

¿EXISTE UN DERECHO A LA IDENTIDAD GENÉTICA?

Íñigo de Miguel Beriain

*Investigador en la Cátedra Interuniversitaria
(UPV-EHU/Universidad de Deusto) de Derecho y Genoma Humano*

ABSTRACT: *Is there a right to have a genetic identity? This question has usually been answered in an affirmative way. This paper tries to demonstrate that this conclusion is only right when we talk about adult people. However, in the case of clones, it is not possible to think about a right of this kind, but a right to not live. This means that Laws must include the recognition of that right, if they do not want their banning of human cloning to become meaningless.*

KEY WORDS: *Genetic identity, cloning, embryo splitting, right not to live.*

1. INTRODUCCIÓN

A lo largo de los últimos años, hemos asistido atónitos a la consecución de una serie de descubrimientos científicos que han cambiado radicalmente las circunstancias en las que han de desenvolverse ciencias como la medicina, la biología, o la genética. La aparición de una circunstancia como la clonación celular, o el logro de hitos del calibre de la elaboración del primer mapa del Genoma Humano, o el desarrollo de técnicas tan prometedoras como las que hacen posible las terapias génicas han modificado sustancialmente muchas de nuestras ideas acerca de lo que es posible y lo que no lo es, siendo así que cada día resulta más complicado distinguir la realidad de la ciencia-ficción.

Esta revolución científica ha generado nuevos y sorprendentes escenarios para la vida humana, siendo así que no es exagerado, a nuestro juicio, decir que el hombre se halla, a principios del siglo XXI, en una situación decididamente compleja. De un lado, las enormes posibilidades que se abren ante nuestros ojos son motivo de alegría y optimismo. De otro, surge inevitable la inquietud hacia los posibles desastres a los que podría abocarnos una mala interpretación de los valores en juego o, simplemente, un uso inadecuado de estos nuevos conocimientos y de las tecnologías que surgen a su sombra¹. La conciencia de esta

IS THERE A RIGH T O GENETIC IDENTITY?

RESUMEN: ¿Existe un derecho a poseer una identidad genética propia? La respuesta a esta pregunta ha sido, tradicionalmente, afirmativa. El presente texto trata de demostrar que esta conclusión sólo es correcta cuando hablamos de seres humanos adultos. Sin embargo, en el caso de los clones, no es posible hablar de este tipo de derecho, sino de un derecho a no vivir. Esto significa que las leyes deben incluir el reconocimiento de ese derecho, si no quieren que sus prohibiciones a la clonación pierdan todo su sentido.

PALABRAS CLAVE: Identidad genética, clonación, partición de embriones, derecho a no vivir.

situación ha llevado, inevitablemente, al nacimiento de dos nuevos saberes, la Bioética y el Bioderecho, que podrían definirse como las ramas de la Ética o del Derecho que se ocupan de las ciencias de la vida².

El nacimiento de estas nuevas disciplinas, se debe, por tanto, a la necesidad de afrontar nuevos retos. Así, la Bioética se dirige tanto a la resolución de problemas éticos hasta ahora desconocidos como a la necesidad de reconsiderar algunas de nuestras construcciones conceptuales más complejas. Para el Bioderecho, en cambio, la cuestión clave se centra en la posible aparición de nuevos derechos subjetivos o la elevación de según qué bienes a la categoría de bienes jurídicos. El objetivo del presente artículo trata de aportar algo en la construcción de estos saberes a través del estudio de uno de esos bienes, la intimidad genética, que, todo sea dicho, es uno de los que muestra en mayor medida cómo los nuevos descubrimientos científicos pueden alterar nuestra concepción del Derecho. Piénsese, en lo que a ello respecta, que el bien que ahora nos ocupa ha existido durante tanto tiempo como el propio ser humano. Sin embargo, no teníamos la menor conciencia de su existencia e importancia hasta que los genetistas fueron capaces de comprender cómo funcionaba el complejo mecanismo del ADN humano. Tampoco tuvimos conciencia real de que fuera necesario defenderlo, desde luego, hasta

que los desarrollos de la ciencia, incluyendo entre ellos, por supuesto, el nacimiento de Dolly, no fueron capaces de ponerlo en peligro. Desde entonces hasta ahora, son muchos los que han empezado a insistir en la importancia de este bien, siendo así que ha entrado a formar parte del elenco de bienes jurídicos que, se supone, debería defender el Bioderecho.

El objetivo del presente texto consiste en analizar detenidamente todo lo relacionado con la identidad genética, siempre desde una óptica crítica que nos sirva para perfilar adecuadamente sus contornos. Con tal fin, comenzaremos por estudiar el concepto en sí mismo, trazando sus rasgos esenciales. A continuación, probaremos a estudiar cuáles son los motivos por los que habitualmente se considera que ha de ser incluido en el catálogo de los bienes jurídicos y, más aún, de los derechos subjetivos. Llegados a ese punto, intentaremos mostrar las razones por las que disintimos de la opinión expresada por la mayor parte de nuestros juristas, especialmente los estudiosos del Derecho penal. En compensación, intentaremos ofrecer nuevas y, esperamos, estimulantes propuestas, que sirvan para superar el marco jurídico actual. Por último, terminaremos con algunas conclusiones y observaciones finales que permitan sintetizar todo lo expuesto en el presente texto. Esperemos que sean realmente útiles para salvar los obstáculos que ahora mismo encontramos en nuestros marcos normativos.

2. ¿QUÉ SIGNIFICA IDENTIDAD GENÉTICA?

La idea misma de identidad genética es compleja. Hay que señalar, a este respecto, antes que nada, que existe una cierta confusión acerca del significado de la voz "identidad" en el ámbito biomédico. La descripción habitual del término, de acuerdo con la Real Academia, hace referencia a una gran similitud entre dos elementos. Sin embargo, el sentido del que dotamos a la expresión en el contexto actual no tiene que ver con esta primera acepción, sino con la noción de "ser uno mismo" o, más exactamente, con "la conciencia que una persona tiene de ser ella misma y distinta a las demás", como muy bien ha expresado el profesor Romeo Malanda³.

El derecho a la identidad, por tanto, puede definirse aquí como el *derecho a ser uno mismo*. La confusión, no obstan-

te, acecha si tenemos en cuenta que son muchos quienes consideran que la forma de violar este derecho consiste en clonar seres humanos, esto es, en crear seres humanos genéticamente idénticos, término que, en este segundo contexto, quiere decir "muy similar". Los juegos de palabras nos gastan aquí una mala pasada que, sin embargo, se evita si pensamos que la idea de "ser uno mismo" tiene como requisito primordial diferenciarse de los demás y es, precisamente, esta capacidad la que se puede llegar a vulnerar a través de una práctica que nos haga genéticamente idénticos a otros seres humanos.

Hecha ya esta primera aclaración, conviene añadir una segunda, esta vez referida a la idea de similitud. Algunos autores han apuntado, de forma correcta, que es muy complejo, si no imposible, crear seres humanos genéticamente idénticos, al menos mediante algunas de las técnicas que habitualmente se emplean para efectuar una clonación⁴. Así, por ejemplo, alguien conseguirá, tal vez, en un futuro⁵, crear un clon humano mediante la transferencia del núcleo de una célula adulta⁶. Sin embargo, el ser clónico nunca llegará a compartir el 100% de la dotación genética del clonado, ya que el núcleo de una célula contiene, desde luego, el ADN nuclear, pero no el mitocondrial, por lo que seguirá existiendo una diferencia entre ambos⁷. Lo que es más, los cambios que acompañan inevitablemente a toda gestación harán que ambos seres se vayan distinguiendo, incluso antes del nacimiento⁸.

Ahora bien, estos hechos, con ser relevantes, no son, no obstante, a nuestro juicio, decisivos para concluir que hay que abandonar el debate sobre la clonación porque su objetivo, esto es, crear seres humanos idénticos, es irrealizable. Antes bien, conviene destacar que, dado que la constitución de un ser humano se debe, en una proporción aplastantemente favorable, a su ADN nuclear, antes que al mitocondrial, bastaría con copiar el primero para crear dos seres humanos sustancialmente iguales, sin que fuera necesario hacer lo mismo con el segundo⁹. De ahí, por tanto, que concluyamos ahora que para considerar a dos sujetos genéticamente idénticos basta con que éstos compartan su ADN nuclear. Y de ahí, también, que consideremos que la clonación de un ser humano no sea, ni mucho menos, imposible.

Intentando ahora sintetizar todo lo dicho en este punto, concluiremos que por identidad genética debe entenderse

la conciencia de ser uno mismo, diferente de los demás, circunstancia que, a su vez, surge de la posesión de un ADN original. Como tal se ha de entender un ADN sustancialmente distinto al que posea cualquier otra persona, esto es, un ADN que difiera del ADN nuclear de otro ser humano, y no sólo del mitocondrial. De lo contrario, nos tememos, estaríamos dando demasiada importancia a unos factores que, de por sí, no servirían para preservar la identidad genética como bien.

3. LA IDENTIDAD GENÉTICA COMO BIEN JURÍDICO Y COMO DERECHO SUBJETIVO

Determinado ya lo que es la identidad genética, será éste el momento de delimitar, en primer lugar, por qué se considera habitualmente que es un bien, esto es, algo que "es susceptible de contribuir al bienestar y perfeccionamiento físico o psíquico de la persona"¹⁰. La cuestión, por consiguiente, que nos ocupará en este momento será la de analizar la forma en que la identidad genética está relacionada con nuestro propio bienestar. En este sentido, cobra especial relevancia decir que, en general, la mayor parte de los autores consideran que la exclusividad genética, esto es, la posesión de un ADN original, es, como tal, un bien, porque es bueno que un ser humano sea único, irrepetible y diferente a otros seres vivos preexistentes, estén vivos o muertos¹¹. Esto, desde luego, no significa que la posesión de un ADN único y la identidad genética, tal y como la hemos definido, sean lo mismo. De hecho, es perfectamente posible que dos personas que posean un mismo ADN no se sientan por ello, en absoluto, idénticas¹². Al fin y al cabo, ninguno de nosotros es, exclusivamente, lo que sus genes dictan, sino que en la constitución de nuestro ser influyen también factores ambientales, educacionales o biológicos de lo más variado, siendo así que cualquiera de estas fuerzas son, de por sí, suficientes para trazar profundas diferencias entre unos y otros¹³. Ello no obstante, caben pocas dudas de que la conformación genética de cada uno es una de las bases de nuestra irrepetibilidad, siendo así que algunos autores han llegado, incluso, a considerarla como una condición previa para la protección del libre desarrollo de la persona¹⁴.

A la luz de lo que acabamos de decir, no debería resultar demasiado complejo entender la importancia del bien que

se halla en juego: si de verdad hablamos de una condición para la propia libertad del ser humano, entonces parecen existir pocas dudas acerca de la necesidad de preservar la identidad genética de todo ser humano. De ahí, por tanto, que parezca a primera vista congruente hacer de esta cualidad no ya sólo un bien, sino un bien jurídicamente protegido, en cuanto que engarza con bienes que consideramos fundamentales. A pesar de ello, el Derecho positivo ha encontrado ciertas dificultades a la hora de delimitar el marco jurídico de la identidad genética. Tanto es así que, en el caso concreto de nuestro país, la mayor parte de los autores han procedido a enlazar la idea de identidad genética con la de identidad personal, extendiendo así el derecho al libre desarrollo de la personalidad, proclamado en el art. 10.1 de nuestra Carta Magna, a esta materia en concreto¹⁵. Claro que esta extensión ha llegado a conectar, incluso, la identidad genética con la dignidad de la persona¹⁶, lo cual, como veremos, no deja de ser un asunto espinoso. De lo que en cualquier caso parece haber pocas dudas es que, más allá incluso de la consideración de la identidad genética como bien jurídico, el Derecho la ha concebido como un derecho subjetivo, esto es, como un interés jurídicamente protegido¹⁷. Ni que decir tiene que ello no supone sino un cambio de perspectiva, que sitúa en la esfera del individuo el ámbito natural de la identidad genética: el motivo fundamental de la prohibición de la clonación estriba en una protección del interés de todo ser humano en poseer un ADN original.

Nos encontramos, al fin, con que todo lo dicho en el presente epígrafe podría sintetizarse diciendo que la identidad genética constituye un bien jurídico protegido, y, en cuanto que supone un presupuesto previo para el libre desarrollo de la personalidad e, incluso, para la posesión de una dignidad humana, ha de situarse dentro de la esfera de los derechos subjetivos. De ahí, por supuesto, que la mayor parte de los ordenamientos legislativos occidentales hayan incluido en sus normas los mecanismos necesarios para impedir que alguien sea privado de esta, al parecer, valiosísima cualidad. Dicho esto, dedicaremos, a partir de aquí, los próximos epígrafes a estudiar cómo se puede vulnerar, en la práctica biomédica, ese derecho a la identidad genética, comenzando por una de las prácticas que, indudablemente, privan de su identidad genética al ser humano: la gemelación artificial.

4. LA PARTICIÓN DE EMBRIONES: ¿UN ATENTADO CONTRA LA IDENTIDAD GENÉTICA?

La partición de embriones (*embryo splitting*) constituye una práctica biotecnológica sobradamente conocida por la mayor parte de los especialistas en fecundación *in vitro*. Consiste, básicamente, en la separación de las células que conforman un embrión durante sus primeros días de vida, esto es, la etapa que abarca desde la fecundación hasta la constitución de la mórula o, incluso, el blastocisto temprano. De este modo, se crean dos seres humanos iguales entre sí, pero diferentes a sus progenitores. Es decir, que lo que sucede en el laboratorio es que se reproduce la misma situación que da lugar de forma natural a los gemelos monocigóticos. Por este motivo, algunos estudiosos han propuesto utilizar para este supuesto la denominación de *gemelación artificial*¹⁸. Su utilidad se deriva, básicamente, de la posibilidad que ofrece de aumentar el número de los embriones generados artificialmente en los casos en los que no es fácil obtener de una mujer el número de óvulos necesario para el buen funcionamiento de la fecundación *in vitro*¹⁹. Evidentemente, la partición de embriones crea dos seres genéticamente idénticos entre sí. A partir de ahí, desde luego, cabría concluir, directamente, que esta práctica atenta contra el bien jurídico que es objeto de nuestro estudio, esto es, la identidad genética de los seres creados gracias a ella. Sin embargo, y desde estas páginas, defenderemos la hipótesis contraria, esto es, que la gemelación artificial no supone ninguna merma de la identidad de un ser humano.

Las razones de esta aseveración son varias, y algunas de ellas coincidentes con las que exponemos a la hora de hablar de la transferencia de núcleos celulares. Sin embargo, la que nos parece especialmente interesante en este punto es la que se basa en que, como ya hemos expresado antes, el hecho de compartir un mismo ADN con otra persona no significa necesariamente una pérdida de identidad genética. Piénsese, en este sentido, que lo que hace que una persona pueda sentirse privada de su libertad, o de su dignidad, o de cualquier otro de los bienes de los que hablábamos más arriba no es compartir un mismo ADN con otro ser humano, sino verse reflejado en él, conocer de antemano su propia historia, sentirse como la prolongación de otro, etc. Pero todos estos factores no concurren cuando uno posee el mismo ADN que un ser humano creado en el mismo momento que él. He aquí una vital diferencia entre la creación de gemelos, aunque sea artificialmente, y la

clones. El clon procede de un adulto. Los gemelos surgen simultáneamente. Por eso mismo, y como confirma nuestra experiencia, no sufren de ninguna de las taras que, se supone afligirían a los clones. Y es que, si fijamos una mirada atenta sobre la cuestión, nos daremos cuenta rápidamente de que el problema real no es el de compartir un mismo ADN con otro ser humano, sino el de compartirlo con una persona que vive en un intervalo temporal diferente.

De este modo, cobra sentido, a pesar de que, con loables excepciones²⁰, no se haga la distinción entre los conceptos de *individualidad genética*, que consiste en la posesión de un ADN único, *originalidad genética*, que implica la posesión de un código genético diferente al de cualquier otro ser humano nacido en un momento temporal diferente, y el de *identidad genética*, ya descrito como el hecho de ser uno mismo. Siguiendo esta distinción es más sencillo entender por qué creemos que la partición de embriones no atenta contra la identidad genética de los gemelos creados gracias a ella. Dado que la identidad genética, como tal, se halla relacionada con la idea de originalidad genética, pero no, en cambio, con la de individualidad genética, es obvio que la gemelación artificial no supone una amenaza contra la identidad genética, ya que lo que crea son seres genéticamente idénticos entre sí, pero dotados de ADN original, como acabamos de señalar. Hay, con todo, que hacer una salvedad a este aforismo general, que tiene que ver con la posibilidad de congelar algunos de esos embriones. En tales casos, esto es, en los casos de transferencia de embriones gemelos en intervalos temporales diferentes, tendríamos que remitirnos a lo que a continuación diremos sobre la clonación de seres humanos ya nacidos.

5. ¿ES POSIBLE ATENTAR CONTRA LA IDENTIDAD GENÉTICA A TRAVÉS DE LA CLONACIÓN? EL DERECHO A LA ORIGINALIDAD GENÉTICA DE UN SER HUMANO ADULTO

La clonación de un ser humano adulto puede llevarse a cabo de dos formas. La primera de ellas consiste, básicamente, en producir varios embriones mediante partición, tal y como acabamos de explicar. A continuación, se transferirían algunos de ellos al útero de una mujer, crioconservando el resto. Años después, bastaría con introducir uno de ellos en un programa de fecundación *in vitro* para crear,

si el procedimiento llegase a buen término, un clon perfecto del ser humano que habría nacido de los previamente transferidos. El segundo método de clonar un ser humano es el que denominamos habitualmente transferencia de núcleos celulares, esto es, el método que dio origen a Dolly, y del que ya hemos hablado antes²¹. Ambos procedimientos, si bien sujetos a diferencias fundamentales, comparan, no obstante, una característica común, como es la de privar a un ser humano de su originalidad genética, ya que los dos acaban generando una persona que compartirá su ADN con otra que ya existía previamente.

Ahora bien, ¿supone la clonación, en consecuencia, un atentado contra la identidad genética del ser humano, una quiebra de su derecho subjetivo a poseer dicha cualidad? La mayor parte de los autores que se han ocupado de este tema parecen albergar pocas dudas de que, efectivamente, así es. Opinión que, desde nuestro punto de vista, resulta sin duda certera si nos centramos en el ser humano clonado. A fin de cuentas, el ser humano adulto del que se extrae la célula madre que origina el clónico, o la persona que ve nacer un gemelo artificial, sufrirán, de modo inevitable la pérdida de su originalidad genética. De ahí, por tanto, que el Derecho deba protegerles penalizando las conductas relacionadas con la clonación de seres humanos, al menos mientras ésta se produzca en contra de su voluntad.

¿Qué sucedería, sin embargo, si, en los casos en los que resulta imposible reproducirse de otro modo, el ser humano adulto diera su consentimiento a ser clonado? Evidentemente, ello implicaría una renuncia a su identidad genética, sin duda un bien, a cambio de obtener otro todavía mayor, al menos a juicio del afectado, como la posibilidad de reproducirse. En tales circunstancias, es más que dudoso que el Derecho tuviera que imponerle la conservación de uno de los dos bienes en perjuicio del otro. Más bien, lo que debería hacer es aceptar su renuncia al derecho subjetivo a la identidad como forma de preservar su derecho subjetivo a la reproducción, de la misma forma que, en el caso en que una amputación resulta necesaria para continuar con vida, el Derecho ampara la vulneración de un bien jurídico tan importante como la integridad física en defensa de otro superior, como la existencia. De lo que, por cierto, sólo cabe deducir que, aun siendo cierto que la clonación supone un atentado contra la identidad del ser humano clonado, también lo es que ello no implica que el Derecho deba, necesariamente prohibirla. O, dicho con otras palabras, que, a

salvo de que alguien demuestre que la identidad genética es un bien de tal calado que no cabe renunciar a él ni siquiera para asegurarse la posibilidad de la reproducción, nuestros sistemas normativos sólo deberán proteger la identidad genética del ser clonado, penalizando la clonación, cuando no medie renuncia a ese bien jurídico, esto es, cuando se clone a un ser humano contra su voluntad.

Ello no obstante, nuestros ordenamientos han adoptado, precisamente, la postura opuesta, impidiendo en la práctica que nadie pueda renunciar a su originalidad genética. De este modo, hemos acabado por hacer del derecho a la identidad genética, antes que un derecho, propiamente hablando, un derecho subjetivo irrenunciable, esto es, un derecho-deber, construido sobre la base de la existencia de un bien jurídico al que no cabe renunciar. La cuestión clave aquí se centra, desde nuestro punto de vista, en que esta limitación no se ha establecido sobre la base de una presunta ilegitimidad del acto de renuncia, sino sobre la necesidad de respetar los derechos de una tercera persona, el ser humano clónico y, más concretamente, el derecho de éste a poseer una identidad genética, lo cual, a nuestro juicio, es muy difícil de sostener, como tendremos ocasión de ver a continuación.

6. EL DERECHO A LA IDENTIDAD DEL CLON, ¿LÍMITE A LA LIBERTAD DEL SER HUMANO ADULTO?

Hemos concluido el apartado anterior con una desconcertante evidencia: a pesar de que resultaría completamente coherente desde un punto de vista estrictamente jurídico aceptar la renuncia a la originalidad genética en aras a la concreción del derecho a la reproducción, lo cierto es que nuestros ordenamientos han optado por prohibir esta posibilidad, estableciendo una sanción sobre esta clase de conductas. ¿Cuál es la razón que ha llevado a una conclusión como la que mencionamos? ¿Un exceso de celo en la protección de la identidad genética del ser clonado? Mucho nos tememos que no. De hecho, en el debate teórico sobre este tema, no se ha llegado a plantear en ningún momento un enfoque de este tipo. El deber de todo ser humano adulto a conservar su originalidad genética apenas si se ha considerado, ni tampoco se ha hablado de la necesidad de protegerle frente a las traumáticas implicaciones que podría acarrearle una renuncia de este tipo²². ¿A qué obedece entonces el motivo de la sanción?

Si nos fijamos atentamente en los comentarios realizados al efecto por nuestros más eminentes penalistas quedarán pocas dudas de que el bien jurídico que se ha opuesto a la libertad de renuncia del ser humano adulto ha sido el deseo de preservar el derecho subjetivo del ser humano clónico a poseer una identidad genética original. Nuestro objetivo en el presente epígrafe será tratar de demostrar que esta postura doctrinal resulta palmariamente errónea, a no ser que asumamos que existe un derecho subjetivo a la no existencia. La razón de esta afirmación, probablemente sorprendente, radica en un hecho inevitable: un clon nunca podrá poseer identidad genética, de lo que se deduce que la única forma de proteger su originalidad será evitar que exista. De lo cual, como se ve sólo cabe deducir que si posee algún derecho subjetivo será el derecho a no existir, por extraño que ello parezca. Vayamos por partes.

El principal motivo por el que creemos que nuestro sistema jurídico yerra en este punto consiste en que quienes sustentan la defensa de un derecho subjetivo a la identidad genética caen en la profunda tergiversación de creer que clonar significa robar la identidad genética al clon, cuando, en realidad, el ser en cuestión sólo surge *a través* de esa clonación, que, como tal, acarrea irreversiblemente verse privado del bien que nos ocupa, con lo cual carece de todo sentido pensar el problema en términos de atentado contra derechos subjetivos, a no ser que hablemos de un derecho subjetivo a la no existencia, como ya hemos dicho. Intentaremos explicarnos. La concepción de la que parten quienes sustentan la prohibición de la clonación sobre el argumento de que roba algo a un ser humano es indiscutiblemente cierta desde la perspectiva del ser humano clonado, como ya hemos dicho, porque, en el caso de éste, existe un bien jurídico, la originalidad genética, que se pierde y que podría no haberse perdido de no haberse producido la clonación. Desde la perspectiva del ser clónico, no obstante, las circunstancias son completamente distintas, porque, en su caso, no hay ninguna posibilidad de preservar su identidad genética ni el derecho subjetivo que a ella se refiere: o llega a surgir privado de ella o no surge, en cuyo caso tampoco existirá nunca el bien jurídico.

La diferencia entre ambos casos tal vez se comprenda mejor a través de otro ejemplo: imaginemos una pareja de seres humanos, en la que ambos de sus componentes padecen una grave enfermedad hereditaria. Si se decidieran a tener un hijo, sería inevitable que éste heredase la patología

de sus padres. ¿Significaría eso que los padres estaban atentando contra la salud de su hijo por el mero hecho de traerlo al mundo? A nuestro juicio, una respuesta positiva a esta pregunta sería, desde un punto de vista jurídico, completamente absurda, ya que lo que sería científicamente imposible sería crear un ser humano libre de esa patología, de modo que no podría, en ningún caso, preservarse la salud del niño. Pero si no hay posibilidad de preservar el bien jurídico, ¿qué sentido tiene penalizar la conducta? Otra cosa, no obstante, sería dilucidar o no si esa patología sería lo suficientemente grave como para desaconsejar que esas personas procrearan. Pero, en términos de derechos subjetivos, una recomendación en contra nunca defendería el derecho a la salud del niño así concebido, sino, en todo caso, su derecho subjetivo a no existir.

Todo lo que acabamos de decir habrá servido, esperemos, para entender que la perspectiva del derecho a la identidad genética que aplicábamos en el caso del ser humano adulto no tiene demasiado sentido a la hora de centrarnos en el ser clónico que surgirá como consecuencia de la clonación. En esta ocasión, el hecho mismo de clonar no causa, por sí mismo, un perjuicio a los derechos subjetivos de un ser humano clónico, ya que éste, como tal, sólo llega a existir, precisamente, a través de ese acto, con la salvedad, desde luego, de ese derecho subjetivo a la no existencia del que estamos hablando. De ahí que sea un tanto absurdo enfocar el tema desde la idea tradicional de los derechos humanos subjetivos, en cuanto que estos tienen como epicentro la misma idea de la existencia de la persona, que presuponen como base sobre la que construir todo su entramado. Pero cuando el dilema no afecta a uno de sus atributos, sino al mismo hecho de existir como tal, nuestras concepciones encuentran serias fallas, que conviene rellenar desde otras perspectivas.

7. EL TRASFONDO QUE SE ESCONDE DETRÁS DEL DERECHO A LA IDENTIDAD GENÉTICA DEL CLON: LA NECESIDAD DE ACEPTAR LA PREFERENCIA POR LA NO-EXISTENCIA

Lo que acabamos de decir no significa, necesariamente, que la clonación, como tal, no pueda suponer un perjuicio a un derecho subjetivo del ser humano. De hecho, lo único que hemos concluido hasta aquí es que no tiene el más mínimo sentido decir que la clonación atenta contra

un derecho a la identidad genética del clon, pero eso no significa, necesariamente, concluir que no existe perjuicio alguno contra alguna forma de interés. Antes bien, lo que es seguro es que la clonación impide que un ser humano llegue a poseer un bien jurídico concreto que el resto de nosotros sí poseemos. Se trataría, por tanto, de lo que los economistas denominan un "coste de oportunidad" que el ser clónico tendría que pagar como peaje para entrar en este mundo, lo cual, inevitablemente, afectaría a un interés. La cuestión que ahora nos ocupa es la de dilucidar si este interés es la puerta de entrada hacia un derecho subjetivo y, en caso de que así sea, tendremos que descubrir cuál es. Problema que, a su vez, puede ser resuelto de manera más eficaz si cambiamos nuestra perspectiva habitual e introducimos, como variable para el análisis, la posibilidad, ya reiterada, de que la no existencia sea, también, un derecho subjetivo. Claro que responder a esta cuestión supone tanto como plantearse si puede haber circunstancias en las que es mejor no llegar a vivir que vivir bajo ciertas circunstancias.

Ésta, y no otra, es la gran pregunta que subyace bajo las apariencias en el caso de la clonación y el presunto derecho a una identidad genética, porque, por suerte o por desgracia, la única forma de impedir que exista un ser sin identidad es, sencillamente, impedir que llegue a existir. La clonación de un ser humano es, desde la perspectiva del clon, un juego de todo o nada: o se permite que exista, con las características que le son propias, incluida la falta de originalidad genética, o se prohíbe su creación. Los caminos intermedios son irrelevantes. De ahí, por tanto, que todos aquellos que dicen defender los intereses de un ser humano cuando presionan a favor de la prohibición de la clonación están, inevitablemente, diciendo, en el fondo, que el mejor interés de ese ser humano es el de no llegar a nacer²³ y que ese interés es lo suficientemente importante como para que el Derecho deba protegerlo aun a costa de privar a un ser humano de su derecho a reproducirse. Lo que, desde luego, implica, desde nuestra perspectiva, un reconocimiento del derecho subjetivo a la no existencia, siendo el interés jurídicamente protegido ese interés por no existir.

Claro que esto es sumamente discutible. Centrémonos, en este sentido, en el presupuesto de partida de todo el argumento, la preferencia por la no existencia. ¿Supone esta constatación alguna dificultad desde un punto de vista teórico? A nuestro juicio, la respuesta a esta interro-

gante es compleja. De hecho, son muchos los autores que defienden el punto de vista de que siempre es mejor vivir que no llegar a vivir²⁴. Nuestros mismos ordenamientos jurídicos, en general, suelen sostener esta misma idea²⁵. De ello, por supuesto, no se deduce necesariamente que esto deba ser así, pero sí que nos obliga a pensar que, en caso de sostener esta hipótesis general, dejaría de tener sentido pensar que la clonación debe ser prohibida. A fin de cuentas, si uno cree que vivir es mejor que no vivir, sean cuales sean las circunstancias en las que surge esa vida, no tiene demasiado sentido que se oponga a la clonación sólo porque priva al ser clónico de un bien jurídico como su identidad genética, dado que, a cambio, le proporciona un bien jurídico claramente superior, como es la propia vida. Tampoco tendría, por descontado, ningún sentido, desde esta perspectiva, aceptar la coherencia de un derecho subjetivo a la no existencia, dado que nadie tiene derecho a lo que no se considera un bien, sino un mal. Volviendo de nuevo al ejemplo de la amputación, la creación de un ser humano a través de las técnicas de clonación sería, con todas las salvedades necesarias, un supuesto equiparable a aquel del médico que, con tal de conservar la vida de un paciente, ha de seccionarle uno de sus miembros. Evidentemente, toda posible responsabilidad por atentar contra un bien jurídico, la integridad física del paciente, debería ceder ante la evidencia de haber optado por un bien superior, como la vida, al menos si el paciente no había declarado previamente que el orden de bienes era, en su opinión, justo el inverso²⁶.

En la práctica, no obstante, parece que el Derecho ha decidido obviar esta forma de pensamiento, que en buena medida supone un reflejo jurídico de la llamada doctrina de la "santidad de la vida humana"²⁷. Como hemos dicho ya, nuestros ordenamientos se han decantado por una prohibición general de la clonación que puede, en determinados casos, implicar una mutilación del derecho a la reproducción del ser humano, en función de la protección del interés del ser humano clónico. Lo cual, desde luego, no es ni mucho menos incoherente, siempre que uno asuma el postulado lógico sobre el que debe asentarse racionalmente: que es mejor no llegar a existir que existir privado de un ADN original, lo que implica, si queremos sostener la idea de protección de un derecho subjetivo del ser clónico, el reconocimiento del derecho subjetivo a la no existencia. El problema, a nuestro juicio, es que todavía no hemos incorporado a nuestras estructuras mentales, a

nuestra forma de pensar en lo jurídico toda esta clase de consideraciones, lo cual provoca profundas contradicciones en nuestra forma de contemplar este tema, tal y como mostraremos a continuación.

8. LOS PROBLEMAS QUE EL DERECHO A LA IDENTIDAD GENÉTICA CREA AL DERECHO. ALGUNAS INCOHERENCIAS LATENTES EN NUESTROS ORDENAMIENTOS

Como ya hemos tenido ocasión de adelantar y es, de todos modos, sobradamente conocido, la inmensa mayoría de los ordenamientos jurídicos que han contemplado la clonación de seres humanos, han decidido establecer sobre ella alguna forma de sanción. La razón de este veto estriba, al menos en opinión de nuestros penalistas, en salvaguardar el bien jurídico que representa la identidad genética del ser clónico y su derecho subjetivo a poseerla. Hemos apuntado ya que esta conclusión entraña la creencia, de por sí dura de masticar, de que es mejor no existir que existir sin una identidad genética propia. Sin embargo, nuestros ordenamientos jurídicos no son, creemos, en modo alguno conscientes ni de las profundas contradicciones teóricas que incluye esta asunción, ni de los problemas que pueden llegar a surgir como consecuencia suya.

Pensemos, en este sentido, que, pese a las precauciones adoptadas cabría que, en un futuro, alguien fuera capaz de crear un embrión clónico *in vitro*. ¿Qué debería hacer el Derecho en tales casos? ¿Velar por la vida del embrión o proteger sus intereses destruyéndolo? Todos los países en los que se han elaborado normas al efecto han optado por la segunda vía, esto es, la que implica dejar morir al embrión. ¿Cuál puede ser la justificación de esta decisión normativa? Si seguimos al pie de la letra el razonamiento trazado en este texto, nos daremos cuenta de que sólo hay dos formas posibles de encontrarle una razón de ser: o aceptar que existe un derecho subjetivo a la no existencia o bien concluir que la clonación atenta contra intereses sociales que son más importantes que el valor que podamos atribuir a la propia existencia del embrión. En el caso de países como España, en los que no existe una tradición de protección amplia a la vida del embrión, es perfectamente posible pensar que la segunda razón es lo suficientemente poderosa como para explicar el desarrollo legislativo. Sin

embargo, en países que como Alemania o Italia, han hecho de la protección de la vida del embrión humano uno de los pilares básicos de sus ordenamientos²⁸, es difícil aceptar otra justificación de su postura que no sea la primera. Pero ello implica, desde luego, aceptar que el derecho promueve la eutanasia no voluntaria de dichos seres, en un afán por proteger su interés a no nacer privados de identidad genética. Mas si de ello se trata, ¿por qué no se dice explícitamente? ¿Por qué nos obstinamos en negar al existencia de ese derecho subjetivo a la no existencia?

Vayamos, no obstante, un paso más allá. Imaginemos que, a pesar de las prohibiciones, uno de estos embriones se transfiere al cuerpo de una mujer, y acaba dando lugar a un clon. Esta situación nos crearía importantes incógnitas, que tendríamos que dilucidar llegando, nos tememos, a soluciones mucho menos tremendistas de lo que aducen los opositores a la clonación de seres humanos. Para empezar, es obvio que el clon tendría la misma dignidad que cualquier otro ser humano, a menos que estemos dispuestos a vulnerar la Declaración de Derechos Humanos de la ONU. Así pues, la primera consecuencia de ese nacimiento sería la de dejar, bien a las claras, que toda alusión a una lesión de la dignidad del ser clónico no tendría sentido alguno, derribando, de paso, toda conexión entre dignidad e identidad genética²⁹. Hay, no obstante, una segunda consecuencia todavía más difícil de afrontar. Pensemos, por un instante, que nuestro protagonista decide, siguiendo los argumentos de los opositores a la clonación de seres humanos, que su extraño origen le ha causado un grave perjuicio. ¿A quién debería demandar y por qué?

Imaginemos que demanda a su o sus progenitores. ¿No sería muy fácil para éstos defenderse diciendo que ellos le han dado la vida, que es un bien jurídico superior a la identidad genética y, lo que es más, que si le han privado de este segundo bien ha sido sólo porque era la única forma de otorgarle el primero? Nuestro protagonista podría, desde luego, aducir que sus padres deberían haber intentado preservar ambos bienes generando su vida de otra forma. Sin embargo, y a no ser que compartiesen algunas hipótesis metafísicas de difícil aceptación, como las sostenidas por Iacub³⁰, sería sencillo para sus progenitores responderle que, en tal caso, hubiera nacido otra persona, no él. Esto es, que él sólo podía venir a este mundo de la forma en que eligieron hacerlo. Con lo que, salvo que el ser clónico sostuviera que él valora más su identidad

genética que su vida, difícilmente cabría sostener que ha sufrido un perjuicio.

Imaginemos, no obstante, rizando el rizo, que se produjera esta hipótesis, un tanto difícil de creer, de otro lado. Pensemos, siquiera por un momento, que el ser clónico sostuviera que para él hubiera sido mejor no existir y que su propia creación supuso una vulneración de su derecho a una identidad genética y, a partir de ahí, de su derecho a no existir. En tales casos, desde luego, parecería, a primera vista, que, dado que en tales circunstancias el ser en cuestión habría sufrido un daño injusto, tendría derecho a obtener una reparación. Ahora bien, ¿cuál sería esa reparación, esto es, qué compensación tendría derecho a exigir nuestro hombre? La respuesta a esta pregunta ya no es tan sencilla. A primera vista, la mayoría de nosotros, seguramente, acudiría a la idea de una compensación económica³¹. Sin embargo, si analizamos detenidamente la naturaleza de la demanda es complicado concluir que ésta pudiera ser una solución correcta. A fin de cuentas, lo que el demandante estaría sosteniendo, llegado el caso, sería que su falta de una identidad genética le habría supuesto un perjuicio de tal medida que preferiría no vivir. O, dicho con otras palabras, que su creación en esas circunstancias habría vulnerado su derecho a la no existencia. Si una demanda que le reportara ciertos ingresos cambiase esa apreciación, entonces es que la hipótesis inicial no era verdadera³². De hecho, si fuera cierto que la vida le resultaba insostenible por un perjuicio como la falta de identidad genética propia, que nunca cabría solucionar en el estado actual de la ciencia, la única demanda coherente que interpondría nuestro protagonista sería una demanda de suicidio. Con lo que, en último término, un sistema jurídico que no fuera contradictorio en sí mismo, tendría que asimilar que prohibir la clonación significaría inevitablemente, estar dispuestos a legalizar no ya la eutanasia, sino el suicidio asistido³³. Es, nos tememos, la única conclusión lógica del caso. Difícil de aceptar, desde luego, pero la única que nos resulta coherente, desde un punto de vista lógico.

9. ¿ES NECESARIO RENUNCIAR A PROTEGER EL DERECHO A LA IDENTIDAD GENÉTICA?

A la vista lo dicho en el apartado anterior, habrá, desde luego, quienes estén ya pensando que, si ésta ha de ser la

conclusión a la que nos llevará la prohibición de la clonación, es casi mejor no llegar a sancionarla, impidiendo así la necesaria aceptación de un derecho subjetivo a no existir. Ello no obstante, creemos que es posible llegar a posicionamientos más interesantes enfocando la polémica desde otro punto de vista, que obvie toda invocación a los intereses del ser humano clónico y a su derecho subjetivo a la identidad genética. Antes bien, a lo que habría que aludir, al menos desde nuestra opinión, es a un interés mucho más general: el interés que tenemos todos en que las personas se comporten de un modo que sea aceptable para el resto de la sociedad. O, dicho con otras palabras, que respete el bien común. Y lo que el bien común dicta en este caso es que tenemos, como seres morales, una obligación de no causar daño, al menos si éste es evitable. Esta creencia, en conjunto, justifica que se prohíba la clonación de seres humanos, al menos en los casos en los que éstos sean capaces de reproducirse a través de otros métodos que den lugar a seres dotados de su propia identidad genética³⁴.

Lo cual, desde luego, no implica, ni mucho menos, una autorización a la interrupción del curso vital de las personas creadas mediante procedimientos relacionados con esta finalidad. Téngase en cuenta, en este sentido, que, una vez ya creado el ser humano, es obvio que sus intereses deben prevalecer sobre los del conjunto de la sociedad. Dicho esto, no obstante, resulta necesario añadir que antes de que llegue ese clon llegue a existir, incluso como embrión, las premisas del problema son diferentes, precisamente porque sus intereses no existen³⁵. Así, los intereses que se hallan en conflicto a la hora de tomar la decisión de reproducirse³⁶ son los de la persona que desea reproducirse y los de la sociedad en su conjunto, esto es, lo que hemos denominado el bien común. En estos casos, a diferencia de lo que ocurre en el conflicto entre la vida del ser clónico y el bien común, sí que existe una posibilidad de poner límite a un derecho individual a la reproducción en favor de un bien colectivo. Porque el derecho a la reproducción no es, desde luego, un derecho ilimitado de todo ser humano a transmitir la vida por cualquier medio y a cualquier precio, sino, simplemente, un derecho a que nadie impida el ejercicio de la paternidad si no es por un motivo realmente sólido³⁷. Visto desde el lado contrario, esta afirmación inicial nos lleva a considerar que toda persona tiene *prima facie*, un derecho a utilizar los medios que considere adecuados para su reproducción, incluyendo, desde luego, los

métodos que permiten la clonación de un ser humano³⁸, pero también que este derecho es susceptible de limitación si hay buenos motivos que así lo indiquen.

A nuestro juicio, éste es, precisamente, el caso: la defensa del bien jurídico que hemos denominado identidad genética significa que es posible obligar a unos futuros progenitores a que, de entre varios métodos posibles de reproducción, escojan aquellos que no atenten contra este bien, en lugar de los que sí lo hacen. De este modo, y siempre que exista la posibilidad de acudir a las técnicas habituales de FIV en lugar de a las que producen la clonación de un ser humano, la obligación general de no causar daño debería ser motivo más que suficiente para compeler a los progenitores a seguir el procedimiento que permite crear una persona con su identidad genética propia en lugar de aquel que origina una desprovista de ese bien. Por tanto, resulta posible, en nuestra opinión, defender una prohibición de la clonación sobre la base de la defensa de la identidad genética de un ser, pero siempre que coloquemos nuestro enfoque sobre los intereses generales, y no los del ser que específicamente se crea³⁹.

Ahora bien, ¿qué cabe decir en los casos en los que no existe otra posibilidad de reproducción que la de utilizar los métodos que acaban generando un ser humano clónico? La decisión, en este caso, es mucho más difícil de adoptar, sobre todo teniendo en mente, exclusivamente, el bien jurídico que aquí estamos analizando. Téngase en cuenta que, en tales circunstancias, la decisión ya no es si utilizar un método que respeta la identidad genética del ser creado u otro que no lo hace, sino la de crear un ser sin identidad genética o no crear nada. De ahí, por tanto, que los factores a considerar en este caso sean un tanto diferentes, ya que, junto al interés de los progenitores por reproducirse y el interés de la sociedad a que lo hagan de la forma que cause menos daños, podrían introducirse, a su vez, ideas como la del interés del ser humano clónico, que probablemente preferiría existir a no existir.

La cuestión clave aquí, por consiguiente, consiste en dilucidar cómo puede afectar la privación de la identidad genética a los distintos intereses que se hallarían en conflicto en este punto. O, formulando el problema en términos más puramente utilitaristas, si el mal que causaría la llegada al mundo de un ser clónico sería superior o no al que causaría a un ser humano verse privado de su derecho a la repro-

ducción. Dar una respuesta a este dilema desde un punto de vista moral es, desde luego, sumamente compleja. Lo suficiente, desde luego, como para que, al menos, merezca de un debate previo. Cosa que, por desgracia, no ha tenido lugar en nuestras sociedades, donde nos hemos limitado a prohibir la clonación y olvidar el tema, lo que, al menos desde nuestro punto de vista, no es demasiado justo. Privar a una persona de su derecho a la reproducción es un asunto lo suficientemente serio como para que, por lo menos, podamos ofrecerle motivos sólidos por los que exigirle ese sacrificio⁴⁰. Lo que es más, creemos sinceramente que basar todo nuestro argumento sobre la idea de identidad genética sería poco convincente. Mucho menos, desde luego, que introducir en el debate otros bienes jurídicos, como la salud, en general, del ser humano clónico, a la que probablemente, afectaría la cuestión de la identidad genética, al menos en lo que se refiere a la salud mental, pero que tampoco la agotaría. Las propias taras que conllevan las técnicas actuales, al menos en el caso de la transferencia de núcleos celulares serían, probablemente, mucho más convincentes en este sentido. El problema, naturalmente, es que eso implicaría hablar de otro bien jurídico, y de otro artículo distinto. Permitásenos dejar, por tanto, la discusión anclada en este punto.

10. CONCLUSIÓN

Volvamos, a la hora de concluir esta aportación, a la pregunta que nos formulábamos al principio: ¿existe un derecho a la identidad genética? Y volvamos para, después de tan largos devaneos, responder de una forma sencilla: sí, existe. Pero es un derecho que sólo posee el ser humano capaz de ser privado de ese bien. Esto es, el ser humano susceptible de ser clonado. El clon, en cambio, no tiene este derecho, no puede tenerlo, por cuanto su renuncia es condición necesaria de su existencia. Sencillamente, un clon podría definirse como un ser humano que surge sin identidad genética. Nunca podría llegar a tenerla. De ahí que hablar de derecho subjetivo a la identidad genética en este contexto sea absurdo, tan absurdo como hablar de un derecho subjetivo de los gemelos a poseer un ADN único.

Cuestión distinta será, desde luego, la de analizar si cabe prohibir la clonación en atención a un derecho subjetivo concreto. Desde aquí hemos intentado razonar que esta

perspectiva no es, ni mucho menos, descabellada, pero implica un alto coste, al menos desde un punto de vista teórico: implica reconocer el derecho subjetivo del clon a no existir. Un derecho, todo sea dicho, que podemos aceptar o no, pero que se sitúa como la línea fronteriza en la conexión trazada entre derecho subjetivo y clonación: o bien decimos que prohibimos estas conductas en atención al derecho subjetivo a no existir del clon, o bien

nos olvidamos de toda noción de derechos del clon. Lo que, desde luego, tampoco significaría necesariamente que no pudiéramos sancionar la clonación, pero tendríamos que hacerlo atendiendo a otras consideraciones, como el interés general, por ejemplo. Lo que ocurre es que, en esta cuestión en concreto, hemos decidido permanecer en tierra de nadie. De ahí, desde luego, los problemas que tenemos que afrontar ahora mismo.

NOTAS

1 Preocupación, en cualquier caso, plenamente justificada, por cuanto, como muy bien ha descrito el profesor Romeo Casabona, "más que ninguna otra rama del saber, las Ciencias Biomédicas comportan una incidencia directa sobre el ser humano en todo su proceso vital y en su propia identidad colectiva" (Cfr: Romeo Casabona, C. M., "La relación entre la Bioética y el Derecho", en Romeo Casabona, C. M. (Coord.), *Derecho Biomédico y Bioética*, Granada: Comares, Colección Biblioteca Comares de Derecho y Ciencias de la Vida, n.º 1, 1998, p. 162). En el mismo sentido, Lydia Feito ha señalado que "la magnitud de los poderes que ostenta la biomedicina y, en general, la ciencia y la técnica actuales, es enorme en comparación con épocas pasadas. Tales logros han permitido a la humanidad situarse en una posición de dominio del entorno natural que supera con creces los pronósticos más optimistas que cualquier hombre o mujer del pasado hubiera podido concebir. Sin embargo, también son gigantescas las responsabilidades adquiridas con tales poderes. También es éste uno de los puntos álgidos en la historia de la humanidad en cuanto a necesidad de reflexión ética se refiere. La

preocupación fundamental reside en la necesidad imperiosa de impedir que se abra, o se agrande, una sima entre la ciencia y la ética (Cfr: Feito Grande, L., "Poner en marcha la ética: elementos básicos para el análisis de la terapia génica humana", *Revista de Derecho y Genoma Humano*, n.º 4, 1996, pp. 141 y 142).

2 La idea misma de si la Bioética es o no una rama de la Ética general ha suscitado cierta polémica. Aquí, no obstante, nos mostraremos de acuerdo con esa hipótesis, haciéndonos así eco de las palabras del profesor Romeo Casabona cuando escribe que "la Bioética no suele ser entendida como una disciplina especial, sino especializada, dentro de la Ética general (de la cual se nutre en buena parte de sus fundamentos, y a la inversa, desarrolla aquélla), no tanto como Ética teórica como cuanto aplicada" (Cfr: Romeo Casabona, C. M., "La relación entre la Bioética y el Derecho", en Romeo Casabona, C. M. (Coord.), *Derecho Biomédico y Bioética*, cit., pp. 153 y 154). Véase también: Minetti, J. A. y M. J. Bertomeu, "La fundamentación de la ética biomédica", *Jano*, n.º 649, 1985, p. 50.

3 Cfr: Romeo Malanda, S., *Intervenciones genéticas sobre el ser humano y Derecho Penal*, Bilbao-Granada: Comares, 2006, p. 166.

Recibido: 30 de junio de 2007

Aceptado: 30 de septiembre de 2007

- 4 Citaremos, por todos, a Bellver, a quien se deben las siguientes palabras: "el clónico nunca tendrá una dotación genética idéntica a la del ser clonado porque, como señalé en el capítulo anterior, en la clonación propiamente dicha la coincidencia se limita al genoma nuclear, no al mitocondrial. Por lo demás, el desarrollo natural del óvulo fecundado produce alteraciones genéticas que diferencian más aún al ser clónico y al clonado" (Cfr: Bellver, V., *¿Clonar? Ética y derecho ante la clonación humana*, Granada: Comares, 2000, p. 49).
- 5 De momento, y aunque a menudo se afirme lo contrario, parece que la clonación de un homínido no es posible, al menos con las técnicas que ahora mismo poseemos. A diferencia del resto de los mamíferos, nosotros poseemos una carencia de proteínas que hace imposible que lo que funciona con las vacas o las ovejas lo haga también con seres pertenecientes a nuestra especie. Transcribimos aquí, en este sentido, las palabras de la doctora López Moratalla, que ha señalado que "en el núcleo de las células somáticas de un primate faltan dos proteínas necesarias para el reparto de cromosomas y el control de la división celular en las primeras fases del inicio de la vida. De forma natural estas proteínas son aportadas por los gametos que se fecundan" (Cfr: López Moratalla, N., "¿Clonación reproductiva 'no' pero terapéutica 'sí'?", *Nuestro Tiempo*, n.º 607-608, enero-febrero 2005, p. 48). En el mismo sentido, Javier Arias-Stella escribió en el año 2003 que "todo indica que al remover el núcleo del óvulo para obtener el llamado 'óvulo vacío' —etapa fundamental en la técnica de la transferencia nuclear— se extraen también proteínas (NuMA y HSET),

que rodean a los cromosomas, que son esenciales para la normalidad de la mitosis en el óvulo fecundado. Esto parece no ocurrir en los mamíferos menores, pero es una contingencia en los primates (...). Las proteínas NuMA y HSET, esenciales para la formación de microtúbulos del 'huso', están desparramadas en el citoplasma del ovocito de los mamíferos inferiores; en cambio, en los primates están rodeando o muy cerca de los cromosomas, de tal manera que al succionar los cromosomas se extrae también las proteínas" (Cfr: Arias-Stella, J., "Clonación, un paso atrás", *Folia Dermatológica Peruana*, 14 (3), 2003, pp. 10-14. Se puede acceder al texto del artículo citado ahora en Internet en la siguiente dirección: http://sisbib.unmsm.edu.pe/BVRevistas/fofia/Vol14_N3/tema.htm Última visita: 15 noviembre 2006).

6 La transferencia de núcleos celulares es la única forma que conocemos de clonar un ser humano adulto, al menos si éste no proviene de una FIV. La base del procedimiento consiste en extraer el núcleo de una célula somática a la que previamente se ha situado en estado G₀ e introducirlo después en un óvulo, previamente enucleado. Posteriormente, y en el momento en el que las complejas reacciones químicas que caracterizan la actividad celular lo hacen más factible, se induce artificialmente la activación de las funciones propias de la estructura ovular que aún conserva la membrana que rodea al núcleo procedente de la célula somática. La consecuencia del proceso anterior es que la célula así creada comienza a comportarse como un auténtico cigoto, hasta el extremo de que, una vez transcurrido el imprescindible período de gestación, acaba

originando un animal genéticamente casi idéntico a aquel del que procedía la célula somática original.

- 7 El ADN mitocondrial no se replica porque éste se encuentra en el citoplasma, y no en el núcleo. Las mitocondrias contienen 37 genes de los que 13 sintetizan proteínas (Cfr: Palmer, J. D., "The Mitochondrion that time forgot", *Nature*, n.º 387, 1997, pp. 454 y 455). Una más que correcta exposición acerca de la importancia del ADN mitocondrial puede encontrarse en: Trevijano, M., *¿Qué es la Bioética?*, Salamanca: Sigueme, 1998, p. 204.
- 8 Cfr: Ramiro, F. J., *Técnicas de asistencia a la reproducción humana. Valoración ética*, Bilbao: Grafite, 2000, p. 90. La posibilidad de una mutación, no obstante, no es un factor de diferenciación exclusivo de las técnicas de clonación. De hecho, los genes de todo ser vivo sufren mutaciones a lo largo de los años, y el cuerpo de cualquier ser humano adulto contiene cientos de mutantes. Los propios gemelos monocigóticos se van diferenciando progresivamente en su ADN conforme transcurren sus vidas. Por eso mismo, la mera posibilidad de que se produzca una mutación genética en un ser generado a través de un proceso de clonación no parece ser demasiado importante (Cfr: Wilmut, I., K. Campbell y C. Tudge, *La Segunda Creación*, Barcelona: ediciones B, 2000, pp. 173-275).
- 9 Véase, en lo que a ello se refiere: Romeo Malanda, S., *Intervenciones genéticas sobre el ser humano y Derecho Penal*, cit., pp. 157 y ss.
- 10 Cfr: Polaino Navarrete, M., *El bien jurídico en el Derecho Penal*, Sevilla: Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1974, pp. 29 y ss y Rodríguez

- Mourullo, G., *Derecho Penal. Parte General*, Madrid: Civitas, 1977, p. 19.
- 11 Cfr: Romeo Casabona, C. M., "Bienes jurídicos implicados en la clonación", *Revista de Derecho, Criminología y Ciencias Penales*, n.º 2, 2000, p. 148.
- 12 Piénsese, por ejemplo, en los gemelos.
- 13 María Casado ha insistido especialmente sobre este aspecto. Véase: Casado, M., "A propósito de la clonación de seres humanos", en Cambrón, A. (Ed.), *Reproducción Asistida: promesas, normas y realidad*, Madrid: Trotta, 2001, p. 219.
- 14 El principal promotor de esta idea ha sido, probablemente, Hans Jonas, a quien se deben las siguientes palabras: "el hecho sencillo y sin precedente es que el —hipotético— clon sabe (o cree saber) demasiado de él. Ambos hechos, el propio y el supuesto saber y el de los otros, son paralizantes para la espontaneidad de su llegar a ser 'él mismo', y el segundo hecho también para la autenticidad del trato de otros con él (...) Da igual que el supuesto saber sea verdadero falso (...): es pernicioso para la obtención de la propia identidad. Porque lo esencialmente significativo es que la persona clonada piensa —tiene que pensar— que no es lo que 'es' objetivamente, en el sentido sustancial del ser. En resumen: al producto de la clonación se le ha robado de antemano la libertad, que sólo puede prosperar bajo la protección de la ignorancia. Robar premeditadamente esta libertad a un futuro ser humano es un crimen inextinguible, que no debe ser cometido ni una sola vez" (Cfr: Jonas, H., *Técnica, Medicina y Ética*, pp. 127 y ss). Véase también, en este mismo sentido: Kaufmann, A., *Filosofía del Derecho*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999, p. 556; Habermas, J., *El futuro de la naturaleza humana. ¿Hacia una eugenesia liberal?*, Barcelona: Paidós, 2002, pp. 86 y ss; Gafo, J., "El nuevo "homo habilis", en Barbero Santos, M. (Ed.), *Ingeniería genética y reproducción asistida*, Madrid, 1989, p. 168; Puigpelat, F., "Clonación, dignidad humana y constitución", *Revista brasileira de Ciências Criminales*, n.º 42, 2003, p. 59; Ruiz Miguel, A., "Azar, igualdad y biotecnología", en AA. VV., *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Madrid: Thomson Civitas, 1995, p. 2133, nota 3; Valle Muñoz, J. M. y J. M. Tamarit Sumalla, "Delitos relativos a la manipulación genética", en Quintero Olivares, G. y R. Morales Prats (Coord.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, 3.ª edición, Cizur Menor: Aranzadi, 2004, p. 825.
- 15 A este respecto, Romeo Casabona ha escrito que "la Constitución española, cuando proclama el libre desarrollo de la personalidad como uno de los fundamentos del orden político y de la paz social (art. 10.1), sitúa en este marco la cuestión" (Cfr: Romeo, C. M., "La Clonación Humana: presupuestos para una intervención jurídico-penal", en Romeo Casabona, C. M. (Ed.), *Genética y Derecho Penal*, Granada: Comares, 2001, p. 139.
- 16 Cfr: Romeo Malanda, S., *Intervenciones genéticas sobre el ser humano y Derecho Penal*, cit., pp. 171 y ss.
- 17 Es de sobra conocido el carácter sumamente polémico de la idea de derecho subjetivo. Por desgracia, no es este el momento de entrar en ulteriores consideraciones acerca de su carácter. Baste, en este sentido, con atenernos a esta definición clásica.
- 18 Cfr: Comisión Nacional de reproducción humana asistida, *I Informe Anual*, cit., p. 51.
- 19 Como dice la Comisión Nacional de reproducción humana asistida, "en cuanto a las técnicas de gemelación, su utilización futura no parece abierta a grandes posibilidades, que se limitarían en la práctica a la obtención de un mayor número de embriones disponibles en parejas en las que sea muy difícil la obtención de un embrión" (Cfr: Comisión Nacional de reproducción humana asistida, *I Informe Anual*, cit., III. 4.5 c). En el mismo sentido se ha pronunciado el NABER (Cfr: Consejo Asesor Nacional sobre ética de la reproducción (NABER), *Informe sobre la Clonación Humana a través de la partición de embriones: luz ámbra*, septiembre de 1994, VII. 1). Véase también: López Barahona, M. y Larru, M., "Clonación humana reproductiva y terapéutica", cit., p. 369; Bellver, V., *¿Clonar? Ética y derecho ante la clonación humana*, cit., p. 18; Opinión n.º 9 del Grupo Asesor sobre Aspectos Éticos de la Biotecnología de la Comisión Europea, de 28 de mayo de 1997 sobre los Aspectos Éticos de las Técnicas de Clonación, punto 1.16.
- 20 En este sentido, merece especial alabanza, por su esfuerzo clarificador, el trabajo del doctor Romeo Malanda, quien diferencia entre identidad e individualidad genética y originalidad genética. Lo primero no es realmente esencial, lo segundo, sí (Cfr: Romeo Malanda, S., *Intervenciones genéticas sobre el ser humano y Derecho Penal*, Bilbao-Granada: Comares, 2006, pp. 155 y ss)
- 21 Acerca de esta técnica, así como del nacimiento de Dolly, véase: Wilmut, I., K. Campbell y C. Tudge, *La Segunda Creación*, Barcelona: ediciones B, 2000.
- 22 Es curioso que prácticamente nadie haya planteado los problemas éticos

y jurídicos asociados a la clonación desde el punto de vista del ser clonado, y no desde la del clónico, cuando, en realidad, el perjuicio que nos puede causar ver nacer a una fotocopia de nosotros mismos puede ser tan grave o más que el que supone nacer siendo la copia de otra persona. ¿O es que acaso no resultaría traumático descubrir que nuestro clon es un genio del ajedrez y que nosotros nunca llegamos a desarrollar esa habilidad porque no nos enseñaron las claves de este juego-ciencia?

- 23 No se trata, ni mucho menos, de una idea absurda, sino que son muchas las personas que creen en este aforismo general. Dentro de este grupo se encuentran, desde luego, todos aquellos que, cuando a alguien se le muere un familiar que se encuentra en circunstancias vitales poco halagüeñas, tienden a consolarle diciendo algo del tipo "es lo mejor para él", o "ya ha dejado de sufrir" o "Dios ha sido misericordioso y se lo ha llevado". Con lo que, nos tememos, no hablamos de pocas personas. Incluso el Nuevo Testamento, hablando de Judas Iscariote, dice que hubiera sido mejor que no naciera (Véase Marcos, 14, 21).
- 24 Cfr: Brock, D. W., "The non-identity problem and genetic harms. The case of wrongful handicaps", cit., pp. 270-271; Steinbock, B. y R. McClamrock, "When is birth unfair to the child", *Hastings Centre Report*, vol. 24, n.º 6, 1994, pp. 15-21.
- 25 Un ejemplo típico de esta postura lo encontramos en la Sentencia del Tribunal Supremo español de 5 de junio de 1998, en la que se afirma que "la vida humana es un bien precioso en cualquier sociedad civilizada, cuyo ordenamiento jurídico la protege ante todo y sobre todo. No puede admitirse

que el nacimiento de hijos no previstos sea un mal para los progenitores, menos aun cuando, como ocurre en el presente caso, los nacidos carecen de tara o enfermedad que pudiera servir de excusa para sostener lo contrario de lo anteriormente afirmado". Siguiendo este razonamiento, no es ya que no sea posible prohibir la clonación por el perjuicio que podría causar a un ser humano vivir privado de identidad genética, sino que sería sumamente complejo condenar el encarnizamiento terapéutico, que no hace sino salvaguardar una vida humana, prolongándola todo lo posible. Sin embargo, tal vez el caso más significativo a este respecto sea el de la *Loi n.º 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé*, evidentemente francesa, que en su artículo número 1 ("*Nul ne peut se prévaloir d'un préjudice du seul fait de sa naissance*"), proclamaba el principio de que nacer es, de por sí, un bien, con independencia de las circunstancias que puedan acompañar a ese nacimiento. La norma se aprobó como consecuencia del más que controvertido caso Perruche. Acerca de él, véase, por ejemplo: Gómez Sánchez, Y., "La dignidad como fundamento de los derechos y su incidencia en el posible 'derecho a no nacer'", en Mayor Zaragoza, F. y Bedate, C. A. (Coord.), *Genética*, Barcelona: Ariel, 2003, pp. 180 y ss.

- 26 Nos referimos, naturalmente a casos como el de una paciente italiana que declaró que prefería morir a que le extirpasen una pierna, rechazando así el tratamiento médico que podría salvar su vida. Evidentemente, en su caso, el bien jurídico de su integridad física tenía más peso que el de su existencia.

- 27 La noción de santidad de la vida humana puede caracterizarse como aquella que defiende que el valor de esa vida es independiente de lo que las personas desean, disfrutan o necesitan, o de lo que es bueno para ellas. Es algo sagrado, no en un significado religioso, sino en el sentido de que es intrínsecamente valiosa. Este postulado general incluye, como dice la profesora Ana Marcos, tres proposiciones concretas: en primer lugar, la vida humana es digna de respeto y protección por sí misma; su valor no está determinado por intereses subjetivos o utilitarios. En segundo lugar, no puede eliminarse sin una justificación adecuada, como, por ejemplo, la legítima defensa. En tercer lugar, se considera que el propio principio de la santidad de la vida es tan básico para nuestras organizaciones sociales que su rechazo pondría en peligro la existencia humana tal y como la conocemos (Cfr: Marcos del Cano, A. M., *La Eutanasia. Estudio filosófico-jurídico*, Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 101). Un extenso análisis de la idea de santidad de la vida humana puede hallarse en: Callahan, D., "The Sanctity of life", en Cutler, D. R. (Ed.), *Updating life and Death: essays in Ethics and Medicine*, Boston: Beacon Press, 1969, pp. 181-251). Un buen resumen de todo ello puede hallarse en las voces "judaism", "protestantism" y "life" de la *Encyclopedia of Bioethics* (Cfr: Reich, W. T. (Ed.), *Encyclopedia of Bioethics. Revised Edition*, New York: MacMillan, 1995).
- 28 Sobre la normativa alemana, véase, por ejemplo: Femenía López, P. J., *Status Jurídico del embrión humano, con especial consideración al concebido in vitro*, Madrid: McGraw-Hill, 1999, pp. 154 y ss; Müller, C.,

- "The Status of the extracorporeal embryo in German Law", *Revista de Derecho y Genoma Humano*, n.º 22, 2005, pp. 133-151. Acerca de galimatías italiano podrían citarse cientos de artículos. Puestos a dar una recomendación que permita entender cómo se ha llegado a la situación actual, nos remitiremos a los siguientes textos: Palazzani, L. "El debate sobre las células troncales en Italia: Problemas biojurídicos y desarrollo normativo", en Martínez, J. L. (Ed.), *Células troncales humanas. Aspectos científicos, éticos y jurídicos*, cit., pp. 171-195; Canestrari, S., "The Law of February 19 2004, n.º 40, procreation and punishment", *Revista de Derecho y Genoma Humano*, n.º 22, 2005, pp. 57-73.
- 29 En realidad, esta conexión siempre ha sido muy confusa. Sus propios defensores reconocen que el clon tendría la misma dignidad que cualquier otro ser humano. Pero si la clonación no causa daño a la dignidad del ser creado gracias a ella, ¿dónde está el perjuicio? Francamente, creemos que emplear en este contexto un término tan confuso como el de dignidad son ganas de enmarañar el debate mediante un recurso retórico.
- 30 Cfr: Iacub, M., *Du droit de ne pas maître: à propos de l'affaire Perruche*, Paris: Gallimard, 2002. La citada autora basa su apoyo a la decisión judicial en que, de no haber existido una mala praxis médica, se hubiera abortado el feto que entonces se gestaba, de tal modo que Perruche habría surgido de otro feto concebido posteriormente y, por tanto, no afectado por la rubéola. Claro que esta argumentación parte de la, a nuestro juicio, falsa asunción de que ambos fetos serían capaces de crear a la misma persona. En caso de haberse producido el aborto, lo que hubiera alumbrado la señora Perruche sería otro hijo.
- 31 Así, por ejemplo, autores como Frances Kamm o Pollard han sostenido esta idea. Véase: Kamm, F. M., "Baselines and Compensations", *San Diego Law Review*, vol. 40, 2003, p. 1382; Pollard, D. A., "Wrongful Analysis in Wrongful Life Jurisprudence", *Alabama Law Review*, vol. 55, 2004, pp. 327 y ss.
- 32 Cfr: Harris, J., *Superman y la mujer maravillosa*, cit., pp. 133 y 136-137.
- 33 Ya que no se trataría de casos en los que habría una perspectiva de muerte inminente por causas conocidas, sino de una vida de profundo dolor de la que se intenta escapar mediante el suicidio.
- 34 En lo que a ello respecta, merece la pena citar aquí de nuevo a Harris, quien ha escrito que, en esta clase de casos, "la injusticia será la de traer sufrimiento evitable al mundo, la injusticia de elegir deliberadamente incrementar innecesariamente la cantidad de sufrimiento o sufrimiento en el mundo, o de elegir un mundo con más sufrimiento en vez de uno con menos" (Cfr: Harris, J., *Superman y la mujer maravillosa*, cit., p. 129). En sentido parecido, Heyd ha afirmado que "aunque los menores no pueden reclamar daños por haber nacido con deficiencias, una vez nacidos sus intereses han de ser satisfechos por la sociedad. Y la sociedad (...) se encuentra definitivamente en la posición de reclamar que sus intereses han sido dañados por la negligencia que condujo a la concepción del menor (...) Si los negligentes son los padres, hay razones para que la sociedad repercuta los gastos, forzándoles a arrostrar el coste de criar al niño" (Cfr: Heyd, D., *Genetics, Moral Issues in the Creation of People*, cit., pp. 109-110 y 157-158). Citaremos, además, a Abellán, quien ha escrito que "la libertad de autodeterminación reproductiva de cualquier persona y su derecho a tomar decisiones significativas sobre su propia vida, no puede conferirles un derecho absoluto a decidir si evitar o potenciar determinadas condiciones transmisibles genéticamente, y ello porque tales decisiones ayudan a dar forma a la naturaleza de la sociedad en la que otros van a vivir, lo que origina cierta razón para que la sociedad realice una toma de decisiones colectiva" (Cfr: Abellán, F., "Diagnóstico Genético Embrionario y Libertad Reproductiva en la Procreación Asistida", *Revista de Derecho y Genoma Humano*, n.º 25, 2006, pp. 48 y 49). Véase también, sobre este punto: Feinberg, J., *Harm to Others*, Nueva York: OUP, 1984, p. 102.
- 35 Nadie, por tanto, tiene una expectativa de ser antes de ser, ni hay obligaciones morales frente a seres que no existen, al menos si no hay una certeza de que existirán en un futuro. Nótese, en lo que pueda ayudar al debate, que el problema de los derechos de las futuras generaciones es un tanto diferente, ya que éstas, a diferencia de un ser clónico, existirán con toda probabilidad. La existencia del clon, en cambio, depende de una decisión individual, que no es trascendente para la supervivencia de la humanidad.
- 36 No así los que se toman a la hora de decidir cómo ha de ser el producto de la decisión. En esa cuestión, por supuesto que confluyen los intereses del ser que va a ser creado.
- 37 Cfr: Vidal, M., *Bioética. Estudios de Bioética Racional*, Madrid: Tecnos,

1989, p. 90. Como dice Ana María Vega, "no caben, pues, derechos reproductivos absolutos: los derechos y las necesidades de los hijos nacidos y futuros y el bien común imponen sus límites" (Cfr: Vidal, J., J. I. Benítez, A. M. Vega, *Derechos reproductivos y técnicas de reproducción asistida*, Granada: Comares, 1998, p. 49). Véase también: Blázquez, N., *Bioética. La nueva ciencia de la vida*, Madrid: BAC, 2000, pp. 115 y 116; Hooft, P. F., *Bioética y Derechos Humanos. Temas y Casos*, Buenos Aires: Depalma, 1999, p. 41; Vila-Coro, M. D., *Introducción a la bio-jurídica*, Madrid: Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense, 1995, p. 262. El concepto de paternidad responsable, no obstante, resulta a veces difícil de sintetizar, porque no existe un consenso absoluto acerca de sus características. Así, a juicio de algunos autores consistiría en "el rechazo absoluto de toda libertad para decidir acerca de la vida de un hijo, tanto para desealarla a toda costa como para rechazarla de forma absoluta y a través de cualquier medio"

(Cfr.: Vidal, J., J. I. Benítez, A. M. Vega, *Derechos reproductivos y técnicas de reproducción asistida*, cit., p. 44). Un análisis del concepto de paternidad responsable puede hallarse en: Frattallone, R., "La procreazione responsabile", en Russo, G. (Coord.), *Bioetica della sensualità*, Torino: elledici, 1999, pp. 283-329; Pabst, M., "Population issues", en Kushe, H. and P. Singer (Coord.), *A companion to Bioethics*, Oxford: Blackwell, 1998, pp. 117-126.

38 Véase: Holland, S., *Bioethics. A Philosophical Introduction*, Cambridge: Polity Press, 2003, p. 194.

39 Hay, además, otro buen motivo por el que justificar la elección preferente de métodos que crean embriones más sanos. El motivo por el que creemos que se deben elegir los métodos que produzcan menor morbilidad es que cuando traemos un ser humano al mundo lo hacemos presumiendo que, en caso de que nuestro hijo pudiera ser consultado, daría su consentimiento. Esta presunción es más sólida cuanto más feliz pudiera resultar su vida. Y hay motivos racio-

nales por los que creer que es preferible no padecer patología alguna que lo contrario. De ahí que elegir el embrión dotado de taras en lugar del que no presenta ninguna sería contrario a la lógica del consentimiento imaginado. Véase, al respecto, Peña, L. y T. Ausín, "Libertad de vivir", *Isegoría* 27, 2002, pp. 131-149.

40 Aplicaremos aquí, por tanto, el criterio ya defendido, entre otros, por Dworkin o Harris, de acuerdo con el cual, a pesar de que algunas formas de reproducción puedan resultar perturbadoras o desagradables, ello no autoriza, por sí mismo, al Derecho a emplear su maquinaria coactiva para impedir que existan, sino que sería necesario aducir argumentos de peso para llegar a tal conclusión (Cfr: Dworkin, R., *Life's dominion. An argument about abortion, eutanasia and individual freedom*, New York, 1993, págs 157 y 158; Harris, J., "Rights and Reproductive Choice", en Harris, J. y S. Holm, *The Future of Human Reproduction. Ethics, Choice and Regulation*, Oxford: Clarendon Press, 1998, p. 35).