramente en la Exposición de Motivos del Código Penal⁸⁴, prácticamente idéntica a la del Proyecto del 94 (es decir, mostrándose a favor de la legislación especial) si no fuera porque omite la referencia a los delitos de manipulación genética.

Esta celeridad y brusquedad en el cambio de criterio político criminal, es decir, de no considerar el ordenamiento penal como medio idóneo para la sanción de estas actividades, a su premurosa tipificación como delitos dentro del Código Penal, es uno de los rasgos que, como veremos más adelante, consideran estos preceptos como una muestra de reproducible derecho penal simbólico.

6.1.3. La adecuada opción de incriminación de los delitos contra el patrimonio genético de la Humanidad

Identificado el patrimonio genético de la Humanidad como bien jurídico penal y la mejorable técnica legislativa de los actuales artículos 159 a 162 del Código Penal, se evidencia la necesidad de ofrecer una adecuada incriminación de aquellos comportamientos que lo lesionen o pongan en peligro.

La regulación que el Derecho Penal otorga a aquellos comportamientos no deseados cometidos mediante técnicas genéticas no preocupa sólo en nuestro país.

En Italia, Mantovani ha propuesto la creación de lo que denomina «delitos obstáculo»⁸⁵ para este cometido, delitos consistentes en particulares figuras de peligro abstracto. Se trataría de delitos de peligro abs-

⁸⁴ La Exposición de Motivos del Código Penal de 1995 sobre este punto recoge: "Hoy, sin embargo, tanto el Código Penal como las leyes especiales se hallan jerárquicamente subordinados a la Constitución y obligados a someterse a ella, no sólo por esa jerarquía, sino también por la existencia de un control jurisdiccional de la constitucionalidad. Consiguientemente, las leyes especiales no pueden suscitar la prevención que históricamente provocaban.

Perturbadora, porque, aunque es innegable que un Código no merecería ese nombre si no contuviese la mayor parte de las normas penales y, desde luego los principios básicos informadores de toda la regulación, lo cierto es que hay materias que difícilmente pueden introducirse en él. Pues, si una pretensión relativa de universalidad es inherente a la idea de Código, también lo son las de estabilidad y fijeza, y existen ámbitos en que, por la especial situación del resto del ordenamiento, o por la naturaleza misma de las cosas, esa estabilidad y fijeza son imposibles».

⁸⁵ Su teoría ha sido recogida en nuestro país en las obras de García González, 2001, pág. 103 y ss; Peris Riera J. M., La regulación penal de la manipulación genética en España: principios penales fundamentales y tipificación de las genotecnologías, 1995, pág. 115 y ss.

tracto susceptibles de ser agravados por la materialización de resultados indeseables de estas técnicas.

El punto de partida es una concepción personalista del ser humano y las ventajas que esta técnica de tipificación aporta⁸⁶ consisten en su capacidad para prevenir situaciones concretas de peligro o perjudiciales para estos bienes, en la contención de situaciones de peligro estandarizadas, en que se lograría eludir las creaciones biomédicas no deseables y, sobre todo, en que ya no se hace necesaria la prueba respecto del nexo causal y de la culpa, auténtica *probatio diabólica*.

Tratándose de un bien jurídico supraindividual, la primera posibilidad que se nos ofrece, por encontrarnos múltiples casos en el Código Penal cuando de este tipo de bienes jurídico-penales se trata (de titularidad colectiva y perfiles difusos e incardinado en el moderno Derecho Penal), es su tipificación como delitos de peligro. Realizar la protección del patrimonio genético de la Humanidad por esta vía implicaría, siguiendo a Paredes Castañón⁸⁷, determinar, por un lado, su relevancia social, y por otra, el lugar que ocupa en la jerarquía de bienes jurídicos dentro del ordenamiento jurídico.

La aplicación del principio de precaución a la genética humana a través del Derecho Penal es otra posibilidad estudiada por la doctrina. Romeo Casabona considera que este principio no sólo es trasladable al Derecho Penal, también conveniente desde una perspectiva tanto dogmática como político criminal. Considera que sería un buen complemento para algunas categorías fundamentales de la teoría del delito y, en particular, del bien jurídico-penal. Estima que sus perspectivas de futuro en relación con los delitos de peligro son bastante favorables y que, dentro de los delitos imprudentes de resultado puede desempeñar alguna función complementaria para determinar la conducta que no responde al cuidado objetivamente debido y proceder a la imputación de resultados al margen del pensamiento de la previsibilidad siempre que la relación de causalidad pueda llegar a demostrarse *ex ante*, aunque esto no será posible en todos los casos⁸⁸.

Benítez Ortúzar también ve adecuado el recurso al principio de precaución como estructura típica utilizable el marco del Derecho penal frente a la incertidumbre que se presenta con los avances biomédicos. Según este autor «la determinación de las conductas peligrosas que se incorporen en los nuevos tipos penales deberán construirse sobre nuevas

⁸⁶ Peris Riera J. M., La regulación penal de la manipulación genética en España: principios penales fundamentales y tipificación de las genotecnologías, 1995, págs. 118-119.

⁸⁷ Paredes Castañón, 2003, págs. 112-113.

⁸⁸ Romeo Casabona, Aportaciones del principio de precaución al derecho penal, 2001. Vid. Castelló Nicás, 2002.

construcciones jurídico penales que permitan mantener la coherencia necesaria propia del Derecho penal liberal»⁸⁹.

Basándose en un análisis del Derecho comparado De la Cuesta Aguado se decanta por modificar los tipos actuales en delitos de resultado⁹⁰. Esta autora plantea la creación de tres ilícitos penales:

- La alteración del genoma humano en células germinales.
- La implantación en una mujer del embrión resultante de la conducta anterior.
- La generación asexual de embriones humanos.

El patrimonio genético de la Humanidad posee la definición y precisión necesaria para que se logre la propuesta de Pérez-Sauquillo, de ser lesionado o puesto en peligro por una conducta individual. Esta autora defiende recurrir al concepto normativo de lesión, vinculado a la idea más valorativa de afectación, perturbación, deterioro o menoscabo del bien jurídico protegido⁹¹. Y considera que debería optarse por tipificar los delitos que afectan a bienes jurídicos supraindividuales, cómo delitos de lesión o de peligro concreto.

6.1.4. Naturaleza especial de los delitos que atentan contra el patrimonio genético de la Humanidad

La discusión sobre si las acciones que lesionan o ponen en peligro el patrimonio genético de la Humanidad constituyen delitos comunes o especiales surge en nuestro país a raíz del análisis del artículo 159 del Código Penal.

Los argumentos de quienes sostienen su naturaleza común⁹² se basan en que este precepto en ningún momento alude de profesionales o especialistas en la materia y que estos comportamientos, en principio, puede realizarlos cualquier persona.

El tenor literal del precepto no permitiría considerarlo de otra forma que no sea delito común. Si el legislador hubiera pretendido crear un delito especial así lo habría hecho.

⁸⁹ Benítez Ortúzar, La especie humana ante los avances biotecnológicos. Necesidad de una tutela específica, 2007, págs. 72-73.

⁹⁰ De la Cuesta Aguado, 2019, págs. 25-32. Para Tamarit Sumalla, 2006, pág. 5, el artículo 159 del Código Penal es la propia de un delito de resultado de lesión, que requiere la alteración del genotipo. Según este autor «tan sólo alcanzarán relevancia típica aquellas conductas con capacidad objetiva para imposibilitar, alterar o modificar el desarrollo natural del proceso de formación del ser humano».

⁹¹ Pérez-Sauquillo Muñoz, 2019, pág. 315 y ss.

⁹² Gracia Martín, 1997; Jorge Barreiro, Los delitos relativos a la manipulación genética en sentido estricto, 2001, págs. 85-86; Peris Riera J. , 2021, pág. 142.

Por el contrario, los defensores de la especialidad⁹³ de este tipo basan su postura en varios puntos.

El origen de alguno de estos tipos penales, anteriormente configurados como infracciones administrativas muy graves de una Ley tan específica como la 35 / 1988, sobre técnicas de reproducción asistida, es uno de ellos.

También lo es el elevado grado de formación y conocimientos científicos necesarios para realizar estas técnicas, que reducirán el círculo de potenciales infractores a profesionales expertos en la materia, aunque el Código Penal no lo menciona.

Para Romeo Casabona⁹⁴ el tipo requiere un profesional, como manifiesta la causa de justificación contemplada en el artículo 159 (con finalidad distinta a la eliminación de taras o enfermedades graves).

La imposición por el legislador de la pena de inhabilitación profesional para quienes incurran en estos comportamientos es otra muestra de la especialidad de esta materia, al igual que lo son las exigencias existentes en la legislación específica y la configuración del párrafo 2º del artículo 159 como una negligencia profesional.

Para Sánchez Molero y Soler Matutes⁹⁵ considerar el artículo 159 como un delito especial no deja fuera la posibilidad (basada en el artículo 28 del Código Penal), de considerar como autores a los no especialistas que actúen como cooperadores necesarios o inductores.

Castelló Nicás⁹⁶ mantiene una interpretación intermedia pues considera que, desde el punto de vista formal, nos encontramos ante un delito común, en la práctica la manipulación de genes requiere conocimientos específicos y especiales sobre genética humana.

Independientemente de las opiniones que puedan verse sobre el artículo 159 del Código Penal, lo que el legislador dice o quiere decir, hace o pretende hacer, me inclino por la caracterización de los delitos que atentan contra el patrimonio común de la Humanidad como delitos especiales por varios de los motivos sustentados al respecto (conocimientos científicos, penas de inhabilitación profesional, especialidad de la materia) pero con la precisión de técnica legislativa que esta materia requeriría y de la que carece en la norma penal.

⁹³ Soler Matutes & Sánchez Molero, 1997.

⁹⁴ Romeo Casabona, *Genética y Derecho Penal los delitos de lesiones al feto y relativos a las manipulaciones genéticas*, 1996, pág. 175.

⁹⁵ Soler Matutes & Sánchez Molero, 1997, pág. 1690.

⁹⁶ Castelló Nicás, 2002, pág. 174.

7. Patrimonio genético de la Humanidad y función del Derecho Penal como posible ejemplo de Derecho Penal simbólico

A grandes rasgos, se considera legislación penal simbólica aquellos tipos que no cumplen las funciones que, en principio, tienen encomendadas, bien porque la técnica legislativa aplicada es tan deficiente que no permite su aplicación, bien porque se creación responde a fines que no son los «tradicionales» del Derecho Penal y por ello se han formulado de tal forma que no se puede llevar a cabo su aplicación.

7.1. Origen y manifestaciones del Derecho Penal simbólico

El «Derecho Penal simbólico» o la «legislación simbólica» surge como una consecuencia de la crisis del Derecho Penal orientado a las consecuencias⁹⁷.

Temporalmente aparece durante el siglo xix con el nacimiento de la codificación, pero su origen más próximo, según Baratta, es la segunda mitad del siglo pasado, tanto en Europa, países anglosajones y Sudamérica⁹⁸ (estos últimos por la influencia de la dogmática continental).

La aparición del Derecho Penal simbólico se produce en distintos ámbitos y con diversidad en sus manifestaciones.

Para Hassemer⁹⁹ esta clase de derechos lo constituyen las leyes de declaración de valores, leyes con carácter de apelación moral, leyes coartada o leyes crisis (respuestas sustitutorias del legislador) y las leyes compromiso.

Terradillos Basoco¹⁰⁰ detecta la función simbólica del Derecho Penal en virtud de la utilización que se esté haciendo del bien jurídico. Estima que esta se produce cuando el bien jurídico se convierte en una «tapadera» de otros objetos de protección; se aplica como pretexto justificador de la intervención punitiva en ámbitos que le son ajenos; su protección es parcial (únicamente se produce frente a determinados ataques y no frente a otros más graves) o sencillamente inexistentes (por una defectuosa técnica legislativa).

⁹⁷ Hassemer, 1991, pág. 31.

⁹⁸ Santana Vega, 2001, pág. 146.

⁹⁹ Hassemer, 1991, pág. 31.

¹⁰⁰ Terradillos Basoco, 1991, pág. 18.

Distintas modalidades de Derecho Penal simbólico son las recogidas por Cuello Contreras¹⁰¹, Santana Vega¹⁰² Y Díez Ripollés¹⁰³.

Para el primero de estos autores, esta diversidad de manifestaciones se produce cuando:

- La ideología que subyace a los bienes jurídicos supuestamente protegidos es lo verdaderamente protegido.
- La ausencia de intención de incidir sobre el bien jurídico. Por este motivo se promulgan normas penales ineficaces, conscientemente de que lo son.
- Incapacidad de resolución por otros medios de situaciones de alarma social.
- La lejanía del riesgo este bastante amplia en nuevos ámbitos de actuación, mediante el Derecho Penal se refuerza la protección otorgada por otros sectores del ordenamiento.

Los contextos en los que aparece este fenómeno son, a juicio de Santana Vega, los siguientes:

- Situaciones de presión social tras la producción de repulsivos crímenes que causan gran alarma social.
- Etapas preelectorales en la que las «socorridas» soluciones penales generan expectativas de futura paz social.
- Inoperancia en el ejercicio de sus funciones de otros órganos administrativos o judiciales que hacen del Derecho Penal una cortina de humo que difumina la auténtica causa del problema.
- Momentos de dificultad económica o protección de concretos intereses económicos o políticos.
- Procesos de abstracción que nacen como consecuencia de la hiperregulación de la vida en común y que se traducen en una hipertrofia jurídico penal.
- La propia ineficacia del Derecho Penal existente y del sistema judicial preordenado a su aplicación.

Como uno de los máximos defensores del Derecho Penal simbólico que es, Díez Ripollés elabora distintos supuestos de identificación del mismo, ya sea en función del objetivo satisfecho (se busca la conminación de la pena), de las personas primordialmente afectadas (tanto delincuentes potenciales como ciudadanos susceptibles de ser delincuentes) o

¹⁰¹ Cuello Contreras, 2002, pág. 64.

¹⁰² Santana Vega, 2001, pág. 141 y ss.

¹⁰³ Díez Ripollés, 2001.

del contenido de los efectos sociales producidos (superando las necesidades de control social a satisfacer por la reacción penal e ignorando el principio de subsidiariedad).

En el primero de los casos nos encontramos con cinco variedades de leyes:

1. *Leyes reactivas*: predomina el objetivo de demostrar la rapidez de reflejos de acción del legislador ante la aparición de nuevos problemas.
2. *Leyes identificativas*: del pensamiento del legislador con determinadas preocupaciones de los ciudadanos.
3. *Leyes declarativas*: se aclaran contundentemente cuales son los valores correctos respecto a una determinada realidad social. Igualmente, no se despenalizan conductas que se debería para que el ciudadano no las tome por correctas.
4. *Leyes principialistas*: manifiestan la validez de ciertos principios de convivencia.
5. *Leyes de compromiso*: cuyo papel más significativo es el de mostrar a las fuerzas políticas que les han impulsado el respeto a los acuerdos alcanzados.

En relación a las personas sobre las que recaen se distinguen:

1. *Leyes aparentes*: cuya formulación técnica defectuosa las hace inaccesibles a las condiciones operativas del proceso penal.
2. *Leyes gratuitas*: aprobadas sin los recursos personales o materiales precisos para su efectiva aplicación en caso de que sea necesaria.
3. *Leyes imperfectas*: no prevén sanciones o su aplicación es técnicamente imposible.

Por último, cuando atendamos al contenido de los efectos sociales producidos, diferenciaremos:

1. *Leyes activistas*: con las que se suscita en la sociedad la confianza de que se está haciendo algo frente a problemas irresueltos.
2. *Leyes apaciguadoras*: que sustancialmente producen el efecto de calmar las reacciones emocionales que ciertos sucesos han producido en la ciudadanía.
3. *Leyes promotoras*: cuyo efecto había de ser la modificación de determinadas actitudes ante ciertos problemas sociales.
4. *Leyes autoritarias*: producen el efecto de demostrar la capacidad coactiva en general de los poderes públicos.

En general se relaciona con un uso inadecuado por parte de las instancias de control social, del instrumento penal, bien por incapacidad de solucionar los problemas o por falta de voluntad de acabar con ellos.

7.2. *Posturas alrededor del Derecho Penal simbólico*

Díez Ripollés¹⁰⁴ considera que los efectos simbólicos, denominado por el expresivo-integradores, del Derecho Penal son imprescindibles para una adecuada protección de los bienes jurídico-penales. Son adecuados para realizar una prevención intimidatoria, tanto individual como colectiva y para reforzar o confirmar a los ciudadanos determinados contenidos básicos del orden social.

Aunque se muestra contrario a la utilización del Derecho Penal simbólico para reforzar el consenso social como también de aquellas actuaciones penales que priman sobre las sociales, reconoce la utilidad de algunos de sus efectos para la consecución del objetivo de protección de los bienes jurídico-penales a través de la prevención de comportamientos.

Existe un orden social primario que, en la actual sociedad de masas, puede conseguirse eficazmente mediante la legislación simbólica. Renunciar a su uso significaría olvidarse de este logro.

Estas aportaciones del Derecho Penal simbólico aparecen no solo en el momento de toma de decisiones legislativas, también en la imposición y ejecución de la pena.

Las ideas de Hassemer son contrarias a cuanto acabamos de exponer.

Simbólico se asocia con engaño¹⁰⁵. El fenómeno del Derecho Penal simbólico es una lucha entre lo manifiesto y lo latente, lo verdaderamente querido y lo otramente aplicado.

La norma está dotada de unas funciones manifiestas que son sus condiciones objetivas de realización, lo que tiene previsto en su propia formulación. Pero también puede presentar funciones latentes (mencionadas en el apartado anterior).

Cuando estas últimas superan a las primeras se produce ese engaño o apariencia¹⁰⁶ y ni tan siquiera se realiza la pregunta de qué bienes jurídicos se quiere proteger¹⁰⁷. Se olvidan los principios del Derecho Penal liberal y la confianza de la población en la administración de justicia se

¹⁰⁴ Díez Ripollés, 2001.

¹⁰⁵ Hassemer, 1991, pág. 28.

¹⁰⁶ Hassemer, 1991, pág. 30.

¹⁰⁷ Hassemer, 1991, pág. 35.

pierde, por lo que provoca que no se cumplan las funciones preventivas, sino que se ceden.

Pero lo verdaderamente conflictivo del elemento simbólico de la legislación es su absolutización (Silva Sánchez¹⁰⁸), olvidándose o mostrándose incapaz de la protección de bienes jurídico-penales.

Silva Sánchez¹⁰⁹ se opone a la función simbólica del Derecho Penal porque a corto plazo sirve a una función educativa o ético-social que no son las funciones preventivas que legitiman la legislación penal. A largo plazo, conlleva una pérdida de fiabilidad en el ordenamiento que impide la realización de sus funciones instrumentales.

Pero no acaban aquí las objeciones que se formulan al Derecho Penal simbólico. García González no se muestra contrario a los efectos inherentes de la norma sino a su búsqueda maliciosa. Considera que el uso del efecto simbólico de la legislación penal produce una serie de «secuelas»¹¹⁰:

- Inalcanzabilidad de los resultados esperados por las leyes coercitivas que no se producen si estas no se acompañan de la educación adecuada.
- Desengaño de los ciudadanos producido por la actividad del legislador.
- Impunidad de las conductas criminalizadas, la norma no produce cambio alguno en la realidad. Se crea un sentimiento de ineficacia respecto del control social penal.

Una última postura contraria a la función simbólica del Derecho Penal es la sustentada por Santana Vega que la considera una negación del principio de intervención mínima y la causa de que se haya convertido en *prima ratio* de la intervención estatal¹¹¹. Además, resulta contraproducente y peligrosa por erigirse en una limitación inútil de los derechos fundamentales sin que aporte ningún beneficio para la realización de las condiciones de participación de los individuos en el sistema social¹¹².

Precisamente la legislación simbólica se caracteriza por su no aplicación, las sanciones que prevé no llegan a aplicarse, sin que se produzca ninguna merma de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Esta autora ve como efectos secundarios¹¹³ del Derecho Penal simbólico:

¹⁰⁸ Silva Sánchez, 2002, pág. 305.

¹⁰⁹ Silva Sánchez, 2002, págs. 305-306.

¹¹⁰ García González, 2001, págs. 225-226.

¹¹¹ Santana Vega, 2001, pág. 146.

¹¹² Santana Vega, 2001, pág. 149.

¹¹³ Santana Vega, 2001, pág. 150.

- Creación de nuevos conflictos sin solucionar los preexistentes.
- Cumplimiento de funciones subrepticias.
- Utilización en favor del poder y en contra de las garantías.
- En relación con los sujetos:
- Sus destinatarios suelen ser los más débiles.
- Tendencia velada a generar tipos de autor.
- Los mecanismos que garantizan la protección de la libertad de los ciudadanos no se utilizan adecuadamente.
- Las soluciones a los problemas son formales, no efectivas.

Pero también existen posturas intermedias entre el rechazo pleno y la defensa incondicional de la función simbólica del Derecho Penal.

Entre ellas se encuentra la postura de Roxin¹¹⁴ que considera inescindible de todas las leyes penales un impacto simbólico, mayor o menor dependiendo de los casos. Ya que este no puede eliminarse, no puede inadmitirse de modo general. Dentro de un Estado de Derecho no puede aplicarse a castigar meras manifestaciones de la actitud interna.

En realidad, su tolerancia o no a la función simbólica del Derecho Penal depende de que siga garantizando suficientemente la referencia al bien jurídico.

Dentro de la doctrina española, Cuello Contreras¹¹⁵, Peris Riera¹¹⁶, Terradillos Basoco¹¹⁷ Y Luzón Peña¹¹⁸ ven el peligro no en la función simbólica del Derecho Penal en sí misma, sino en que se convierta en la única función que impregne las normas penales. Si esto sucede, el Derecho Penal se convierte «en un mero difusor de ideología»¹¹⁹.

Cuello Contreras¹²⁰, considerando que no cabe identificar Derecho Penal simbólico y prevención integración, si cree que pueda tener cierta utilidad en la protección de aquellos bienes que, además de protección requieran una llamada de atención a la sociedad.

Resalta un aspecto que, a mi juicio, puede tener gran importancia y utilidad: el uso potencial de la función simbólica del Derecho Penal como un instrumento para someter a constante crítica el sistema de bie-

¹¹⁴ Roxin, 1997, pág. 59.

¹¹⁵ Cuello Contreras, 2002, págs. 64-65.

¹¹⁶ Peris Riera J. M., La regulación penal de la manipulación genética en España: principios penales fundamentales y tipificación de las genotecnologías, 1995, pág. 132.

¹¹⁷ Terradillos Basoco, 1991, pág. 22.

¹¹⁸ Luzón Peña, 2001.

¹¹⁹ Terradillos Basoco, 1991, pág. 22.

¹²⁰ Cuello Contreras, 2002, págs. 64-65.

nes jurídicos protegidos penalmente. Servirá para contrastar y denunciar segmentos de la normativa penal que quedan reducidos únicamente a legislación simbólica, o cuando conceden una protección defectuosa a los bienes jurídico-penales.

Luzón Peña¹²¹ adjunta otra utilidad al Derecho Penal simbólico. En un primer momento, una figura que posea escasa aplicación (es decir, que sea simbólica), puede constituirse como elemento básico e indispensable para calar posteriormente dentro de los jueces y para una dotación de medios materiales adecuados al bien jurídico que protege.

No comparto este supuesto beneficio por tratarse de una idea utópica, puesto que los poderes públicos una vez hayan tranquilizado a la sociedad sobre la protección de un determinado bien jurídico penal mediante la creación de leyes simbólicas —solución económicamente muy rentable—, dudo mucho que vayan a conceder los medios materiales que su efectiva tutela requeriría y que supondrán un cierto coste.

Y en cuanto a la aplicación por parte de los jueces, hemos estudiado como uno de los rasgos definitorios del Derecho Penal simbólico es su falta de precisión técnica, lo que dificulta su utilización aun existiendo la voluntad de hacerlo.

Es dentro de esta postura equilibrada entre la defensa y el ataque al Derecho Penal simbólico donde me sitúo.

En la sociedad de masas en que vivimos, donde los medios de comunicación transmiten, magnifican y opinan sobre todo cuanto sucede y sobre todas las acciones realizadas por los responsables del control social, es ilusorio pensar que cualquier decisión que se adopte en la legislación penal no va a tener repercusión entre los ciudadanos.

Por ello, no hay ningún inconveniente en aceptar la función simbólica del Derecho Penal siempre y cuando sea accesoria, inseparable y secundaria frente a la función instrumental de protección de bienes jurídico-penales que toda norma penal debe cumplir dentro del Estado de Derecho.

7.3. Los delitos de manipulación genética como posible ejemplo de Derecho Penal simbólico

Basándose en diferentes argumentos la totalidad de la doctrina sostiene que los tipos recogidos en los artículos 159 a 162 del Código Penal constituyen supuestos de legislación simbólica.

¹²¹ Luzón Peña, 2001.

Varias son las causas que han llevado a alcanzar esta conclusión:

- Estos preceptos prescinden de la función directa de protección de bienes jurídicos, lo que a la larga se traduce en una pérdida de confianza en el ordenamiento jurídico (Benítez Ortúzar¹²²).
- Las dificultades de poder conocer la comisión de tales delitos e imponerles la correspondiente sanción, debido al entorno de privacidad en que se realizarán, así como al alto grado de especialización necesario para poder detectarlas (Peris Riera /García González¹²³).
- La celeridad con que fueron adoptadas estas normas¹²⁴, y el cambio brusco de criterio del legislador que hemos analizado con anterioridad, que introdujo los delitos relativos a la manipulación genética con premura, justo antes de la aprobación del Código Penal, que impidió un estudio en profundidad de la norma, tanto por los especialistas en Genética como por los juristas.
- La prohibición, en algunos supuestos, de conductas que siendo posibles a nivel teórico y estando previstas para un futuro, aún no lo son a nivel práctico (Romeo Casabona¹²⁵), lo que cuestiona su eficacia.
- Los sujetos activos de estas conductas serán en la mayoría de las ocasiones personas jurídicas en busca de grandes beneficios económicos. En este sentido, la reforma efectuada por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, sancionando este tipo de comportamientos cuando el culpable perteneciere a una sociedad, organización o asociación, rebaja el carácter simbólico de estos preceptos¹²⁶.
- La inexistencia, en casi tres décadas de vigencia, de jurisprudencia alguna de delitos relativos a la manipulación genética.

¹²² Benítez Ortúzar, Delitos relativos a las actuaciones conexas a las técnicas de reproducción asistida en el Código Penal Español, 1998, pág. 222.

¹²³ Peris Riera & García González, El control penal de las manipulaciones genéticas y la función simbólica del derecho penal, 2005, pág. 103.

¹²⁴ Peris Riera & García González, El control penal de las manipulaciones genéticas y la función simbólica del derecho penal, 2005, pág. 104.

¹²⁵ Romeo Casabona, Aportaciones del principio de precaución al derecho penal, 2001, pág. 337.

¹²⁶ Peris Riera & García González, El control penal de las manipulaciones genéticas y la función simbólica del derecho penal, 2005, pág. 104 aplauden esta modificación legal, si bien se cuestionan si el importe de la pena y sus efectos de intimidación general frente a las corporaciones o empresas multinacionales.

Para combatir esta situación se han mantenido diversas propuestas¹²⁷ siendo de interés la acometida por Peris Riera/García González¹²⁸ que incluye los siguientes puntos:

1. Ampliación de los derechos contenidos en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. En lo que al terreno de la Genética se refiere esta necesidad queda casi cubierta con lo establecido en la Declaración Universal de 11 de noviembre de 1997 sobre el genoma humano y los derechos humanos.
2. Recurso a los delitos «obstáculo». Solución sustentada por Mantovani para lograr un control efectivo de las nuevas tecnologías.
3. Leyes «experimentales»¹²⁹, de las que no se puede objetar nada a su eficacia salvo que no están previstas en nuestro ordenamiento.

A estas soluciones debe añadirse la dotación de los medios materiales necesarios para la creación de entidades u organismos de control que supervisen el entorno en que se efectúan estas actividades, así como para la adecuada formación de los juristas que trabajan en la aplicación de las normas.

Y, como no, una reforma legal en la que, centrándonos en el patrimonio genético de la Humanidad como objeto de protección, se estudien detenidamente y con carácter multidisciplinar las conductas susceptibles de lesionarlo o ponerlo en peligro, cuales deben ser reguladas por el Derecho Penal y aplicar para ello una técnica legislativa adecuada desde el punto de vista político criminal.

8. Conclusiones

Los avances que ha experimentado la Genética han revelado la existencia de un bien de gran importancia: el genoma humano. Por su trascendencia no solo se configura como bien jurídico, también ha sido ele-

¹²⁷ Según Luzón Peña, 2001 para que se vaya logrando una efectiva aplicación de estas conductas hay que aclarar: a) Los bienes jurídicos afectados por estas conductas y su importancia. b) Alcance de las diversas conductas típicas c) Las penas previstas para algunos de los delitos pueden considerarse desproporcionadamente graves. d) Si es preferible la regulación del Código Penal elegida por el legislador del 95 o bien la regulación en leyes penales especiales o bien una fórmula mixta.

¹²⁸ Peris Riera & García González, El control penal de las manipulaciones genéticas y la función simbólica del derecho penal, 2005, pág. 104.

¹²⁹ Se entiende por leyes experimentales normas de vigencia limitada en función del tiempo precisado por su creador para evaluar la idoneidad de la misma como si de un ensayo se tratara, supone una alternativa al derecho positivo sin que su aplicación, transitoria y eventual en determinados ámbitos afecte al régimen jurídico establecido. Se trata de normas inciertas, susceptibles de ser generalizadas una vez valoradas las experiencias producidas por su aplicación. Hoffman-Rien citado por García González, 2001, pág. 230, p. 547.

vado a la categoría de patrimonio de la Humanidad a través de la Declaración Universal de 11 de noviembre de 1997 sobre el genoma humano y los derechos humanos, con las implicaciones que esto conlleva. Además, las técnicas genéticas se han convertido en un posible instrumento de ataque de otros bienes jurídicos.

El patrimonio genético de la Humanidad cumple los requisitos necesarios para ser considerado bien jurídico penal, y es adecuado para cumplir los fines que cualquier bien jurídico penal tiene encomendados. Se trata de un bien jurídico supraindividual que posee las características y definición adecuadas para ser acometer las funciones que todo bien jurídico penal debe desarrollar

Las cualidades más significativas de este bien jurídico penal son su doble dimensión, individual y colectiva, su pretensión de universalidad y la naturaleza especial de los tipos que se adopten para protegerlo.

En la actualidad es imposible prescindir de la función simbólica del Derecho Penal, que no puede considerarse reprochable si no es la única a la que el sistema penal de cumplimiento (su misión principal es y debe seguir siendo la protección de bienes jurídico-penales), por lo que puede ser aplicada para la protección del patrimonio genético de la Humanidad.

La protección del patrimonio genético de la Humanidad debe realizarse de manera global en lo que a normativización se refiere. Es decir, deben aplicarse en virtud de las distintas necesidades normas deontológicas, administrativas, civiles y penales y no únicamente sobre un determinado aspecto de este campo sino sobre todos ellos. Ésta tutela requiere una adecuada coordinación legal, no sólo en el ámbito nacional, también en el internacional.

El modelo adecuado para recoger las normas penales que protejan el patrimonio genético de la Humanidad es el de ley penal codificada, aunque con una técnica más depurada que la de los actuales artículos 159 a 162 del Código Penal. Las propuestas legales elaboradas por la doctrina van en esa línea, mejorando la redacción típica, dotando de contenido real a los tipos y proporcionando una sistemática adecuada.

Al tratarse de un bien jurídico penal concreto y bien definido, se abre la puerta a la correcta tipificación de las conductas que lo pueden dañar o poner en peligro mediante la elaboración de delitos de resultado o delitos de peligro concreto.

9. Bibliografía

Armas Barea, C. (1993). Patrimonio común de la Humanidad: naturaleza jurídica, contenido normativo y perspectiva. *Anuario Hispano Luso Americano de Derecho Internacional*(10), 13-43.

- Bajo Fernández, M. (1989). La intervención médica contra la voluntad del paciente. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*(32), 491-500.
- Benítez Ortiz, J. (2001). Intervenciones en el genoma humano: el ADN recombinante. En *Genética y Derecho* (Vol. 36, págs. 95-104). Estudios de Derecho Judicial.
- Benítez Ortúzar, I. (1998). Delitos relativos a las actuaciones conexas a las técnicas de reproducción asistida en el Código Penal Español. *Cuadernos de Política Criminal*(65), 215-244.
- (2007). La especie humana ante los avances biotecnológicos. Necesidad de una tutela específica. *Cuadernos de Política Criminal*(93), 39-78.
- Blanc Altemir, A. (1992). *El Patrimonio Común de la Humanidad. Hacia un régimen jurídico internacional para su gestión*. Barcelona: J. M. Bosch.
- Castelló Nicás, N. (2002). El bien jurídico en el delito de manipulaciones genéticas del artículo 159 del Código Penal Español. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*(4). Obtenido de www.criminet.ugr.es.
- Corcoy Bidasolo, M. (2001). Límites y controles de la investigación genética la protección penal de las manipulaciones genéticas. En *El nuevo derecho penal español estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz* (págs. 1103-1124). Aranzadi.
- Cuello Contreras, J. (2002). *El Derecho Penal Español. Parte General. Nociones introductorias. Teoría del Delito*. Dykinson.
- Cuerda Riezu, J. L. (1993). Los delitos relativos a la manipulación genética y a la inseminación artificial no consentida en el Proyecto de Código Penal de 1992. En *El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano* (Vol. 3). Fundación BBVA.
- De la Cuesta Aguado, P. M. (2019). Protección penal del genoma y preembrión. Análisis comparado y propuesta alternativa. *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*(21-01), 1-35. Obtenido de <http://criminet.ugr.es/recpc/index.html>
- Díez Ripollés, J. L. (2001). El derecho penal simbólico y los efectos de la pena. En *Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología* (págs. 107-130). UNED.
- Eser, A. (1986). ¿Genética, gen-ética, Derecho genético?. Reflexiones político jurídicas sobre la actuación en la herencia humana. *La Ley Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*(1), 1140-1147.
- García González, J. (2001). *Límites penales a los últimos avances de la ingeniería genética aplicada al ser humano*. Madrid: Edersa.

- González Cussac, J. (1995). Manipulación genética y reproducción asistida en la reforma penal española. *Revista de derecho y genoma humano genética, biotecnología y medicina avanzada*(3), 69-90.
- González González, M., & Valle Muñiz, J. M. (1992). Utilización abusiva de técnicas genéticas y Derecho penal. *Poder Judicial*(26), 109-146.
- Gracia Martín, L. (1997). *Comentarios al Código Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Grisolía, S. (1993). Introducción científica. En *El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano* (Vol. I). Fundación BVVA.
- Gros Espiell, H. (1995). El patrimonio común de la Humanidad y el genoma humano. *Revista de derecho y genoma humano genética, biotecnología y medicina avanzada*(3), 91-104.
- Hassemer, W. (1991). Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos. *Pena y Estado*(1), 23-36.
- Hernández Plasencia, J. U. (2001). Bases de la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos. En *Genética y Derecho* (Vol. 36, págs. 105-132). Estudios de Derecho Judicial.
- Herzog, F. (1993). Límites al control general de los riesgos sociales (una perspectiva crítica ante el Derecho Penal en peligro). *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1(46), 317-328.
- Higuera Guimerá, J. L. (1993). Los problemas jurídicos de la terapia génica en línea somática y en línea germinal. En *El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano* (Vol. 3). Fundación BBVA.
- (2001). Los delitos relativos a la manipulación genética. *Actualidad jurídica*(19).
- Jorge Barreiro, A. (1982). La relevancia jurídico-penal del consentimiento del paciente en el tratamiento médico-quirúrgico. *Cuadernos de Política Criminal*(16), 5-34.
- (2001). Los delitos relativos a la manipulación genética en sentido estricto. En *Genética y derecho penal: previsiones en el Código penal español de 1995* (págs. 61-108). Cátedra Interuniversitaria, Fundación BBVA, Diputación Foral de Bizkaia de Derecho y Genoma Humano.
- Lacadena Calero, J. R. (2001). Introducción científica (El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano). En *Genética y Derecho Penal. Previsiones en el Código Penal Español de 1995*. Cátedra Interuniversitaria de Derecho y Genoma Humano, Fundación BBV, Diputación Foral de Bizkaia.
- Luzón Peña, D. M. (2001). Función simbólica del Derecho Penal y delitos relativos a la manipulación genética. En *Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología* (págs. 131-139). UNED.

- Mantovani, F. (1994). Manipulaciones genéticas, bienes jurídicos amenazados, sistemas de control y técnicas de tutela. *Revista de derecho y genoma humano genética, biotecnología y medicina avanzada*(1), 93-120.
- Martínez Val, J. (1988). La libertad de investigación en genética humana y sus límites. *Revista General de Derecho*(523).
- Morillas Cueva, L., & Castelló Nicás, N. (2001). *Comentarios al Código Penal* (Vol. 5). Madrid: Edersa.
- Muñoz Conde, F. (2002). *Derecho Penal. Parte Especial*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Paolillo (1984). Naturaleza jurídica del principio «Patrimonio Común de la Humanidad». *Anuario Hispano Luso Americano de Derecho Internacional*, 2.
- Paredes Castañón, J. M. (2003). Los delitos de peligro como técnicas de incriminación en el Derecho Penal Económico. *Revista de Derecho Penal y Criminología*(11), 95-164.
- Pérez-Sauquillo Muñoz, C. (2019). *Legitimidad y técnicas de protección penal de bienes jurídicos supraindividuales*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Peris Riera, J. (2021). Delitos relativos a la manipulación genética. En L. Morillas Cueva, *Sistema de Derecho Penal: parte especial* (págs. 135-149). Madrid: Dykinson.
- Peris Riera, J. M. (1995). *La regulación penal de la manipulación genética en España: principios penales fundamentales y tipificación de las genotecnologías*. Civitas. Fundación Valenciana de Estudios Avanzados, Ilustre Colegio de Abogados de Valencia.
- (1997). *Orden biológico versus orden jurídico: el derecho en el tercer milenio*. CEFI.
- (2021). Delitos relativos a la manipulación genética. En L. Morillas Cueva, *Sistema de Derecho Penal: parte especial* (págs. 135-154). Madrid: Dykinson.
- Peris Riera, J. M., & García González, J. (2005). El bien jurídico protegido en los delitos relativos a la manipulación genética: criterios de incriminación. En F. Benítez Ortúzar, L. Morillas Cueva, & J. M. Peris Riera, *Estudios jurídico penales sobre genética y biomedicina: Libro homenaje al Prof. Dr. D. Ferrando Mantovani*. Madrid: Dykinson.
- (2005). El control penal de las manipulaciones genéticas y la función simbólica del derecho penal. En I. F. Benítez Ortúzar, L. Morillas Cueva, & J. M. Peris Riera, *Estudios jurídico-penales sobre genética y biomedicina: Libro homenaje al Prof. Dr. D. Ferrando Mantovani* (págs. 93-105). Madrid: Dykinson.
- Portero Henares, M. (2018). La eliminación de taras o enfermedades graves como elemento del tipo del delito de manipulación genética.

- (U. d. Vasco, Ed.) *Revista de derecho y genoma humano, genética, biotecnología y medicina avanzada*(49), 163-185.
- Prat Westerlindh, C. (2010). El delito de manipulación genética. *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, 69.
- Rodríguez López, R. (2003). El desarrollo de la Farmacogenética y de nuevos medicamentos. En *Genética y Derecho* (Vol. II, págs. 63-78). Consejo General del Poder Judicial.
- Romeo Casabona, C. M. (1994). *El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana*. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces.
- (1995). El Proyecto de Declaración de la UNESCO sobre Protección del Genoma Humano: observaciones a una iniciativa necesaria. *Revista de derecho y genoma humano genética, biotecnología y medicina avanzada*(3), 161-176.
- (1996). Genética y Derecho Penal los delitos de lesiones al feto y relativos a las manipulaciones genéticas. *DS: Derecho y Salud*, 4(1), 156-179.
- (2001). Aportaciones del principio de precaución al derecho penal. En *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho Penal y en la Criminología* (págs. 77-106). UNED.
- (2001). Aportaciones del principio de precaución al derecho penal. En *Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología* (págs. 77-106). Madrid: UNED.
- (2001). Los llamados delitos relativos a la manipulación genética. En *Genética y Derecho* (Vol. 36, págs. 329-400). Estudios de Derecho Judicial.
- Roxin, K. (1997). *Derecho Penal. Parte General*. Madrid: Civitas.
- Ruiz Vadillo, E. (1986). La investigación científica y el Derecho. Especial consideración de la ingeniería genética. *Revista General de Derecho*(504), 3645-3665.
- Santana Vega, D. M. (2001). Funciones del derecho penal y bienes jurídico-penales colectivos. *Actualidad penal*(9), 141-161.
- Silva Sánchez, J. M. (2002). *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*. Barcelona: Bosch.
- Silva, J. M. (1999). *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Civitas.
- Soler Matutes, P., & Sánchez Molero, J. (1997). Consideraciones sobre el delito de manipulación genética. *La Ley Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*(3), 1684-1698.
- Soria Escoms, B. (2002). Usos terapéuticos de las células madre de origen embrionario. En *Genética y Derecho* (Vol. 40, págs. 11-24). Estudios de Derecho Judicial.

- Tamarit Sumalla, J. M. (2006). Delitos relativos a la manipulación genética. En F. Morales Prats, & G. Quintero Olivares, *Comentarios al Código penal español* (págs. 1103-1113). Navarra: Thomson Reuters Aranzadi.
- Terradillos Basoco, J. M. (1991). Función simbólica y objeto de protección del Derecho Penal. *Pena y Estado. Función simbólica de la pena*(1), 9-22.
- Valle Muñiz, J. M. (1996). *Comentarios al nuevo Código Penal*. Pamplona: Aranzadi.

