

La estructura penal del tipo clonación humana
The Penal Structure of the Human Cloning

Javier Ysrael Momethiano Santiago*
<http://dx.doi.org/10.21503/lex.v13i15.723>

* Magíster en Derecho Penal y con estudios de doctorado en Derecho y Ciencia Política en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos; integrante de la Comisión Consultiva de Criminología del Ilustre Colegio de Abogados de Lima; asesor legal de la Asociación Nacional de Magistrados del Ministerio Público; profesor de Derecho Penal, Derecho Procesal Penal y Litigación Oral de las universidades Alas Peruanas, Inca Garcilaso de la Vega, Privada de Ica, Federico Villarreal, de la Escuela de Criminalística de la Policía Nacional del Perú y de la Academia de la Magistratura.

Lex



Selva misteriosa.

RESUMEN

La genética es una ciencia que estudia la transmisión de los caracteres hereditarios de generación en generación, así como los fenómenos y mecanismos que intervienen en este proceso, puesto que resulta innegable que el patrimonio genético influye en la génesis del carácter. Esto se comprueba en los gemelos univitelinos, que tienen, en la mayoría de los casos, el mismo destino en materia de criminalidad, mientras que en el caso de los descendientes que no son semejantes a sus ascendientes se dice que hay variación discontinua hereditaria, denominada mutación. Entonces la genética tiene implicancias jurídicas en el Derecho, pues para la investigación de la paternidad ya no se habla sobre la admisibilidad de la prueba hematológica sino sobre la admisibilidad de la prueba biológica, genética u otras pruebas de validez científica. La ingeniería genética experimentó un gran avance en 1978, cuando nació el primer neonato probeta. Actualmente, con la clonación no es necesaria la participación de un varón y una mujer; basta uno de ellos para sacar una copia humana. En 1983 se desataron varias polémicas al conocer el primer caso de clonación en seres humanos. Todo esto ocasionó que hoy importantes países en el mundo hayan prohibido esta experimentación en humanos, por no ser ética, ya que el hombre sería considerado como un objeto para satisfacer anhelos científicos y no como un sujeto de derecho; por esta razón, el legislador peruano ha contemplado en el Código de los Niños y Adolescentes la protección del concebido contra las manipulaciones genéticas en su artículo 1, así como también ha prohibido que se utilice cualquier procedimiento científico que pretenda modificar o alterar el patrimonio genético del ser humano, con el fin de reproducir dos o más seres humanos, esto, dentro del Código Penal vigente, en su artículo 324. Esto no implica que toda clonación sea perjudicial, ya que esta ha traído beneficios para la horticultura, agricultura, ganadería, medicina, etc.

Palabras clave: *genética, Derecho, clonación y tipo penal.*

ABSTRACT

Genetics is a science that studies the transmission of hereditary characteristics from generation to generation as well as the phenomena and mechanisms involved in this process, since it is undeniable that the gene influences the genesis of character. This is seen in identical twins that have, in most cases, the same fate on crime, whereas in the case of descendants those are not like their ancestors are said to no variation hereditary discontinued, called mutation. Then genetics has legal implications with the law, as for the investigation of paternity, nobody talks about the admissibility of the blood test but on the admissibility of the biological test, genetic or other evidence of scientific validity. Genetic engineering made a breakthrough in 1978, which was

born the first test tube baby. Currently with cloning is not required of a man and a woman, just one, to take a human clone. In 1983 several controversies erupted knowing the first case of cloning in humans. All this led to today important countries in the world have banned this experimentation in humans by being unethical; since man would be considered as an object to satisfy scientific aspirations and not as a subject of law, for this reason that the Peruvian legislature contemplated in the Code of children and adolescents protection designed against genetic manipulations in his article 1; as well as prohibited any scientific procedure that seeks to modify or alter the genetic heritage of human beings, to play two or more human beings use, this, within the Criminal Code, in the Article 324. This does not imply that all cloning is harmful, because this has brought benefits for horticulture, agriculture, medicine, etc.

Key words: *genetics, Law, cloning and penal.*

1. CIENCIA GENÉTICA

Los biólogos de antaño decían que en el espermatozoide se encontraba el nuevo ser; otros sostenían que era el óvulo el que portaba este ser. Fue en 1865 que Gregor Mendel descubrió, tras una serie de experimentos de cruzamientos con arvejas del tipo *Pison selivon*, las leyes que hoy rigen la conducta genética de los seres.

Posteriormente, Willian Bateson en 1805 le dio a esta nueva ciencia el nombre de “genética”, que tiene su origen en la palabra griega *engenorar*.

La genética es la ciencia que estudia la transmisión de los caracteres hereditarios de generación en generación, así como los fenómenos y mecanismos que intervienen en este proceso.

Para Varsi Rospigliosi, “la genética es una ciencia joven que ha cambiado la forma de entender del mundo. Cualquier mal uso o falsa interpretación de la misma representa un atentado contra la persona”.¹

1.1. Genes

Son unidades genéticas que se encuentran en los cromosomas y se encargan de transmitir un carácter hereditario de una generación a otra. Este gen se traduce en fenotipo y genotipo. El *primero* es un conjunto de características que son visibles en la persona, por ejemplo el color de los ojos, el pelo, el tamaño, etc., en tanto que el *segundo* es un conjunto de características genéticas del individuo

1.2. Ácidos nucleicos

Los genes al transmitir las órdenes a las células para que adquirieran la forma y las propiedades adecuadas lo hacen mediante sustancias químicas llamadas ácidos nucleicos o los denominados

¹ Enrique Varsi Rospigliosi. *Derecho y manipulación genética*. Lima: Fondo de Desarrollo Editorial de la Universidad de Lima, 1996, p. 30.

nucleótidos, los cuales están constituidos por un grupo de fosfato y una pentosa a la cual se fija una base nitrogenada. Si el azúcar es desoxirribosa, es decir, de cinco carbonos pero menos un oxígeno, se le llama ácido desoxirribonucleico (ADN), y si el azúcar es ribosa, se le denomina ácido ribonucleico (ARN).

Los grupos fosfatos y el azúcar forman la columna vertebral de los ácidos nucleicos, sin embargo no presentan una estructura plana sino de doble hélice, en forma de escalera, mientras que las bases nitrogenadas conforman los escalones. Estos escalones son la adenina (A), que va unida a la timina (T), y la guanina (G), unida a la citosina (C), esto es, en el ADN, que a diferencia del ARN, en vez de la timina, es el uracilo (U), el cual está unido a la adenina.

1.3. Herencia

Es el proceso biológico por el cual se transmiten los caracteres de los ascendientes a sus descendientes. Para los criminólogos, la herencia es un factor endógeno de la criminalidad.

En el campo de la valoración etiológica de la peligrosidad de los menores, tiene importancia el factor hereditario, genotipo que mantiene una estrecha relación con la capacidad de adaptación social.²

Según Lombroso, los gérmenes de la delincuencia y de la locura moral se encontraban no excepcionalmente sino de modo normal en la primera edad del hombre, de igual manera que en el feto se encuentran formas que en el adulto constituyen verdaderas monstruosidades.

Al respecto, Burt sostiene que el factor hereditario no se produce directamente mediante la transmisión de tendencias criminales, sino más bien indirectamente por medio de condiciones constitucionales, como por ejemplo una inteligencia defectuosa, un temperamento excitable, etc.

Otros autores opinan en el sentido que el factor hereditario no es preponderante en la formación de una conducta antisocial o criminal, pero todos dicen que influye en la conducta antisocial.

Por ello, Francisco Sicmé nos dice que “la herencia no debemos despreciarla en materia de comportamiento, ya que la conducta depende de toda una gama de factores, entre las cuales la mencionada herencia como causa ejerce una destacada presión”.³

² Eloy Fernán Momethiano Zumaeta y Javier Ysrael Momethiano Santiago. *Tratado de Derecho Penal. Fundamentos para determinar la pena y las medidas de seguridad*. Lima: Editorial San Marcos, 2001, p.103.

³ Salvador Francisco Sicmé. *Criminología. Causas y cosas del delito*. Segunda edición. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas, 2000, p. 264.

Stern sostiene que “entendemos por heredado, en un sentido propio, únicamente lo que procede de las células germinales de los padres; lo que se hereda son las causas funcionales, las predisposiciones. La influencia del ambiente es causa extrínseca a la predisposición”. Entre las anormalidades hereditarias cabe destacar las provenientes de las enfermedades venéreas, y entre estas, principalmente, la herencia luética; debemos asimismo considerar dentro de estas anormalidades la degeneración por influencia de la naturaleza alcohólica, toxicomanías, tuberculosis, fenómenos glandulares, que afectan a uno o a ambos de los progenitores y que transmiten a su descendencia.

Estas anormalidades crean en el individuo taras funcionales que heredadas determinan en la prole procesos degenerativos de órganos o aparatos que dan al individuo debilidad constitucional, anomalías físicas y psíquicas. Son, pues, de carácter morfológico, fisiológico y psicológico; este último afecta el carácter y la inteligencia.

Telma Reca, refiriéndose a la herencia sifilítica y alcohólica, expresa que tales agentes degenerativos, aparte de la inferioridad física, producen disminución mental, epilepsia, nerviosismo, etc.; en resumen, inestabilidad en su condición.

Las anormalidades anotadas van a desencadenar la formación de personalidades en situación de menos valía, y su incorporación al agregado social se tornará en una dolorosa simulación o estallará en mil u otras formas de conducta delincencial.

El patrimonio hereditario influye innegablemente en la génesis del carácter. Esto se comprueba en los gemelos univitelinos, que tienen, en la mayoría de los casos, el mismo destino en materia de criminalidad o de anomalías mentales. La construcción psíquica hereditaria obra, pues, como determinación preponderante en la conducta criminal.

No solo la herencia es capaz de influir directamente en el carácter; también es necesario el contacto del individuo con el medio para que su constitución potencial y latente se actualice. Sin la actuación e influencia del ambiente no es imaginable la actualización de los rasgos, lineamientos y fuste total del carácter. No se puede negar ni desconocer que con cualquier medio ambiente se manifestarán siempre ciertas disposiciones y rasgos, y permanecerán muchos otros como meras virtualidades ignoradas toda la vida, como acontece con los factores decisivos de la herencia mendeliana.

En la descendencia de algunos círculos familiares, se encuentran rasgos reaccionales que exhiben más o menos temprano, durante su vida, situaciones que los hacen clasificar como desajustados, nerviosos o psicopáticos. Estas personas no manifiestan un positivo déficit mental ni sufren enfermedades de la mente, pero su manera de responder a ciertos estímulos es anormal. Un equilibrio emocional es casi constante, lo que les hace vivir más o menos permanentemente en conflictos con las personas con quienes entra en contacto.

Una personalidad psicopática no es un ser normal, tiene una disposición anormal congénita del ánimo o de la voluntad, la misma que puede ser o no heredada.

No siempre la personalidad psicopática se hace presente desde el nacimiento. En algunas ocasiones lo hace durante el crecimiento y aun en la adolescencia. Se puede decir que los rasgos psicopáticos están ocultos hasta que un estímulo los pone de manifiesto.

No debe descartarse el hecho de que el psicópata vaya haciéndose asimismo parte de su desviación, fuertemente condicionado por el ambiente.

La anormalidad caracterológica conduce al concepto dinámico del mecanismo delictógeno. El desarrollo del individuo, caracterológicamente hablando, está sujeto al desarrollo por el juego de las cualidades mínimas y las condiciones externas. El delito es un problema de conducta. El infractor es el resultante de la inhibición y descarga de las reacciones. La delincuencia se produce por un bloque de energía o de estímulo.

1.4. Leyes de Mendel

Son las conclusiones más importantes a las que arribó Gregorio Mendel acerca de la herencia. Entre ellas tenemos:

1.4.1. Ley de segregación

Los genes que se presentan por pares, uno de la madre y otro del padre, pueden ser transmitidos a otra generación sin mezclarse con otros genes. Asimismo, estos genes que llevan un carácter determinado pueden segregarse y distribuirse en la descendencia teniendo en cuenta si su carácter es recesivo o dominante.

1.4.2. Ley de recombinación independiente

Mientras que en la ley de segregación se utiliza un par de genes, en esta ley se aplican dos o más genes pares ubicados en diferentes cromosomas, tal que al formarse los gametos se separan independientemente originando un carácter hereditario completamente individual a los otros.

1.5. Mutación

Cuando los descendientes no son semejantes a sus ascendientes, se dice que hay variación. Esta variación afecta dos tipos: en el *primero* los descendientes se diferencian poco de sus progenitores, y en el *segundo* los descendientes se diferencian de los ascendientes al menos en un carácter bien marcado y nuevo; esta es la variación discontinua hereditaria denominada mutación.

Las mutaciones son cambios bruscos discontinuos y permanentes que afectan a un individuo, entre miles de personas normales. La mayoría de estas mutaciones producen desventajas, como la de acortar la vida, en tanto que otras producen ventajas, como es el de darle una cualidad especial a un individuo.

2. LA GENÉTICA Y SUS IMPLICANCIAS JURÍDICAS

Opuestamente a lo que muchos creen, la genética tiene implicancias jurídicas en el Derecho.

2.1. Investigación de la paternidad

Antes de analizar este punto cabe aclarar que en la legislación civil ya no se habla sobre la admisibilidad de la prueba hematológica —prueba negativa de los grupos sanguíneos— sino sobre la admisibilidad de la prueba biológica, genética u otras pruebas de validez científica con igual o mayor grado de certeza, adoptándose así en nuestra legislación civil el mismo criterio restringido.

La prueba del ADN es una técnica casi segura en la determinación de la paternidad, sustentada en el análisis de los marcadores genéticos, los cuales se encuentran conformados por cromosomas. El ácido desoxirribonucleico y los genes dirigirán la formación y el orden de las características del nuevo ser a partir de la fecundación. De esta manera se acredita en forma casi segura la relación bioparental entre el presunto progenitor y el hijo, y se completa con las demás pruebas de validez científica, como son:

- *La de los caracteres antrokinéticos.* Se basa en las leyes de Mendel, y compara los caracteres fisiológicos y funcionales.
- *La de los caracteres psicológicos.* Busca obtener un perfil de la personalidad por similitud entre padres e hijos.
- *La de la herencia de los caracteres patológicos.* Es el estudio que se realiza sobre algunas afecciones o enfermedades que se transmiten de ascendientes a descendientes.
- *La herodobiológica.* Consiste en el estudio de los caracteres morfológicos a fin de apreciar las similitudes y diferencias entre los padres y el hijo.

En cuanto al estudio del ADN aplicado a la determinación de la paternidad, es necesario:

- Comparar las bandas de ADN de la madre y del niño.
- Tener en cuenta que la banda que no corresponda a la madre lo debe haber heredado del padre.

- Que el análisis de las impresiones digitales del ADN (99,999 %) afirme la paternidad cuando las bandas restantes que no correspondían a la madre coincidan con las del padre.

El artículo 363 del Código Civil incluye una nueva causal para la impugnación de la paternidad: cuando el marido crea que no es el padre del hijo de su mujer, puede negarlo demostrando que no existe vínculo parental a través de la prueba del ADN u otras pruebas de validez científica con igual o mayor grado de certeza. De esta manera, las presunciones contenidas en los incisos 1, 2, 3 y 4 del artículo 363 del Código Civil serán desestimadas por el juez al realizarse la prueba genética u otras de validez científica.

El artículo 402 del Código Civil introduce también una nueva causal para la paternidad extrajudicial, la misma que tiene por objeto acreditar el vínculo parental entre el supuesto progenitor y el hijo a través de la prueba del ADN u otras pruebas genéticas o científicas. Si hubiera negativa a someterse a alguna de estas pruebas, habiendo sido notificado debidamente, bajo apercibimiento y por segunda vez, el juez evaluará esta negativa atendiendo a las pruebas presentadas y a la conducta del demandado en el proceso, declarando la paternidad o la de hijo alimentista. Las presunciones de los incisos 1, 2, 3, 4 y 5 del artículo 402 del Código Civil se desestimarán por el juez al realizarse la prueba genética u otras de validez científica.

En el inciso 6 se establece que no es aplicable respecto del hijo de la mujer casada cuyo marido hubiese negado la paternidad.

Estas pruebas son admitidas a solicitud del demandante en caso de violación, rapto o retención violenta de la mujer. Para ello habrá que tener en consideración que la época del delito coincida con la de la concepción.

Cuando los autores sean varios, las pruebas descartan la posibilidad de que la paternidad corresponda a los demás procesados. Si uno de ellos se negara a someterse a estas pruebas, será declarada su paternidad si el examen descarta al resto de demandados.

La obligación alimentaria es solidaria no mancomunada respecto a los demandados que se nieguen a someterse a este examen.

Por último, al no incluirse la figura del reconocimiento de un hijo extramatrimonial, consideramos que son de aplicación los artículos 19 y 20 del Código Civil, porque todo niño y adolescente tienen derecho a su identidad, incluyendo el derecho a reconocer a sus padres y llevar sus apellidos.

3. CLONACIÓN Y DERECHO PENAL

La palabra “clonación” etimológicamente proviene del vocablo griego *klon*, que significa “brote”. Este término es utilizado para calificar a cualquier organismo descendiente

engendrado asexualmente, es decir, deriva de un solo progenitor y no de la combinación de genes del padre y de la madre, por lo que se considera una copia biológica de su original.

La ingeniería genética ha tenido un gran avance. Ya en 1978 nació el primer niño probeta, Louise Brown, producto del experimento en el cual se retiraron los óvulos de la mujer para fecundarlos *in vitro* con esperma y reimplantarlos en el útero. Actualmente, con la clonación no se necesita de un varón y de una mujer; basta uno de ellos para sacar copia o copias humanas.

Primero, estos experimentos se realizaban en vegetales y animales, como es el caso de la oveja “Dolly”. Así, a las células embrionarias se les extraían los núcleos al comenzar su división para transportarlos a otros óvulos sin núcleo, y luego se implantaban estos en un útero para su desarrollo posterior. En 1983 se desataron varias polémicas al conocer el primer caso de clonación en seres humanos con embriones anormales producto de la fertilización de un óvulo por varios espermatozoides, realizado por Jerry Hall y Robert Stillman en la universidad George Washington de los Estados Unidos de Norteamérica.

Esta ciencia es pues maravillosa y peligrosa, debido a que los genes pueden ser tanto fuente de vida y de perfeccionamiento como también de la aparición de gérmenes que podrían aniquilar a todo ser viviente. Sería, por ejemplo, el caso de un retrovirus del SIDA transmisible a través del agua y del aire, en un eventual futuro cercano.

En consecuencia, razones biológicas y fundamentos de eugenesia autorizan a considerar como punible el contagio del HTLV III.⁴

Todo esto ha ocasionado que hoy muchos países del mundo hayan prohibido esta experimentación en seres humanos, por no considerarla ética, puesto que en tal caso el hombre sería considerado como un objeto para satisfacer anhelos científicos y no como un sujeto de derecho, que es lo que importa a fin de salvaguardar a todo el género humano. Sin embargo, esto no quiere decir que toda clonación sea perjudicial, ya que por otro lado ha traído beneficios para la horticultura, agricultura, ganadería, medicina, etc.

Chirre Castillo, por su parte, ha señalado que “Latinoamérica ha mostrado un irregular desarrollo en cuanto a la normatividad de la clonación, pues mientras que algunos países latinoamericanos han mostrado avances en la prohibición de la clonación humana, otros no han ido a la par de sus vecinos. En el subcontinente no hay un pronunciamiento a nivel general tanto en la Organización de Estados Americanos como la Comunidad Andina, en donde no se ha fijado posición a este respecto. Sí hay algunos países que se han manifestado con normas

⁴ Javier Ysrael Momethiano Santiago. *Derecho Penal. Consideraciones sobre la ETS - Retrovirus del SIDA y sus efectos jurídico-penales*. Lima: Editorial San Marcos, 2000, p. 94.

y leyes nacionales que prohíben expresamente la clonación de humanos y algunos aspectos de la ingeniería genética, como por ejemplo: Argentina, Brasil, Costa Rica y Perú. Este último acaba de criminalizar la clonación humana. Otros países, como México, implícitamente en su ley general de salud prohíben la clonación humana. Bolivia y Chile pasaron la propuesta de ley pero no se llegó a ningún consenso”.⁵

Según Albin Eser, “el máximo grado de alarma se produce sin duda cuando puede ser lesionada la dignidad del ser humano por la biotecnología. Pues como valor fundamental de nuestro ordenamiento jurídico, la intangibilidad de la dignidad humana también puede ser y constituir para el investigador el principio guía y delimitador supremo”.⁶

Por esta razón, el legislador peruano ha contemplado en el Código de los niños y adolescentes la protección del concebido contra las manipulaciones genéticas en su artículo 1; asimismo ha prohibido que se utilice cualquier procedimiento biocientífico con el fin de reproducir dos o más seres humanos, esto dentro del Código Penal vigente, Capítulo V “Manipulación Genética” en los delitos contra la humanidad, mediante Ley N° 27636. Su descripción legal es la siguiente:

Artículo 324.- Toda persona que haga uso de cualquier técnica de manipulación genética con la finalidad de clonar seres humanos, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de seis ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 4 y 8.

3.1. Estructura del tipo penal de clonación humana

En lo que respecta a la estructura del tipo penal antes descrito, cabe examinar los elementos siguientes:

3.1.1. Bien jurídico protegido

Es la identidad y singularidad de la persona, y el principio natural de la evolución y variabilidad del género humano.

3.1.2. Tipo objetivo de lo injusto

El sujeto activo puede ser el profesional de la salud o cualquier persona con conocimientos biogenéticos. El sujeto pasivo es el ser humano a quien se quiere afectar, con lo que se pone en riesgo la dignidad y libertad de todos.

El comportamiento típico consiste en hacer uso de cualquier técnica de manipulación genética —procedimiento científico que pretenda modificar o alterar el patrimonio genético

⁵ Elmer Atilio Chirre Castillo. “La clonación en el Derecho Penal Peruano”. *Revista de la Sección de Postgrado de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la U.N.F.V.* (2002), p. 147.

⁶ Albin Eser. *Derecho Penal, medicina y genética*. Lima: Idemsa, 1998, p. 232.

del ser humano— con el objeto de crear dos o más individuos genética y biológicamente idénticos.

Según Queralt Jiménez, “la clonación es la técnica de reproducción artificial en cuya virtud se obtiene de una célula o conjunto de células de un sujeto otro idéntico, sin mediar fecundación de ningún tipo. Clonar es, en definitiva, copiar, pero no reproducir. De esta suerte, encontrados un sujeto o sujetos satisfactorios —¿para quién?—, se podría obtener dobles que tanto podrían convertirse en los amos del universo como en esclavos de los que lo fueran o se tuvieran por tales”.⁷

De lo estipulado en el Art. 324 del C. P. entendemos que la clonación reproductiva artificial y la clonación terapéutica quedan comprendidas dentro del tipo penal, puesto que en la *primera* interviene el hombre empleando técnicas como la autorreproducción (creación de un ser con el patrimonio genético humano existente), la reproducción gemelar (creación de seres humanos clónicos con un embrión) y la partenogénesis (concepción contando solo con el óvulo); mientras en la *segunda* si bien la finalidad es el tratamiento y curación de enfermedades, es posible que se pueda experimentar con embriones humanos.

En tal sentido, la clonación reproductiva natural queda excluida del tipo, ya que esta es originada por el propio ser sin intervención técnica del hombre, como es el caso de los gemelos univitelinos.

Sobre la base de lo expuesto, tenemos que la manipulación genética respecto de la clonación de seres humanos se presenta tanto en la fase de fecundación (fisión embrional) como después de la muerte (clonación de cadáveres).

Es así que nos encontramos ante una conducta prohibida aproximativa a un tipo básico de manipulación genética, pues la clonación humana es una de las tantas formas para alterar el patrimonio genético del ser humano, pues se llega a reproducir un ser con el mismo código genético de su progenitor.

Es por ello que en sentido estricto Serrano Gómez manifiesta que “la clonación consiste en la creación de seres humanos idénticos. No supone una manipulación genética y se produce con la combinación de los cromosomas, lo cual permite repetir indefinidamente seres iguales”.⁸

La interpretación de esto, según Valle Muñiz, se debe a que “no nos encontramos ante verdaderas manipulaciones genéticas —actuaciones sobre el ADN de los genes—, sino ante otras técnicas biogénicas”.⁹

⁷ Joan J. Queralt Jiménez. *Derecho Penal Español. Parte Especial*. Barcelona: José María Bosch Editor, S. L., 1996, p. 54.

⁸ Serrano Gómez, Alfonso. *Derecho Penal. Parte Especial*. Madrid: Dykinson, 1997, p. 132.

⁹ José Valle Muñiz. “Delitos relativos a la manipulación genética”. En *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*. Vol. I. Pamplona: Aranzandi, 1996, p. 132.

La acción dirigida a modificar el patrimonio genético del animal o vegetal con el fin de obtener un doble perfecto no es comprendida dentro del comportamiento prohibido.

Cuando la conducta prohibida se refiere a cualquier técnica de manipulación genética que permita clonar seres humanos, la norma esta queriendo decir que en el futuro se pretende reprimir cualquier técnica innovativa.

El ilícito analizado no admite el tipo de omisión impropia, ya que esta forma de comportamiento requiere de la producción de un resultado.

El objeto material de este ilícito son las células somáticas, embriones, óvulos, individuos o cadáveres.

3.1.3. Tipo subjetivo de lo injusto

Por la naturaleza de la acción, no puede más que cometerse por dolo directo, pues se persigue realizar la circunstancia del tipo objetivo, es decir, el agente actúa sabiendo el empleo de la técnica de manipulación genética y teniendo la intención de crear dos o más seres genética y biológicamente idénticos.

Cabe aclarar que en ningún momento tiene que darse el dolo de lesión, pues esta figura penal no es un delito de resultado.

La forma imprudente de comisión no se reprime.

3.1.4. Atipicidad

Hay atipicidad cuando existe falta de algunos de los elementos objetivos del tipo (cuando el comportamiento no es el contemplado por la figura penal). Así por ejemplo, la técnica de manipulación genética se usa con el objeto de clonar animales.

Asimismo, existe ausencia de tipicidad cuando el hecho ha sido cometido en forma culposa.

Por último, se excluye la tipicidad por error de tipo insuperable cuando el agente por falta de conocimientos biogenéticos desconoce que la técnica utilizada servía para clonar seres humanos.

3.1.5. Causas de justificación

Existe causa de justificación en la obediencia jerárquica al obrar por orden obligatoria de autoridad competente en el ejercicio de sus funciones. Esto se presenta, por ejemplo, en el caso de la disciplina institucional que existe dentro de un hospital militar o policial, en cuyo caso el médico con grado de coronel puede ordenar al médico con el grado de capitán que efectúe la clonación de seres humanos.

Por otro lado, el consentimiento que dé el titular del bien no excluye el tipo, pues los bienes jurídicos que se tutelan aquí no son disponibles.

3.1.6. Causas de inculpabilidad

Se admite como causa de inculpabilidad el error de prohibición insuperable cuando el agente desconoce la antijuridicidad de su conducta, pues se halla prohibida por la norma penal. Es el caso, por ejemplo, del sujeto que con conocimientos sobre biogenética hace uso de la manipulación genética para clonar seres humanos, considerando que la vigencia de la norma prohibitiva ha sido derogada en beneficio de la humanidad.

Asimismo, existe también miedo insuperable o fuerza física irresistible, por ejemplo, cuando el sujeto efectúa el comportamiento descrito en el tipo bajo el temor de ser lesionado o muerto por un arma que lo apunta, o cuando el propietario de una clínica es amenazado de muerte con el fin de que dé acceso a las instalaciones del local a fin de que se haga uso de la técnica de manipulación genética para clonar seres humanos.

Si bien no es imposible que exista un estado de inimputabilidad, es poco probable que esta causa de inculpabilidad se dé en la práctica, por ejemplo que un adolescente efectúe la técnica de manipulación genética para clonar seres humanos.

3.1.7. Iter criminis

Este delito se agota con solo usar cualquier procedimiento de manipulación genética con el fin de reproducción de seres humanos idénticos. Para la realización del delito no se requiere que efectivamente el sujeto pasivo sea perjudicado (delito de peligro abstracto).

Esto significa que para la consumación de la conducta prohibida no ha de producirse la creación de seres humanos idénticos, es decir, un delito de resultado.¹⁰

En cuanto a la técnica empleada para clonar seres humanos, es indiferente que persiga mejorar la misma o perjudicarla.

3.1.8. Tipo de imperfecta realización

Técnicamente no parecen probables las formas imperfectas de ejecución.

¹⁰ Nótese que el Código Penal Español en el Libro II: De los Delitos y sus Penas, Título V: Delitos Relativos a la Manipulación Genética, Art. 161. 2, castiga la creación de seres humanos idénticos por clonación (delito de resultado); mientras que el Código Penal Peruano en el Libro Segundo: De la Parte Especial, Título XIV-A: Delitos contra la humanidad, Capítulo V: Manipulación Genética, Art. 324, reprime la utilización de la técnica de manipulación genética, con el propósito de clonar individuos (delito de peligro abstracto).

3.1.9. Autoría y participación

En cuanto a la autoría por las características del agente, este puede ser *autor inmediato*, *autor mediato* o *coautor*.

El *autor inmediato* es el que concibe y emplea el procedimiento de alteración del patrimonio genético del ser humano a fin de obtener el doble perfecto de este (dominio de la acción), por ejemplo: el profesional de la salud o la persona con conocimientos biogenéticos que realiza la conducta descrita en el tipo penal.

El *autor mediato* es el que realiza por medio de otro la conducta prohibida en el Art. 324 del Código Penal (dominio de la voluntad), por ejemplo: el profesor de biología de una escuela —con amplios conocimientos en genética— que permite que sus alumnos pongan en práctica las enseñanzas impartidas sobre técnicas de reproducción artificial para obtener sujetos idénticos, sin que los menores de edad tengan conocimiento de que el uso de estas técnicas servirán para clonar seres humanos. En este caso, se configuraría un atentado contra la dignidad humana, y, por tanto, un ilícito penal sancionado por el Código sustantivo.

En la *coautoría*, la manipulación genética para clonar seres humanos es realizada por varias personas —*régimen de equipo*— que se dividen la utilización de esta técnica (dominio funcional del hecho), por ejemplo: un biogenetista que extrae una célula, otro que extirpa el núcleo de esta, y un tercero que trasplanta el núcleo arrancado a una célula receptora sin núcleo.

En lo que respecta a los llamados *autores intelectuales*, considero que estos deben tener por lo menos un mínimo conocimiento de la ciencia genética a fin de que su intencionalidad de clonar seres humanos pueda adecuarse al tipo penal.

En cuanto a los *partícipes*, es necesario que estos tengan conocimiento de que el autor del delito va a emplear la técnica de manipulación genética para clonar seres humanos; en caso contrario no responderán por el ilícito. Es cómplice necesario, por ejemplo, el gerente de un hospital que facilita a un *régimen de equipo* los laboratorios de la institución, sabiendo que estos han de utilizarlo para fines de clonación humana.

En este caso, el grado de intervención delictiva se puede dar teniendo o no conocimientos en biogenética, como es el caso de los sujetos que vigilan la clínica mientras el *régimen de equipo* comete la conducta preceptuada en el Art. 324 del Código Penal.

3.1.10. Concurso

Pueden darse normalmente lesiones por imprudencia en el sujeto pasivo o el ilícito de aborto.

3.1.11. Penalidad

Se establece que la pena será privativa de la libertad no menor de seis ni mayor de ocho años e inhabilitación para ejercer el arte u profesión por cuenta propia o por intermedio de tercero, así como la privación de sus derechos militares o policiales en su cargo u oficio. En este sentido, el tratamiento punitivo del ilícito, según Jorge Barreiro, esta “solo en atención al bien jurídico protegido de naturaleza supraindividual”.¹¹

3.1.12. Cuestiones procesales

El trámite por el delito de manipulación genética con el objeto de clonar seres humanos idénticos se regula por las disposiciones del proceso penal común (Ley N° 26689), conforme se deduce de una interpretación extensiva de la Ley N° 26926 que incorpora a la vía ordinaria y en fuero común los delitos contra la humanidad.

COLOFÓN

La investigación genética puede ser en beneficio de la humanidad o en perjuicio de ella.

1. El Derecho y la genética estudian al hombre.
2. En la conformación de la conducta humana intervienen varios factores, influenciando unos más que otros: medio ambiente, medio familiar y biológico.
3. Una personalidad negativa es secuela de causas biológicas debido a factores hereditarios y psicológicos que recaen directamente en los caracteres propios que gobiernan la conducta, constitución física y espiritual. Se debe propender a ejecutar una política de difusión popular dando a conocer los peligros que ocasiona engendrar hijos en los estados carenciales y con enfermedades hereditarias como la sífilis y otras.
4. La génesis de las variadas actividades delincuenciales del hombre mora en las perturbaciones del regular desenvolvimiento psicofísico y en la anormalidad afectiva ocasionada por el mundo circundante, o sea el medio ambiente.
5. La genética es responsable de la herencia, y su ingeniería puede lograr mutaciones asombrosas, inteligencias y capacidades portentosas, hermosuras y cosas horrendas; perfección en el organismo y en la mente; control y hasta eliminación de las enfermedades y trastornos, como alergias, el cáncer y el SIDA; pero los ilegales laboratorios de guerra biológica pueden crear nuevas enfermedades, ser artífices de monstruosas mutaciones y muerte.

¹¹ Agustín Jorge Barreiro. “Los delitos relativos a la manipulación genética en sentido estricto”. *Revista Peruana de Ciencias Penales*, 13 (2013), p. 145.

6. Considero que no se puede declarar la paternidad de una persona que se niega a someterse a la prueba biológica, genética u otras de validez científica, pues no se ha determinado su inclusión o exclusión de la paternidad, por tanto, debería presumirse en este caso la paternidad.
7. Es interés del Derecho, regular mediante leyes especiales la investigación genética, con el fin de tutelar los valores y principios fundamentales del ser humano.
8. El Derecho Penal debe estar atento al avance de la biotecnología a fin de adecuar sus instituciones y normas en defensa del hombre.
9. El principio de heterogeneidad y selección biológica se ve vulnerado por la clonación, ya que esta trae como consecuencia la uniformidad genética.

REFERENCIAS

- Albin Eser. *Derecho Penal, medicina y genética*. Lima: Idemsa, 1998.
- Chirre Castillo, Elmer Atilio. “La clonación en el Derecho Penal Peruano”. *Revista de la Sección de Postgrado de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la U.N.FV.* (2002), pp. 146-147.
- Francisco Scime, Salvador. *Criminología. Causas y cosas del delito*. Segunda edición. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas, 2000.
- Jorge Barreiro, Agustín. “Los delitos relativos a la manipulación genética en sentido estricto”. *Revista Peruana de Ciencias Penales*, 13 (2003).
- Momethiano Santiago, Javier Ysrael. *Derecho Penal. Consideraciones sobre la ETS - Retrovirus del SIDA y sus efectos jurídico-penales*. Lima: Editorial San Marcos, 2000.
- Momethiano Zumaeta, Eloy Fernán y Momethiano Santiago, Javier Ysrael. *Tratado de Derecho Penal. Fundamentos para determinar la pena y las medidas de seguridad*. Lima: Editorial San Marcos, 2001.
- Queralt Jiménez, Joan J. *Derecho Penal Español. Parte Especial*. Barcelona: José María Bosch Editor, S. L., 1996.
- Serrano Gómez, Alfonso. *Derecho Penal. Parte Especial*. Madrid: Dykinson, 1997.
- Valle Muñiz, José. “Delitos relativos a la manipulación genética”. En *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*. Vol. I., Quintero Olivares, Gonzalo y Valle Muñiz, José Manuel. Pamplona: Aranzandi, 1996.
- Varsi Rospigliosi, Enrique. *Derecho y manipulación genética*. Lima: Fondo de Desarrollo Editorial de la Universidad de Lima, 1996.

Recibido: 11/03/2015
Aprobado: 07/04/2015