

Otra vez sobre nuevas técnicas genéticas y Derecho penal

ANTONIO CUERDA RIEZU

Profesor Titular de Derecho penal.

Universidad de Alcalá de Henares

I

En el segundo fascículo de 1988 de esta misma Revista publiqué una contribución al tema de los límites jurídico-penales de las nuevas técnicas genéticas. En este trabajo me ocupé de algunos criterios que en mi opinión debían ser tenidos en cuenta para determinar la licitud o ilicitud de las prácticas de reproducción humana, a las que se ha llegado en la actualidad por obra de los avances científicos en materias genéticas. Trataba entonces de dilucidar si con la legislación vigente en aquel momento se podían llevar a cabo actividades como la inseminación artificial, bien con semen de donante bien con semen del cónyuge o compañero de la mujer, la fecundación «in vitro», la realización de estas técnicas sin el consentimiento de los intervinientes, la violación del secreto que en principio debe guardarse, la posibilidad de sancionar o no las lesiones que se pudieran producir en el embrión o feto, etc. Cuando escribí acerca de estos temas, la situación legislativa presentaba dos facetas: por un lado, no existían disposiciones específicas al respecto, lo que en algunos sectores motivó una postura un tanto moralizante sobre la licitud de estas prácticas; por otro lado, el Grupo Parlamentario Socialista había presentado en el Congreso dos Proposiciones de ley que incidían directamente en el tema, resultando necesario someterlas a un análisis crítico, análisis que no podía ser definitivo puesto que su objeto no era un texto normativo vigente.

En ambas facetas o perspectivas me pareció fundamental entonces resaltar el papel del principio de legalidad en el Derecho penal y en el Derecho administrativo, porque tal principio daba la pauta para los criterios *de lege lata*, así como para algunas propuestas *de lege ferenda* en materia de nuevas técnicas genéticas. Pues en efecto, del Derecho positivo de aquel momento se podían deducir las necesidades

y carencias para proteger los intereses jurídicos que se encuentran en juego cuando se tienen hijos por medios no totalmente naturales.

Escribir sobre proyectos legislativos en curso presenta un grave inconveniente: es posible que cuando se publique el comentario, el proyecto se encuentre convertido en Derecho vigente, habiendo sufrido modificaciones a lo largo de los diversos trámites parlamentarios. Y esto es lo que ha ocurrido en esta ocasión, de forma que una de las Proposiciones socialistas ha llegado a ser ley, introduciendo importantes innovaciones en relación al texto primitivo. Por eso me ha parecido ahora necesario contrastar las opiniones que ya expresé con la nueva ley ya promulgada. El legislador ha cambiado de rumbo, sobre todo en lo que afecta al Derecho penal, y he creído oportuno dejar constancia de este cambio. Probablemente, la otra Proposición socialista se habrá convertido también en ley cuando salgan a la luz estas líneas. No obstante, asumo el riesgo y ofrezco a continuación algunas reflexiones, redactadas con carácter urgente, sobre las novedades legislativas en materia de técnicas genéticas.

II

La situación legislativa en diciembre de 1988 es la siguiente: la Proposición de ley sobre técnicas de reproducción asistida se ha convertido en la ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida (1).

Por otra parte, la Proposición de ley de donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos, ha sido aprobada ya en el Congreso de los Diputados por la Comisión correspondiente, que contaba en esta ocasión con competencia legislativa plena (2); el texto aprobado ha sido remitido al Senado (3), estando ya cerrado en la actualidad el trámite de presentación de enmiendas en esa Cámara; por lo que yo conozco, la publicación de las enmiendas (4) ha sido el último paso que ha experimentado esta Proposición.

La ley y la Proposición tienen, en principio, unos ámbitos de aplicación diferenciados. La primera regula las técnicas de reproducción asistida, y desde un punto de vista biológico hace referencia a los *gametos*, es decir, las células sexuales humanas —espermatozoides y

(1) Publicada en el «B.O.E.» núm. 282, de 24 de noviembre de 1988; corrección de errores en el «B.O.E.» núm. 284, de 26 de noviembre de 1988.

(2) Vid. «Boletín Oficial de las Cortes Generales», Congreso de los Diputados, III Legislatura, Serie B: *Proposiciones de ley*, núms. 73-9, de 24 de octubre de 1988.

(3) Vid. «B.O.C.G.», Senado, III Legislatura, Serie II: *Textos Legislativos*, núm. 223 (a), de 27 de octubre de 1988.

(4) Vid. «B.O.C.G.», Senado, III Legislatura, Serie II: *Textos Legislativos*, núm. 223 (c), de 15 de noviembre de 1988.

óvulos—, así como a los «*preembriones*», término que designa el «grupo de células resultantes de la división progresiva del óvulo desde que es fecundado hasta aproximadamente catorce días más tarde, cuando anida establemente en el útero —acabado el proceso de implantación que se inició días antes—, y aparece en él la línea primitiva» (5). Sin embargo, la Proposición tiene por objeto la donación y utilización de material genético humano, estando su ámbito de aplicación biológicamente delimitado por hacer referencia únicamente a las fases posteriores de desarrollo en el seno materno: la de *embrión*, que abarca aproximadamente desde la anidación hasta el tercer mes inclusive, y la de *feto*, que se extiende desde los cuatro meses hasta el nacimiento (6).

Esta delimitación material y biológica, que en el planteamiento se presenta con claridad, resulta después un tanto enturbiada, dado que hay aspectos que aparecen en los dos textos, como ocurre con la investigación y la experimentación sobre estos materiales biológicos. Por otro lado, la donación de gametos aparece recogida en la ley 35/1988, si bien las cuestiones relativas a la donación se encuentran primordialmente desarrolladas en la Proposición de ley. En último lugar, debe señalarse que en ocasiones los límites biológicos previstos con carácter general en ambos textos resultan sobrepasados: así la ley —que en principio tiene por objeto los gametos y los preembriones— contiene disposiciones sobre embriones y fetos (7), mientras que la Proposición —que en principio hace referencia a embriones y fetos— utiliza en una ocasión los términos «*in vitro*», que normalmente se suelen emplear respecto a los preembriones desarrollados en el laboratorio (8).

Ante estas recíprocas intromisiones de los dos textos, resulta conveniente contemplarlos a ambos. Sin embargo, y para no mezclar normas vigentes con otras que no lo son todavía, las analizaré de forma sucesiva, ocupándome en primer lugar de la ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida (III), para tratar posteriormente en otro apartado la Proposición de ley (IV).

(5) Esta definición aparece en el párrafo tercero del apartado II de la Exposición de Motivos de la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida.

(6) Este criterio biológico de delimitación se deduce del párrafo 3.º de la Exposición de Motivos y de la Disposición Final de la Proposición de ley de donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos. Utilizo aquí y en lo que sigue el texto remitido por el Congreso al Senado, y que ha sido publicado en el «B.O.C.G.» indicado en nota 3.

(7) Así los artículos 12.2; 13.2 y 13.3 de la Ley.

(8) Esto es lo que ocurre en el artículo 8.2.a) de la Proposición, según el cual se puede autorizar la aplicación de la tecnología genética «con fines diagnósticos, que tendrán el carácter de diagnóstico prenatal *in vitro* o *in vivo*...». Tal vez la expresión *in vitro* haga referencia a la naturaleza del diagnóstico y no al objeto del diagnóstico, pero la expresión resulta, no obstante, equívoca.

III

La ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida ha experimentado notables mejoras técnicas desde que en su día el Grupo Parlamentario Socialista presentó el correspondiente texto para su discusión en las Cortes. Concretamente, ha sido este mismo Grupo el que con sus enmiendas en ambas Cámaras ha modificado sustancialmente varios preceptos (9). Esta actitud revela que los Diputados socialistas fueron conscientes de las imperfecciones de su propuesta.

En el anterior trabajo que publiqué sobre este mismo tema, dirigí una crítica fundamental a la entonces Proposición de ley sobre técnicas de reproducción asistida, a saber, la existencia de múltiples prohibiciones sin indicar su naturaleza administrativa o penal, y la no previsión de consecuencias jurídicas para los casos en que se infringieran tales prohibiciones; al mismo tiempo, manifestaba el deseo de que la futura ley que entrara en vigor quedara libre de estas imperfecciones. Afortunadamente, se ha corregido esta grave deficiencia técnica. La ley vigente regula las consecuencias jurídicas civiles (10) y administrativas aplicables a determinados aspectos de estas técnicas y ha hecho desaparecer toda mención a consecuencias de orden penal. Estas novedades merecen por su importancia un estudio más particularizado.

La mayoría de las prohibiciones que aparecían en la Proposición original dispersas a lo largo del articulado, han desaparecido, reconduciéndose al Capítulo IV intitulado «De las infracciones y sancio-

(9) El Grupo Parlamentario Socialista presentó 33 enmiendas en el Congreso, con números 355 a 387, aprobándose todas ellas, frente a 406 enmiendas de otros Grupos Parlamentarios, de las que sólo fueron aceptadas 7; vid. el Informe de la Ponencia, publicado en el «B.O.C.G.», Congreso de los Diputados, III Legislatura, Serie B: *Proposiciones de Ley*, núm. 74-9, de 13 de mayo de 1988. En la Ponencia de la Comisión correspondiente del Senado, los socialistas también consiguieron que fueran aceptadas todas sus enmiendas, aprobándose únicamente una de otro Grupo Parlamentario; vid. el Informe de la Ponencia publicado en el «B.O.C.G.», Senado, III Legislatura, Serie II: *Textos Legislativos*, núm. 203 (e), de 14 de septiembre de 1988. En el Pleno del Senado sólo se introdujo una corrección gramatical; vid. «B.O.C.G.», Senado, III Legislatura, Serie II: *Textos Legislativos*, núm. 203 (h), de 5 de octubre de 1988. La aprobación definitiva por el Congreso tuvo lugar en la sesión del Pleno de 20 de octubre de 1988, aprobándose las enmiendas introducidas por el Senado; vid. al respecto «B.O.C.G.», Congreso de los Diputados, III Legislatura, Serie B: *Proposiciones de ley*, núm. 74-14, de 31 de octubre de 1988.

(10) En el ámbito de las consecuencias civiles, cabe resaltar, entre otras, las relativas a la maternidad de sustitución o maternidad de alquiler. La Ley determina en el art. 10.1 la nulidad de pleno derecho del contrato «por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna en favor del contratante o de un tercero». De esta manera queda abierta la posibilidad de acudir a los delitos de suposición de parto, falsedad en documento público o sustracción de menores, respecto a las conductas cometidas con ocasión de una maternidad de sustitución; vid. en relación a esto mi trabajo publicado en «A.D.P.C.P.», t. 41, 1988, fascículo II.

nes» (11). Este Capítulo, integrado únicamente por el artículo 20, establece directamente un catálogo de infracciones administrativas graves y muy graves, e indirectamente dispone las sanciones a imponer por tales infracciones, mediante una remisión al correspondiente precepto de la Ley General de Sanidad (12). De esta manera la ley sobre reproducción asistida ha guardado observancia de los mandatos derivados del principio de legalidad, en cuanto que éste exige que la norma sancionadora se componga necesariamente de supuesto de hecho y consecuencia jurídica. Este mandato fue desconocido, sin embargo, por la Proposición socialista, que no establecía las sanciones que corresponderían a quienes infringieran las prohibiciones.

La ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida, mediante una remisión a la Ley General de Sanidad (13), garantiza también en su artículo 20 el principio *non bis in idem*, en la modalidad que impide imponer conjuntamente pena y sanción administrativa por unos mismos hechos. Este principio, de capital relevancia en todo el ámbito sancionador, ha sido deducido por el Tribunal Constitucional del artículo 25 de la Norma Fundamental (14), pudiendo tener aplicación práctica en este ámbito; pues, en efecto, algunas infracciones muy graves previstas en el artículo 20 de la Ley pueden coincidir con tipos penales: así, desvelar la identidad de los donantes, con los delitos de descubrimiento y revelación de secretos; crear seres humanos idénticos por procedimientos dirigidos a la selección de la raza, con el delito de genocidio; importar o exportar preembriones o sus células, con el delito de contrabando, etc.

No obstante, la Ley conserva todavía algunas prohibiciones aisladas, que carecen de cualquier indicación sobre su naturaleza y correlativa sanción (15), pero cabrían en la infracción genérica prevista en el artículo 20.2,B),x): «investigaciones o experimentaciones que no

(11) Fue introducido en el Congreso por la enmienda número 380 del Grupo Parlamentario Socialista.

(12) Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad; el precepto en cuestión es el art. 36 de esta Ley, que prevé las siguientes sanciones: para las infracciones leves, multa hasta 500.000 pesetas; para las infracciones graves, multa desde 500.001 hasta 2.500.000 de pesetas, pudiendo rebasar dicha cantidad hasta alcanzar el quintuplo del valor de los productos o servicios objeto de la infracción; para las infracciones muy graves, multa desde 2.500.001 hasta 100.000.000 de pesetas, con la misma salvedad que para las multas graves, y posible cierre temporal del establecimiento, instalación o servicio por un plazo máximo de cinco años, acordado por el Consejo de Ministros o por los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas.

(13) El art. 33 de la Ley General de Sanidad dispone: «En ningún caso se impondrá una doble sanción por los mismos hechos y en función de los mismos intereses públicos protegidos, si bien deberán exigirse las demás responsabilidades que se deduzcan de otros hechos o infracciones concurrentes».

(14) Vid. SSTC 2/81, de 30 de enero; 77/83, de 3 de octubre; 159/85, de 27 de noviembre, y 94/86, de 8 de julio. Vid. también Autos del TC 150/84, de 7 de marzo; 721/84, de 21 de noviembre, y 781/85, de 13 de noviembre.

(15) Vid. arts. 16.2 y 16.4. Otros preceptos, sin embargo, contienen prohibiciones que luego aparecen mencionadas en el art. 20 como infracciones; así arts. 3; 14.3 y 19.2.

se ajusten a los términos de esta Ley o de las normas que la desarrollen».

En materia penal el silencio de la Ley es ahora prácticamente absoluto. La Exposición de Motivos contiene una ligerísima indicación sobre la posibilidad de que las técnicas genéticas tengan repercusiones de índole penal (16). A diferencia de la originaria Proposición socialista, el articulado de la Ley no contempla ninguna prohibición penal, lo que como es obvio vendría además impedido por su carácter de Ley ordinaria. Solamente puede adivinarse una remisión indirecta a la legislación penal en el número 2 del artículo 19. El mantenimiento de esta genérica laguna penal puede ser debido a dos diferentes razones: bien el legislador ha estimado que los bienes jurídicos ya se encontraban suficientemente garantizados por las sanciones de carácter administrativo previstas en la Ley, dado así cumplimiento al principio penal de intervención mínima; bien ha creído que por motivos políticos o pragmáticos el momento actual no era el más adecuado para acometer esta tarea. Por mi parte, estimo más plausible el primer razonamiento. A mi juicio, en la mayoría de los supuestos que la Ley trata no es necesaria tal tipificación penal específica, bastando las figuras delictivas existentes en la actualidad. Este parece ser también el criterio de la Ley, a la vista de lo que dispone su artículo 19.2: «Los equipos biomédicos y la Dirección de los Centros y Servicios en que trabaja, incurrirán en las responsabilidades que legalmente correspondan si violan el secreto de la identidad de los donantes, si realizan mala práctica con las Técnicas de Reproducción Asistida o los materiales biológicos correspondientes, o si por omitir la información o los estudios protocolizados se lesionaran los intereses de donantes o usuarios o se transmitieran a los descendientes enfermedades congénitas o hereditarias, evitables con aquella información y estudio previos». La posible aplicación de los delitos de descubrimiento y revelación de secretos, de lesiones (respecto a los donantes o usuarios de las técnicas), o de propagación maliciosa de enfermedades, hace innecesaria la creación *ex novo* de tipos penales específicos. No obstante, creo que es preciso hacer aquí una excepción. Me refiero a la necesidad de amenazar con pena las maniobras que produzcan lesiones en el ser ya engendrado. Más adelante me dedicaré a este extremo (*infra* V).

No voy a comentar en este apartado relativo a la Ley 35/1988 cada uno de los límites penales concretos que se plantean en el desarrollo de las técnicas genéticas. Lo dicho en el trabajo anterior que dediqué a esta materia, creo que también sigue siendo válido con la presente Ley. Únicamente quiero acabar estas reflexiones con el examen de un problema que se ha planteado con carácter general en relación al delito de aborto y más particularizadamente en relación

(16) Vid. párrafo 2.º del apartado II de la Exposición de Motivos de la Ley 35/1988.

al cómputo de los plazos previstos en el artículo 417 bis del Código penal; se trata de determinar cuándo comienza la protección penal de la vida en el seno materno, si a partir de la fecundación del óvulo, a partir de la anidación del preembrión (que, como ya indiqué, suele tener lugar catorce días después de la fecundación), o a partir del cuarto mes (período fetal). La mayoría de la doctrina se ha pronunciado a favor del criterio de la anidación (17), pero también hay autores que se muestran favorables a entender que sólo hay vida cuando han transcurrido ya tres meses desde la fecundación y comienza el período fetal (18). En mi opinión la Ley sobre Técnicas de Reproducción asistida puede aportar algo de luz a la polémica. Del propio ámbito biológico de aplicación de la Ley cabe deducir que queda excluido el criterio de la fecundación para determinar el límite mínimo de protección en el delito de aborto. En efecto, la Exposición de Motivos declara que «el momento de la implantación es de necesaria valoración biológica, pues anterior a él, el desarrollo embrionario se mueve en la incertidumbre, y con él se inicia la gestación y se puede comprobar la realidad biológica que es el embrión», añadiendo a continuación que las «distintas fases son embriológicamente diferenciables, con lo que su valoración desde la ética, y su protección jurídica también deberían serlo, lo cual permite ajustar argumentalmente la labor del legislador a la verdad biológica de nuestro tiempo y a su interpretación social sin distorsiones» (19).

Por otro lado, si la Ley sólo prevé protección administrativa y no penal durante el período preembrionario, eso quiere decir que el Derecho penal no protege esta etapa y que, en consecuencia, no habrá delito de aborto si se destruye el preembrión intrauterino. Si se admite este resultado, la discusión queda centrada entre el criterio de la anidación (embrión) y el criterio del cuarto mes de gestación (feto), tema sobre el que no me voy a pronunciar ahora. Debe tenerse en cuenta, además, que esta Ley de reproducción asistida no sólo no sanciona la destrucción de los embriones extrauterinos, sino que por el contrario considera como infracción muy grave «mantener in vitro a los óvulos fecundados y vivos, más allá del día catorce siguiente al que fueron fecundados, descontando de ese tiempo el que pudieran haber estado crioconservados» (20).

(17) En este sentido, GARCÍA VITORIA: *El tipo básico de aborto*, 1981, pp. 78/79; BAJO: *Manual de Derecho penal* (PE), Delitos contra las personas, 1986, p. 128; BUSTOS: *Manual de Derecho penal*, PE, 1986, pp. 59/60; COBO/CARBONELL en COBO/VIVES/BOIX/ORTS/CARBONELL: *Derecho penal*, PE, 2.ª ed., 1988, P. 558.

(18) En este sentido, QUERALT: *Derecho penal español*, PE, vol. 1, 1986, pp. 50 y s.; y MUÑOZ CONDE: *Derecho penal*, PE, 7.ª ed., 1988, p. 82 y s.

(19) Exposición de Motivos, apartado II, párrafo tercero, *in fine*.

(20) Art. 20.2,B),c).

IV

La Proposición de ley de donación y utilización de embriones y fetos o de sus células, tejidos u órganos, ha sido también sustancialmente alterada en los trámites parlamentarios que se han sucedido hasta ahora, y especialmente por obra de las enmiendas que presentó el Grupo socialista en la Cámara baja (21). Estas enmiendas han seguido el mismo modelo adoptado en la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida, haciendo desaparecer las prohibiciones que aparecían de forma asistemática en el texto de la Proposición y agrupándolas en el Capítulo IV, que lleva por rúbrica la de «Infracciones y sanciones». El Capítulo en cuestión solamente contiene el artículo 9 (22), precepto que ostenta una estructura muy similar al correlativo de la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida, remitiéndose en cuanto a los principios sancionadores y a las sanciones en concreto a la Ley General de Sanidad; asimismo ofrece un catálogo de infracciones graves y muy graves. Es de saludar esta reforma, porque así se garantiza el principio de legalidad en el ámbito del Derecho administrativo sancionador. La Proposición alcanza de esta forma un mayor grado de claridad y seguridad jurídica.

No obstante, aún se mantienen algunos puntos oscuros en el texto aprobado por el Congreso y remitido al Senado (23). Por ejemplo, el artículo 7, relativo a la investigación y a la experimentación con embriones y fetos, no indica si éstos han de estar vivos o muertos (24). De forma similar, el artículo 8, destinado a regular el empleo de tec-

(21) En el Congreso se presentaron un total de 184 enmiendas (vid. «B.O.C.G.», Congreso de los Diputados, III Legislatura, Serie B: *Proposiciones de ley*, núms. 73-6, de 24 de junio de 1988). En la Ponencia de la Comisión se aceptaron todas las socialistas —diecisiete: núms. 47 a 63— y 38 de otros grupos (vid. «B.O.C.G.», Congreso de los Diputados, III Legislatura, Serie B: *Proposiciones de ley*, núms. 73-8, de 7 de octubre de 1988). La Comisión aprobó con competencia legislativa plena el texto presentado por la Ponencia (vid. «B.O.C.G.», Congreso de los Diputados, III Legislatura, Serie B: *Proposiciones de ley*, núms. 73-9, de 24 de octubre de 1988). En el Senado se han presentado 78 enmiendas, siendo el Grupo Socialista autor de ocho —núms. 49 a 56—, que en general sólo pretenden modificaciones técnicas o de unificación terminológica y no introducen variaciones fundamentales (vid. «B.O.C.G.», Senado, III Legislatura, Serie II: *Textos Legislativos*, núm. 223 (c), de 15 de noviembre de 1988).

(22) Introducido por la enmienda núm. 61 del Grupo Parlamentario Socialista en el Congreso.

(23) Publicado en el «B.O.C.G.» que se indica en la nota 3.

(24) Las enmiendas presentadas en el Senado núm. 44 del Grupo Parlamentario Senadores Nacionalistas Vascos y núm. 61 del Grupo Parlamentario Mixto, Agrupación de Senadores de la Democracia Cristiana, pretenden incluir la expresión «muertos» en relación a los embriones y fetos. No obstante se podría llegar a la conclusión de que la investigación y la experimentación sólo son posibles en embriones y fetos muertos a la vista de que únicamente es posible donar éstos y no los vivos (art. 2.e) y es evidente que la donación es presupuesto de la investigación y experimentación, y de que la infracción administrativa prevista en el art. 9.2,B),e), que prohíbe la experimentación con embriones o fetos vivos.

nología genética, tampoco expresa si es posible efectuarla en embriones o fetos vivos o por el contrario deben estar muertos; la solución no puede ser aquí uniforme, porque este precepto recoge supuestos que implícitamente hacen referencia a embriones o fetos muertos (tecnología con fines industriales, de investigación o de trasplante) y otros que implican embriones o fetos vivos (tecnología con fines diagnósticos o terapéuticos en el propio embrión o feto) (25).

Por otra parte, pueden surgir algunas contradicciones entre esta Proposición y la ya vigente Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida. La Proposición parece permitir la combinación genética entre seres humanos y animales (26), así como algún supuesto de clonación (27), o de selección de sexo, aunque este último sólo con fines terapéuticos en caso de enfermedades ligadas a los cromosomas sexuales (28). Sin embargo, la autorización de estas actividades podría chocar con distintos preceptos de la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida que las prohíbe en relación a los preembriones. Y no parece lógico que lo prohibido respecto a los preembriones sea, no obstante, lícito respecto a los embriones y fetos, que representan fases más adelantadas en el desarrollo genético.

V

Tanto la Ley como la Proposición de ley pretenden que las actividades genéticas autorizadas no sirvan para destruir al ser engendrado ni para provocarle menoscabos en su salud. Ambos textos normativos contienen múltiples disposiciones destinadas a garantizar estos objetivos (29). En cuanto al fin de protección de la vida durante las diversas etapas de desarrollo genético, la Ley y la Proposición coinciden con el Código penal, pues para éste la destrucción de la vida intraute-

(25) La enmienda núm. 9 del Grupo Centro Democrático y Social pretende suprimir todo el art. 8 para regularlo en otra Ley. La enmienda núm. 45 del Grupo Senadores Nacionalistas Vascos pretende indirectamente que se trate de embriones o fetos vivos al añadir que la tecnología genética sólo se autorizará «siempre que se acredite que su finalidad última es el bienestar del niño que va a nacer y que favorecerá su desarrollo».

(26) Art. 8.1. La enmienda núm. 62 del Grupo Mixto, Agrupación de Senadores de la Democracia Cristiana tiene por objeto excluir esta posibilidad.

(27) Art. 8.2,b).

(28) Art. 8.2,c).

(29) Vid. arts. 1.3; 2.1,a); 3; 12; 13; 14.3; 16.2 y 19.2; así como diversas infracciones previstas en el art. 20.2,b), todos ellos de la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida. Por lo que respecta a la Proposición de ley de donación y utilización de embriones y fetos humanos, vid. arts. 2.e), 3.2, 3.3, 5.1 y 6; así como la mayoría de las infracciones muy graves previstas en el art. 9.2,b).

rina constituye como regla delito de aborto, salvo en los supuestos de las indicaciones recogidas en el artículo 417 bis (30).

Sin embargo, las hipótesis de menoscabos en la salud del preembrión, embrión o feto no son punibles según el Código penal, porque no encuentran encaje en ninguna de las figuras delictivas previstas en él. No obstante, en la actualidad, las lesiones físicas o genéticas en el ser engendrado pueden ser estadísticamente más frecuentes por las nuevas técnicas genéticas que ahora se autorizan. Para prevenirlas y evitarlas, el Derecho contará únicamente con sanciones administrativas. De esto se deduce que para el ordenamiento jurídico es más importante la vida (cuya destrucción se castiga penalmente) que la salud (cuyo menoscabo se sanciona administrativamente) del ser engendrado.

A mi juicio, esta prelación no se adecúa a la realidad. Durante las diversas etapas de desarrollo genético tiene más relevancia la salud que la vida, precisamente porque una lesión en el ser engendrado puede permanecer en el parto y persistir a partir de entonces. Desde el punto de vista de los padres y de la sociedad resulta preferible perder un futuro hijo a tenerlo tarado. Por ello, creo que sería necesaria la previsión de un delito que prohibiera las lesiones en un ser engendrado y no nacido, por lo menos las lesiones dolosas. En el trabajo ya publicado sobre este mismo tema me ocupé algo más detenidamente de esta argumentación, por lo que ahora me limito a remitirme a lo dicho entonces.

VI

La valoración global que en mi opinión merece la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida es más positiva que la primitiva Proposición presentada con el mismo título por el Grupo Parlamentario Socialista. Muchas de las deficiencias técnicas (repeticiones innecesarias, defectuosa redacción, terminología poco jurídica, etc.) han sido salvadas. Por lo que respecta a la que —cuando escribo estas líneas— todavía es Proposición de ley de donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos, creo que las imperfecciones técnicas son mayores, pero previsiblemente serán superadas en lo que resta de su tramitación parlamentaria. Por otra

(30) Ambos textos contienen previsiones tendentes a coordinar las nuevas técnicas con la Ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio, que introdujo en el Código penal el art. 417 bis. Así el art. 12.2 (en cuanto hace referencia a que la intervención en el embrión o feto esté «amparada legalmente») de la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida, y los arts. 3.2; 3.3 y 5.1 (éste, en cuanto admite la actuación sobre el embrión o feto vivo en el útero «de conformidad con las disposiciones normativas vigentes»).

parte, estimo acertado que ambos textos hayan descartado las prohibiciones de carácter penal, si bien el legislador debiera plantearse, en mi opinión, la necesidad de tipificar las lesiones provocadas en un ser ya engendrado.

No obstante, y para terminar, desde una perspectiva material tanto la Ley como la Proposición despiertan la sensación de responder a una cierta hipocresía social. Ambos textos rodean a tantas garantías y someten a tantos controles las nuevas técnicas genéticas que me inclino a pensar que es inquietante el afán del legislador en proteger más a los que todavía no han nacido que a las personas ya nacidas (*).

(*) Tal y como había imaginado, cuando corrijo las pruebas de imprenta de esta contribución, la Proposición de ley de donación y utilización de embriones y fetos o de sus células, tejidos u órganos se ha convertido en la ya vigente Ley 42/1988, de 22 de diciembre, manteniendo la misma denominación que la Proposición, y que ha sido publicada en el «B.O.E.» núm. 341, de 31 de diciembre de 1988. Salvo ligeras variaciones, los preceptos de la ley coinciden con los del texto de la Proposición remitido por el Congreso al Senado, que yo he manejado aquí. No se han salvado, pues, los defectos observados en el texto y, por consiguiente, mantengo en relación a la ley las críticas ya efectuadas a la Proposición.

En el campo de reseñar nueva bibliografía sobre el tema de las técnicas genéticas, debe tenerse en cuenta el estudio de PANTALEÓN: «Contra la ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida», en *Jueces para la Democracia*, núm. 5, diciembre de 1988, pp. 19-36, donde se sostiene la inconstitucionalidad de varios preceptos de carácter civil de la Ley 35/1988, sobre Técnicas de Reproducción Asistida (arts. 5.2; 9.1; 5.5 y concordantes; y algunas hipótesis del art. 8.3), propugnándose además la derogación inmediata de esta disposición.