

“Discriminación y prácticas eugenésicas: una aproximación al problema desde la perspectiva jurídico-penal con especial referencia al artículo 161-2º in fine del Código penal de 1995” en La Eugenesia hoy, ed. Carlos María ROMEO CASABONA, Comares, Bilbao-Granada, 1999, pp. 307-348.

“DISCRIMINACION Y PRACTICAS EUGENESICAS: UNA APROXIMACIÓN AL PROBLEMA DESDE LA PERSPECTIVA JURÍDICO-PENAL CON ESPECIAL REFERENCIA AL ARTÍCULO 161-2º IN FINE DEL CÓDIGO PENAL DE 1995”¹

Jon Mirena LANDA GOROSTIZA, Profesor Asociado Doctor de Derecho penal, Universidad del País Vasco/ Euskal Herriko Unibertsitatea (UPV/EHU).

SUMARIO. Introducción. I. PRIMERA PARTE. La discriminación y su relación con las prácticas eugenésicas: aproximación histórico-conceptual. **I.1.** La discriminación como concepto autónomo frente al principio de igualdad. **A.** La acepción jurídica de la discriminación: origen. **B.** La especificidad de la discriminación frente al principio genérico de igualdad: su dimensión de daño supraindividual. **a.** La igual dignidad humana como primer presupuesto ideológico del concepto de discriminación. **b.** La superación de la desigualdad real como presupuesto y objetivo de la tutela antidiscriminatoria. **I.2.** Evolución reciente del pensamiento eugenésico: racismo y eugenesia. **A.** Antecedentes del pensamiento eugenésico contemporáneo. **a.** Antecedentes lejanos. **b.** Eugenesia en sentido “moderno”: antecedentes inmediatos. **c.** La confluencia histórica de la eugenesia y el racismo en la política nacionalsocialista de *HITLER*. Consecuencias. **B.** El nuevo pensamiento eugenésico tras la 2ª Guerra Mundial. **II. SEGUNDA PARTE.** Regulación penal y prácticas eugenésicas discriminatorias: la selección de la “raza”. **II.1.** La prohibición de “procedimientos dirigidos a la selección de la raza” (art. 161-2º): interpretación de *lege lata*. **II.2.** Algunas consideraciones de *lege ferenda*. Bibliografía.

Introducción.

La alusión al binomio “discriminación-eugenesia” nos sitúa ante fenómenos de candente actualidad como, por ejemplo, el de la eventual clonación de seres humanos y su consiguiente potencial discriminatorio o también la hipotética selección del sexo, la “raza”, u otros rasgos de la descendencia. Se trata, por el

¹ .- Este trabajo, en parte modificado y ampliado, fue el objeto de la ponencia que presenté en el marco del seminario “La eugenesia hoy” (16 y 17 de octubre de 1998; Sarriko-Bilbao) organizado por la Cátedra Interuniversitaria Fundación BBV-Diputación Foral de Bizkaia de Derecho y Genoma Humano Universidad de Deusto y Universidad del País Vasco/EHU.

momento, únicamente de mencionar, sin pretensión de exhaustividad, algunas cuestiones graves que han hallado mayor eco en los medios de comunicación social, pero que no representan más que supuestos muy específicos dentro del campo genérico, ambiguo y de difícil precisión, de las prácticas eugenésicas que pudieran llegar a facilitar actuaciones discriminatorias.

En efecto, la mera referencia a la **discriminación** nos introduce ya en un terreno conceptual inseguro que desde una perspectiva jurídica precisa de ulterior determinación, particularmente desde el punto de vista de la relación de la prohibición de discriminación con el principio genérico de igualdad con el que, a menudo, tiende a ser identificado². Por ello, urge, en primer lugar, concretar en lo posible el alcance y significado del complejo fenómeno discriminatorio. Sólo después estaremos en disposición de analizar el potencial discriminatorio de las prácticas eugenésicas aunque a este respecto nos limitaremos a un estudio desde la vertiente jurídico-penal, debido, principalmente a dos razones: por una parte, a la imposibilidad, en el marco limitado de esta reflexión, de proyectar el análisis sobre el conjunto de posibles campos de regulación jurídica antidiscriminatoria; pero, además, por otra parte, la novedosa y profusa regulación antidiscriminatoria introducida por el nuevo Código penal de 1995 aconseja concentrar nuestro análisis en el ámbito punitivo.

Como es sabido, la complejidad de la discriminación ha determinado históricamente³ una no menos complicada y multiforme respuesta de tutela jurídica antidiscriminatoria que puede encontrar reflejo, dentro del campo sustantivo, en normativa de derecho privado, administrativo, penal, etc. Destaca, no obstante, en nuestro país, la prolija regulación con vocación específicamente “andiscriminatoria” que recientemente ha sido incorporada al nuevo Código penal de 1995 y que incluye junto a una agravante genérica por motivos discriminatorios (art. 22-4º), un delito de amenazas dirigido a un grupo étnico, cultural, religioso, social, etc. (art. 170)⁴; un tipo agravado de descubrimiento y revelación de secretos cuando de datos de carácter personal (como los referidos, entre otros, al origen racial, vida

².- Véase RODRIGUEZ-PIÑERO/FERNANDEZ LOPEZ, *Igualdad*, p. 64 ss. ; 156 ss.

³.- Para una visión de conjunto de la evolución comparada de la legislación antidiscriminatoria en los círculos jurídicos anglosajón y europeo (occidental) continental véase RÄDLER, *Gesetze*, p. 5 ss.

⁴.- Recientemente ha vuelto a ser objeto de nueva redacción por LEY ORGÁNICA 2/1998, de 15 de junio, por la que se modifican el Código penal y la Ley de Enjuiciamiento Criminal (BOE núm. 143, de 6 de junio), detallándose de forma ampliada el colectivo destinatario de la amenaza. Según el nuevo tenor del artículo 170-1: Si las amenazas de un mal que constituyere delito fuesen dirigidas a atemorizar a los habitantes de una población, grupo étnico, **cultural o religioso, o colectivo social o profesional, o a cualquier otro grupo de personas**, y tuvieran la gravedad necesaria para conseguirlo, se impondrán respectivamente las penas superiores en grado a las previstas en el artículo anterior. (el subrayado resalta las modificaciones añadidas respecto de la anterior redacción).

sexual, ideología, etc.) se trate (art. 197-5º); el delito de discriminación laboral (art. 314); el delito de “provocación” a la discriminación, violencia u odio (art. 510); los delitos de denegación discriminatoria de prestación (art. 511 y 512); el delito asociativo de promoción de la discriminación (art. 515-5º); el delito de genocidio y su “apología” (art. 607); así como la regulación específica de las prácticas de segregación racial y otras prácticas inhumanas y degradantes con ocasión de conflicto armado (art. 611-6º).⁵ Con todo, en relación al tema que nos ocupa, destaca especialmente, entre los nuevos delitos relativos a la manipulación genética, la incorporación del artículo 161-2º en el que resulta incriminada “la creación de seres humanos idénticos por clonación u otros procedimientos dirigidos a la selección de la raza”.

Este amplio elenco de preceptos parece obedecer a la voluntad del legislador de desarrollar la tutela jurídica antidiscriminatoria preferentemente por la vía penal y extender asimismo el programa normativo al campo de la manipulación genética. En este sentido, el objetivo principal de este trabajo consiste por ello en aproximarnos al problema de la regulación penal de las prácticas eugenésicas desde la perspectiva de su potencial discriminatorio. Para ello comenzaremos, **en la primera parte**, por una inicial delimitación de la acepción jurídica de la discriminación. En segundo lugar, abordaremos brevemente la evolución reciente del pensamiento eugenésico que pondrá de manifiesto su relación histórica “privilegiada” –que no exclusiva- con las corrientes de ideología racista y con las manifestaciones más dramáticas de la discriminación. Esta visión retrospectiva finalizará, por último, con una breve descripción del actual potencial discriminatorio de las nuevas corrientes eugenésicas tras la 2ª Guerra Mundial en comparación con los movimientos inmediatamente precedentes.

Esta primera parte del trabajo nos dará así las claves que nos permitirán, **en la segunda parte**, desarrollar criterios interpretativos para la actual normativa jurídico-penal y en particular respecto del referido artículo 161-2º -punción de la clonación y procedimientos dirigidos a la selección de la raza-. Resultará particularmente interesante observar la relación del citado precepto con el actual artículo 510 del Código penal a cuyo tenor se castiga la provocación a la discriminación, al odio o a la violencia, contra grupos o asociaciones, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual enfermedad o minusvalía. Se trata esta última

⁵.- LAURENZO COPELLO, *La discriminación*, pp. 219 ss. ofrece un completo estudio interpretativo de este conjunto normativo con la excepción del último de los preceptos señalados que, sin embargo, es incluido entre las disposiciones dirigidas a la represión de la discriminación por CANCIO MELIA, *Comentarios*, p. 1274.

de una disposición que, en principio, podría encontrar aplicación contra manifestaciones ideológicas de corte eugenésico que mostraran además un tinte racista, xenófobo o de grave contenido discriminatorio. En definitiva podría servir para prevenir conductas de agitación ideológica que pretendan una actualización de lo que ya propugnaron las corrientes de pensamiento eugenésico desde finales del siglo XIX y que desembocaron, como manifestación extrema, en la versión nazi de la eugenesia racista⁶. Frente a este precepto más general, el artículo 161-2º vendría así, de forma complementaria, a establecer prohibiciones más específicas y ligadas a las nuevas prácticas eugenésicas potencialmente discriminatorias en el contexto de la manipulación genética. El Código penal daría respuesta, en una consideración de conjunto, tanto a posibles excesos del pensamiento eugenésico que enlazan directamente con el pasado reciente –anterior a la 2ª Guerra Mundial-, como a otras prácticas eugenésicas cuyo potencial discriminatorio se deriva propiamente de los recientes avances científicos relacionados con el conocimiento del genoma humano y el desarrollo de las técnicas de reproducción asistida.

I. Primera parte. La discriminación y su relación con las prácticas eugenésicas: aproximación histórico-conceptual.

En esta primera parte, como ya hemos indicado, pretendemos exponer las bases conceptuales que nos permitan delimitar con mayor precisión el objeto de estudio. Para ello procuraremos, tanto respecto de la discriminación, como de la eugenesia, servirnos de la perspectiva histórica para captar más en profundidad las especificidades de ambos fenómenos al día de hoy.

I.1. La discriminación como concepto autónomo frente al principio de igualdad.

La discriminación es un término muy utilizado cuyo significado, no obstante, no suele precisarse. Debemos comenzar por intentar aclarar, en lo posible, cuál es, al menos, su sentido en el contexto jurídico. Para ello haremos hincapié en las bases teóricas que lo informan y constituyen su especificidad. Y es que no resulta sencillo diferenciar lo que es la discriminación respecto de la mera transgresión del principio de igualdad genérico en la medida en que, sólo de manera paulatina, se ha ido consolidando como un concepto autónomo -relacionado pero independiente- de aquél. Ahora bien, resulta conveniente, en primer lugar, hacer una referencia al

⁶.- Para un análisis histórico de las corrientes eugenésicas y sus proyecciones racistas véase, ROMEO CASBONA, *El Derecho*, p. 107 ss. que distingue el pensamiento eugenésico de finales del siglo XIX hasta los años 30 de nuestro siglo de lo que él denomina la "neoeugenesia" –replanteamiento actual del pensamiento eugenésico- que vendría a caracterizarse por un enfoque del problema como "cuestión médica" antes que como un "problema social y colectivo" (p. 111). Véase, también, *infra*, en la primera parte, el apartado I2.A.c.

origen histórico del sentido jurídico de la discriminación, pues ya en él se encuentran las claves de su especificidad que más tarde se han ido desarrollando en un proceso que, todavía hoy, no puede darse por concluido.

A. La acepción jurídica de la discriminación: origen.

El término "discriminación" se define, según el Diccionario de la Lengua Española (ed. 21ª -1992-), como la acción o efecto de "discriminar", verbo de origen latino (*discriminare*) al que se atribuyen dos acepciones diferentes: la primera, "separar, distinguir, diferenciar una cosa de otra" y, la segunda, "dar trato de inferioridad a una persona o colectividad por motivos raciales, religiosos, políticos, etc."

RABOSI señala que el "uso normal" del término "discriminación" hace referencia precisamente a su significado "neutral", esto es, "valorativamente neutral"; en definitiva, al sentido propio de la primera de las acepciones vistas como equivalente a "separar, distinguir o diferenciar". La segunda de las acepciones vendría a ser resultado de su utilización en los contextos jurídicos y políticos en donde comenzó a tomar vigencia un uso "no neutral", un uso "comprometido" de la "discriminación"⁷.

Precisando aún más, *RODRIGUEZ-PIÑERO/FERNANDEZ LOPEZ* aluden a lo que ellos denominan "cambio de significado del término `discriminación'"⁸. Según estos autores, a pesar de la existencia muy anterior en el tiempo de una serie de fenómenos sociales calificables como discriminatorios, se produce en los últimos decenios un nuevo enfoque de los mismos, consistente precisamente en considerarlos "discriminatorios" y en tratar de reaccionar frente a ellos. Esta nueva actitud va a determinar un cambio de significado del término originario latino no sólo en el plano jurídico, sino también en el plano del propio lenguaje de la calle, hacia un "sentido peyorativo". Dicha transformación se va a operar en primera instancia en el mundo anglosajón desde donde se irradiará posteriormente con carácter general.

Cabe señalar dos vías principales, diferentes pero confluyentes, por las que se opera la transformación semántica del término "discriminación" desde una

⁷.- *RABOSI, Derechos humanos*, p. 179.

⁸.- *RODRIGUEZ-PIÑERO/FERNANDEZ LOPEZ, Igualdad*, p. 84 ss.

concepción valorativamente neutra a otra peyorativa que será, en definitiva, la que informará la acepción jurídica posterior.

La primera vía de transformación del sentido de la discriminación es fruto de la evolución que experimenta la jurisprudencia de los Estados Unidos en relación a la Enmienda XIV de la Constitución de dicho país relativa a la igualdad. Según *ERMACORA*, cabe concluir, a la luz de la investigación jurídico-constitucional, que son precisamente los pronunciamientos en torno a la Enmienda XIV los que determinaron la evolución del término *discrimination* (el cual -paradójicamente- no se encuentra literalmente en el tenor literal de la citada Enmienda) desde su sentido de pura "diferenciación" hacia un "*terminus technicus*" de la terminología política y jurídica. La palabra discriminación pasará a tener un significado de diferenciación arbitraria o irrazonable -sentido peyorativo- en relación sobre todo a la **cuestión "racial"**, de suerte que puede afirmarse que se ha consolidado en la actualidad -al menos en la Jurisprudencia de la Corte Suprema de dicho país- el entendimiento de la discriminación como una diferenciación de trato arbitraria con base esencialmente en características personales no dependientes de la voluntad del propio sujeto discriminado⁹.

En la misma línea RODRIGUEZ-PIÑERO/FERNANDEZ LOPEZ señalan el papel de la práctica judicial norteamericana relativa a la aplicación de la citada Enmienda de "*equal protection*" destinada a prohibir la discriminación "racial". Tal y como indican estos autores, a partir de dicha jurisprudencia quedan ya sentadas las bases para una consideración 'peyorativa', esto es, para trazar la distinción entre dos sentidos diferentes del término, el neutro y originario ("*discrimination between*"), y el nuevo y negativo ("*discrimination against*")¹⁰. Conviene destacar la idea de que dicha jurisprudencia no hace sino "poner las bases" de lo que, posteriormente, se convertirá en sentido predominante precisamente de la mano de la segunda "vía" mediante la cual se opera la transformación de sentido que estamos analizando: a saber, la vía del Derecho internacional público.

Efectivamente existe unanimidad en reconocer al conjunto de instrumentos internacionales aprobados a partir de la 2ª Guerra Mundial el haber cumplido la función de consolidar y extender el inicialmente minoritario sentido "peyorativo" de la

⁹.- El autor pone también de manifiesto que la jurisprudencia de los Estados Unidos además del papel positivo señalado y convertido ya en logro consolidado, también jugó uno de carácter negativo en el sentido de justificar materialmente, con base en razones raciales, diferenciaciones de trato en relación a sectores de la vida pública a través de una interpretación diferenciadora -y en parte restrictiva- de "lo arbitrario". *ERMACORA, Diskriminierungsschutz*, pp. 7-9. Véase también, en sentido crítico, RODRIGUEZ-PIÑERO/FERNANDEZ LOPEZ, *Igualdad*, p. 87, en relación a la doctrina "separados pero iguales".

¹⁰.- RODRIGUEZ-PIÑERO/FERNANDEZ LOPEZ, *Igualdad*, pp. 87 y 88.

discriminación¹¹. El origen del sentido jurídico-internacional del término "discriminación" se remonta a comienzos de siglo cuando aparece el tratamiento desigual irrazonable como correlato y complemento del mandato de igualdad en el ámbito del tráfico económico. En el mundo económico se utilizaba el sentido "neutro" del término "discriminación" (o del verbo "discriminar") para hacer referencia al hecho de vender un mismo producto, en el mismo momento, a precios diferentes según diversos criterios. El paso de esta significación propia del mundo económico al del Derecho se dará en el contexto norteamericano al tiempo en que se materializa la voluntad de regulación de posibles abusos considerados ilícitos en materia de competencia, abusos que podrían llevarse a cabo precisamente a través de ciertas formas de "discriminación" de precios. Tras su aceptación en el Derecho de la economía va a introducirse en el Derecho Internacional (Económico) desde donde se producirá su expansión a otros ámbitos del propio Derecho internacional, eso sí, en un principio todavía en su sentido "neutro"¹².

Como hemos constatado, el sentido neutro del término discriminación va a iniciar una lenta evolución hacia un sentido peyorativo que lo caracteriza como un trato diferenciador arbitrario. Las dos corrientes conformadoras de este sentido de la "discriminación" -la jurisprudencia de los Estados Unidos muy ligada, además, al fenómeno racial, y, en segundo lugar, la voluntad de regulación de abusos de la competencia en el mundo económico- desembocan y confluyen, en principio, en el ámbito del Derecho internacional desde donde el sentido peyorativo se consolidará e irradiará a todo el mundo del Derecho. Sin embargo, todavía no cabe hablar propiamente del acto de discriminación como algo nítidamente distinto de un trato diferenciador "arbitrario" o "irrazonable". Tanto la transgresión de la igualdad como el acto discriminatorio se confunden e identifican. La diferencia entre ambos, con el paso del tiempo, va a ser de grado: la discriminación por supuesto que supone un trato diferenciador arbitrario o irrazonable pero de una manera más intensa y especial.

B. La especificidad de la discriminación frente al principio genérico de igualdad: su dimensión de daño supraindividual.

La reflexión en torno al concepto de discriminación requiere una referencia al principio de igualdad, del que nace la prohibición de discriminación. Ambos tienen elementos en común pero la idea de "discriminación" se diferencia y deviene

¹¹.- ERMACORA, *Diskriminierungsschutz*, p. 7 ss.; RODRIGUEZ-PIÑERO/FERNANDEZ LOPEZ, *Igualdad*, p. 87 ss.

¹².- RODRIGUEZ-PIÑERO/FERNANDEZ LOPEZ, *Igualdad*, pp. 85-87; SCHWEIZER BUNDES RAT, *Botschaft*, p. 273.

autónoma. En este sentido conviene intentar precisar en qué consiste la diferencia y sobre todo cuáles son las razones últimas que impulsan esta diferenciación.

Tanto el principio de igualdad como la prohibición de discriminación se orientan a evitar diferencias de trato entre personas partiendo de la igualdad esencial y universal de la condición humana. En ambos casos se pretenden evitar actos de diferenciación que se consideran perjudiciales y que obedecen a unas “causas” o “motivos”. La clave esencial para distinguir ambos conceptos estriba, sin embargo, en que las “razones” por las que la discriminación es llevada a cabo tienen una significación diferente¹³. Tal y como señalan RODRIGUEZ-PIÑERO/FERNANDEZ LOPEZ, en relación al artículo 14 de la Constitución española, la prohibición adicional de discriminación hace referencia a determinadas razones, criterios o motivos **“especialmente odiosas o rechazables”**¹⁴. La comprensión de las razones que determinan esa especial “odiosidad” de las causas de discriminación es la que nos permitirá distinguir la interdicción de la discriminación del principio genérico de igualdad.

Siguiendo a FERNANDEZ LOPEZ, cabe explicar el concepto de discriminación a partir de una “doble matriz teórica”¹⁵: Con otras palabras, dos serían las ideas básicas a partir de las cuales se ha ido fraguando un proceso de diferenciación de la discriminación como transgresión de la igualdad “especial”: por un lado el principio de igualdad sustantiva o material y, por otro lado, la idea de la dignidad humana. La discriminación afecta a la dignidad humana y al principio de igualdad material de tal manera, que transforma cada acto discriminatorio en una transgresión de la igualdad especialmente “odiosa” y rechazable; en definitiva, más grave –y diferente por su intensidad- que una mera diferenciación “arbitraria” o “irrazonable”. Analicemos ambos aspectos con cierto detenimiento.

a. La igual dignidad humana como primer presupuesto ideológico del concepto de discriminación.

Dentro del contexto de la protección internacional general de los derechos humanos, uno de los sentidos específicos en el que va a cristalizar el concepto de discriminación va a ser la valoración especialmente negativa que se atribuye a la

¹³.- Debe insistirse en que esta caracterización diferente ha sido fruto de una progresiva evolución histórica a partir de la 2ª Guerra Mundial -principalmente en el contexto del derecho internacional público- que es la que determinará finalmente la independización del concepto de discriminación frente a la mera diferencia de trato arbitrario. Véase, en este sentido, STRAUSS, *Das Verbot*, p. 26 ss.; RODRIGUEZ-PIÑERO/FERNANDEZ LOPEZ, *Igualdad*, p. 84 ss.

¹⁴.- RODRIGUEZ-PIÑERO/FERNANDEZ LOPEZ, *Igualdad*, p. 81 (subrayado nuestro).

¹⁵.- FERNANDEZ LOPEZ, *La discriminación*, p. 154.

selección de unos determinados motivos para llevar a cabo un tratamiento diferenciado. La conducta discriminatoria se asocia por parte de quien discrimina, a determinadas causas o motivos que responden a características personales del sujeto discriminado (color, "raza", sexo) o a determinadas características o situaciones sociales (lengua, origen social, religión). El hecho de que se produzca el acto de tratamiento diferenciado con base precisamente en factores ajenos a la propia responsabilidad individual, en definitiva, al margen de los méritos o capacidades del individuo o de su concreta conducta individual, va a provocar una "intensificación" de la valoración negativa de esa conducta hasta convertirse en **algo más grave y reprochable**. Esa especial valoración negativa va a transmutar el mero tratamiento desigual arbitrario -negador del principio de igualdad genérico- en algo más, en un tipo de tratamiento diferenciado que por el hecho de ligarse a determinados motivos contradice la máxima de igualdad y atenta por ello a la misma dignidad humana¹⁶.

Una de las dos razones básicas y esenciales de la "odiosidad" reside, pues, en una valoración de especial injusticia que se imputa a la clase de selección discriminatoria¹⁷. Como señala FERNANDEZ LOPEZ la conducta discriminatoria tiene su origen en "circunstancias que desconocen la dignidad humana"¹⁸ en la medida en que se dirige a los sujetos por condiciones innatas a los mismos o como resultado de opciones básicas en el ámbito del uso de libertades fundamentales (libertad ideológica, religiosa, opción sexual...). De esta manera lo que realmente se pone en juego es el reconocimiento de que todas las personas sean iguales o tengan igual derecho a ejercer las libertades fundamentales. El hecho de que resulten relevantes y determinantes -como criterio de actuación diferenciadora- características de la persona sobre las que ésta no tiene capacidad de elección, supone que -de prevalecer como criterios- se "estaría negando la paridad de dignidad social entre los seres humanos y considerando a unos no sólo diferentes sino incluso <<inferiores>>"¹⁹.

¹⁶.- RODRIGUEZ-PIÑERO/FERNANDEZ LOPEZ, *Igualdad*, p. 91 s. y 109.

¹⁷.- Con razón subraya STRAUSS, *Das Verbot*, p. 31, que la selección de lo que hayan de ser las razones discriminatorias es también "expresión de valoraciones de justicia" (*Ausdruck gerechtigkeitsbezogener Wertungen*).

¹⁸.- FERNANDEZ LOPEZ, *La discriminación*, p. 155 (y 154).

¹⁹.- RODRIGUEZ-PIÑERO/FERNANDEZ LOPEZ, *Igualdad*, p. 110.

Con este primer sentido "específico"²⁰ del concepto de discriminación hemos presentado uno de los dos aspectos básicos para comprender este fenómeno que apunta más a la dimensión individual de afección: la propia dignidad humana de cada persona objeto de un trato discriminatorio. Pero no es el único aspecto definitorio y constitutivo del concepto, ni tampoco el "preponderante". Junto a esta primera matriz teórica hay otra con la que se entrelaza y se confunde para constituir el verdadero sentido del concepto de discriminación.

b. La superación de la desigualdad real como presupuesto y objetivo de la tutela antidiscriminatoria.

RODRIGUEZ-PIÑERO/FERNANDEZ LOPEZ afirman que la prohibición de discriminación viene a cumplir -por su propia naturaleza- una función de "puente" entre la igualdad formal y la igualdad sustancial. Más aún el "restablecimiento y promoción de la igualdad real constituye un elemento inserto en la propia noción de la tutela antidiscriminatoria"²¹. La evolución desde el principio de igualdad formal hacia la idea de igualdad real o sustancial en el marco del Estado social de Derecho, parte de la constatación de situaciones reales de desigualdad frente a las cuales surge una posición crítica que pretende remover los obstáculos que impiden una igualdad efectiva. Es precisamente ese sentido crítico a la situación prejurídica, a la situación real de la sociedad "el presupuesto último en el que hunde sus raíces la prohibición de discriminación"²².

Debe insistirse en la íntima relación de este presupuesto con la **situación social real** sobre la que debe proyectarse la prohibición antidiscriminatoria y desde la que debe entenderse -aunque no exclusivamente- su verdadero sentido. Por ello con razón hablan RODRIGUEZ-PIÑERO/FERNANDEZ LOPEZ de impulso "emancipatorio" en relación a la tutela antidiscriminatoria. Esta se dirige esencialmente a combatir situaciones reales de marginación. En la vocación "correctora" de la realidad desigual es en donde se produce la conexión de sentido entre el principio de igualdad sustancial y la prohibición de discriminación²³.

²⁰.- STRAUSS, *Das Verbot*, p. 30, afirma que hoy en día se reconoce de forma general que la prohibición de discriminación y el principio de igualdad genérico son dos formulaciones diferentes de un mismo principio material, pero que la discriminación consiste en un concepto "más preciso" (*präziser*) en la medida en que no deja un marco de estimación tan amplio en la selección del criterio diferenciador .

²¹.- RODRIGUEZ-PIÑERO/FERNANDEZ LOPEZ, *Igualdad*, pp. 76-78.

²².- FERNANDEZ LOPEZ, *La discriminación*, p. 154.

²³.- RODRIGUEZ-PIÑERO/FERNANDEZ LOPEZ, *Igualdad*, pp. 70 y 82.

La percepción de la marginación o de la segregación de grupos discriminados, que se pretende corregir, tiene además una esencial **dimensión histórica**. Las causas o razones que hayan de considerarse discriminatorias se definen a partir de la experiencia histórica que demuestra su efectiva utilización para llevar a cabo la discriminación. En esta línea llega a afirmar STRAUSS que el único denominador común a las distintas razones de discriminación prohibidas es, precisamente, "la mirada al pasado"²⁴ a través de la cual se aprehende toda característica humana que ha conducido -y conduce- a la discriminación.

En conclusión, una de las dos razones esenciales de la "odiosidad" de las causas de discriminación -que explica su especificidad frente a la mera diferencia de trato arbitraria que transgrede el principio de igualdad genérico- se basa en que la diferencia de trato que la discriminación supone provoca un resultado perjudicial²⁵ cuya verdadera dimensión de daño se percibe únicamente a partir de la contextualización del acto discriminatorio individual en la realidad social de marginación histórica y actual del grupo de pertenencia del discriminado.

A nuestro juicio, la matriz teórica que liga la discriminación con el principio de igualdad efectiva introduce una perspectiva de contemplación del daño del acto discriminatorio, que permite comprender aquél más allá de su repercusión directa inmediata en la persona individual. El fenómeno discriminatorio se muestra así en toda su complejidad, superando su nocividad el plano individual y demostrándose su repercusión colectiva. En definitiva, podría afirmarse que cuando el acto de diferenciación reduce su perjuicio al sujeto individual; esto es, cuando el acto concreto no proyecta su daño de manera colectiva, no cabría hablar propiamente de discriminación sino de mera transgresión del principio de igualdad.

I.2. Evolución reciente del pensamiento eugenésico: racismo y eugenesia.

Una vez presentadas las líneas básicas sobre las que habría de apoyarse el sentido específico que debe informar la acepción jurídica de la discriminación, vamos a referirnos, a continuación, a la evolución del pensamiento eugenésico hasta nuestros días. Nos interesarán particularmente los puntos de enlace que en el pensamiento eugenésico puedan detectarse respecto del potencial discriminatorio de sus prácticas. Ello explica, en consecuencia, que hayamos dedicado una especial

²⁴.- "*der Blick in die Vergangenheit*". STRAUSS, *Das Verbot*, p. 32 (y 31). También destaca la necesidad de situar la discriminación en el contexto histórico NIGGLI, *Rassendiskriminierung*, p. 199 (747), según el cual "no existe un concepto de discriminación históricamente neutro".

²⁵.- RODRIGUEZ-PIÑERO/FERNANDEZ LOPEZ, *Igualdad*, p. 109.

atención al estudio de los antecedentes inmediatos –desde finales del siglo XVII hasta principios del XX- pues es precisamente en ese lapso histórico donde se ponen las bases filosóficas e ideológicas que informarán posteriormente las prácticas que, en sentido moderno, pueden tener una lectura jurídica de su potencial discriminatorio.

Por otra parte, podremos comprobar la especial relevancia del movimiento ideológico racista hasta el punto de que condicionará en buena medida el debate sobre los riesgos de la eugenesia hasta el presente. Finalmente expondremos también cuál es la situación actual a la luz de los nuevos y vertiginosos avances en el conocimiento del genoma humano o en las técnicas de reproducción asistida.

A. Antecedentes del pensamiento eugenésico contemporáneo.

A la hora de abordar el estudio de la eugenesia es lugar común la referencia a *Francis GALTON* pues fue precisamente este autor el que acuñó el término para el idioma inglés –*eugenics*- ya por primera vez en su obra *Inquiry Into Human Faculty* (1883)²⁶. Ahora bien, en un sentido amplio, las prácticas eugenésicas en cuanto dirigidas al perfeccionamiento o mejora de la especie humana, son muy anteriores al surgimiento lingüístico del término y a la misma obra de *GALTON*, remontándose sus precedentes a las culturas más antiguas de la humanidad.

a. Antecedentes lejanos.

Siguiendo a *GRACIA*²⁷ cabría caracterizar una primera etapa en la historia del pensamiento eugenésico que se extiende desde las civilizaciones más arcaicas –como la griega clásica o la del pueblo de Israel- y que alcanza prácticamente hasta el siglo XVII. Dos serían las ideas claves a tener en cuenta en esta primera fase: por un lado, la experiencia del hombre de la transmisión de caracteres de padres a hijos, esto es, la conciencia, más o menos difusa, de algún tipo de herencia; y, por otro lado, la creencia de que la Naturaleza viene regida por un “orden interno”. De la conjunción de ambas ideas las malformaciones congénitas serían errores de la naturaleza cuyo origen ha de buscarse en transgresiones morales o religiosas, por lo que se reacciona contra ellas mediante la exclusión social de los sujetos defectuosos e incluso mediante su exterminio, a la vez que se

²⁶.- Véase, por todos, *GRACIA, Historia*, p. 13; *HIGUERA GUIMERÁ, El Derecho*, pp. 537-538; *ROMEIO CASABONA, El Derecho*, p. 107. *GRACIA, Historia*, p. 13, apunta la hipótesis de que probablemente *GALTON* tomó el término “eugenesia” del libro *The Variation of Animals and Plants Under Domestication* (1868) de su primo *Charles DARWIN*.

²⁷ .- *GRACIA, Historia*, pp. 13-23.

favorecen procedimientos dirigidos a la mejora de la “raza” conforme a las creencias y conocimientos de cada época y cultura²⁸.

Se constata de esta forma que ya desde antaño se desarrollan prácticas, según la común distinción, tanto de eugenesia negativa como positiva. La eugenesia negativa, según ROMEO CASABONA, pretende evitar la transmisión de caracteres considerados no deseables mediante procedimientos tradicionales como la esterilización, la contracepción o –de forma más aislada- el aborto o la muerte del recién nacido. La eugenesia positiva, por el contrario, vendría a favorecer la transmisión de caracteres estimados deseables, si bien, reconoce el autor, cuando se ha intentado llevar a la práctica se ha encontrado con escasas posibilidades de éxito, limitándose al fomento de matrimonios de parejas seleccionadas²⁹.

b. Eugenesia en sentido “moderno”: antecedentes inmediatos.

En torno al siglo XVII, no obstante, se comienza a materializar un cambio significativo que pondrá las bases filosóficas sobre las que más adelante se asentará el pensamiento eugenésico de finales del siglo XIX y principios del XX y cuyas líneas de fondo siguen informando hoy en día las actitudes básicas ante las prácticas eugenésicas y su valoración ética. Nos estamos refiriendo, tal y como FLEMMING destaca, al giro que BACON imprime respecto de la contemplación de la ciencia como “poder” que puede llegar a controlar el mundo mediante el adecuado conocimiento de las leyes de la naturaleza. En el contexto de la sociedad del siglo XVII la nueva visión determina una “elevación de lo hecho por el hombre, lo artificial sobre lo natural” contribuyendo así a la impugnación que la ciencia supuso para la religión en aquella época³⁰.

En la misma línea, GRACIA hace referencia a la segunda fase de la historia de la eugenesia que comenzaría, precisamente a partir del siglo XVII, con la obra de DESCARTES, trazando una línea de evolución continua de pensamiento a lo largo de los siglos siguientes hasta prácticamente la década de los años 30 del

²⁸ .- Piénsese, por ejemplo, en la prohibición o reprobación ancestral de determinadas relaciones sexuales como la bestialidad o el incesto; o en el infanticidio de niños deformes llevado a cabo en Esparta. De igual manera se favorecerían matrimonios considerados más propicios para una descendencia adecuada con consortes de determinada edad o en tiempo propicio. GRACIA, *Historia*, pp. 20-23.

²⁹ .- ROMEO CASABONA, *El Derecho*, p. 107. Respecto a la eugenesia positiva en esta primera fase de antecedentes lejanos véase, especialmente, GRACIA, *Historia*, p. 21 ss. que alude a la “Euteknia” o técnicas de generación de seres perfectos.

³⁰ .- FLEMMING, *La ética*, p. 161 ss.

presente siglo XX³¹. El debilitamiento de la teoría del “orden” de la Naturaleza determinará, desde nuestra perspectiva de interés, la progresiva puesta en tela de juicio de su divinidad: esto es, que la Naturaleza sea obra de Dios, no implica necesariamente que ésta sea directamente divina, por lo que la implícita ausencia de finalidad en la Naturaleza deja en manos del hombre la posibilidad de dirigir él mismo su destino y el del mundo³². De nuevo, enlazando con lo ya señalado por *FLEMMING*, asistimos a los primeros pasos que llevarán a la “elevación” del hombre sobre la Naturaleza y que recibirán un impulso definitivo en el siglo XIX al confluir de forma decisiva con el evolucionismo particularmente de *DARWIN*.

Como es sabido, la obra *El origen de las especies* (1859) de *Charles DARWIN* tuvo un impacto espectacular, resultando determinante para el asentamiento definitivo de la teoría de la evolución y la idea de la selección natural como resultado de la lucha por la vida³³. *ROMEO CASABONA* destaca el papel de la obra darwiniana como antecedente y germen de la eugenesia a partir de la interpretación posterior de sus tesis y, particularmente, de la afirmación de *DARWIN* relativa a los efectos dañosos que –supuestamente- se derivarían para la “raza” humana al permitirse que en la sociedad civilizada los miembros débiles propaguen su especie³⁴.

La obra de *GALTON* debe entenderse, según lo visto, como una más de las aplicaciones de las ideas darwinianas, en este caso, dirigida al desarrollo de teorías sobre la herencia y que, partiendo del presupuesto de que también los caracteres mentales –no sólo los somáticos- se heredan, propugna que la eugenesia debería llevar a purificar los caracteres morales de igual manera que la lucha por la existencia de *DARWIN* serviría para purificar los caracteres físicos³⁵.

Ahora bien, junto a *DARWIN*, resulta obligado aludir también al influjo que *GALTON* recibió de *Herbert SPENCER* y, en consecuencia, del naciente

³¹ .- GRACIA, *Historia*, pp. 23-29.

³² .- GRACIA, *Historia*, p. 23.

³³ .- A modo de anécdota *FERNANDEZ*, *Sociología*, p. 60, señala que cuando *El origen de las especies* se publicó el 29 de noviembre de 1859 los 1.250 ejemplares que integraban su primera edición se agotaron el mismo día de su aparición. Al margen de anécdotas, subraya el autor su enorme repercusión en la historia de las ideas desde entonces hasta nuestros días y el hecho de que las tesis de *DARWIN* se convirtieron rápidamente en el centro de preocupación de la Religión, la Ciencia o la Metafísica.

³⁴ .- *ROMEO CASABONA*, *El Derecho*, p. 107.

³⁵ .- GRACIA, *Historia*, pp. 25-27. Eugenesia que podría llevarse a cabo, según *GALTON*, de forma positiva (promoviendo enlaces matrimoniales adecuados) o negativa (limitación de los matrimonios “no convenientes” por razones de salud o taras, así como impedir la reproducción de los individuos indeseables) –p. 27-.

darwinismo social³⁶. Tal y como lo formula FERNANDEZ podría definirse el darwinismo social en un sentido amplio como “un complejo de pensamiento científico, social, teológico y filosófico que fue estimulado y apoyado por la teoría de la evolución de *DARWIN*”³⁷. Pues bien, dentro de esta corriente ideológica *Herbert SPENCER* representa uno de los primeros intentos de trasladar al campo sociológico las tesis evolucionistas, otorgando a la “presión de la población” el papel de motor del progreso de una sociedad en la que sobrevivirían únicamente los más capaces³⁸. De esta forma la eugenesia se conforma a través de *GALTON* y *SPENCER* como un terreno especialmente propicio y permeable a la penetración de corrientes ideológicas de corte radicalmente racista.

En efecto, a la vez que *GALTON* desarrollaba sus tesis eugenésicas y también a partir de la interpretación de las teorías evolucionistas de *DARWIN*, otra de las manifestaciones del darwinismo social se estaba gestando de forma paralela: nos referimos a la versión moderna³⁹ del racismo. Su interés desde el punto de vista del análisis de la eugenesia, reside en que, pese a su relativa independencia respecto del racismo, se va a producir una significativa confluencia histórica de ambas corrientes ideológicas que desembocó en su casi total identificación en el entramado ideológico del nacionalsocialismo de la Alemania de *HITLER*. Es por ello que el pensamiento eugenésico quedó ciertamente estigmatizado por la barbarie nazi con la que desde entonces se asocia como si se tratara, simplemente, de una manifestación ideológica más del racismo y la discriminación.

Desde esta perspectiva, como enseguida indicaremos, la configuración de la tutela antidiscriminatoria, se enfrenta, desde un principio, con el lastre de haber sido la respuesta histórica a los excesos del nacionalsocialismo, por lo que no debería extrañar que también en el campo de las prácticas eugenésicas -en cuanto fenómeno asociado con la barbarie nazi- se preste una especial atención a su potencial discriminatorio, especialmente racista, a la hora de diseñar -como lo hace, por ejemplo, el Código de 1995- una regulación preventiva.

³⁶ .- FLEMMING, *La ética*, p. 170 s. Véase también ROMEO CASABONA, *El Derecho*, p. 108.

³⁷ .- FERNANDEZ, *Sociología*, p. 62.

³⁸ .- FLEMMING, *La ética*, p. pp. 170-172.

³⁹ .- Por limitaciones del objeto del trabajo no vamos a entrar en un análisis del fenómeno del racismo. Por ello, siguiendo a GEISS, *Geschichte*, pp. 17, 19, 151 ss., partimos de que puede situarse en torno a finales del siglo XVIII la utilización del término “raza” en un sentido valorativo -ideológico- de imputación de valores morales y espirituales -positivos o negativos- a presuntas “razas biológicamente constantes”. En el mismo sentido WIPPERMANN, *Was ist Rassismus?*, p. 9, inicia a partir de ese momento histórico su análisis de las ideologías, teorías e investigaciones del racismo.

Por todo lo expuesto, conviene presentar de forma algo más detenida la confluencia histórica entre las corrientes ideológicas de la eugenesia y del racismo para poder desentrañar de forma algo más precisa la relación entre eugenesia, racismo y discriminación.

c. La confluencia histórica de la eugenesia y el racismo en la política nacionalsocialista de *HITLER*. Consecuencias.

Siguiendo a *GEISS*⁴⁰ el racismo se consolida como ideología explicativa y justificativa de la superioridad técnica, militar y material de los europeos en la historia mundial a partir de su expansión transatlántica (1492). Con el desarrollo de la Ilustración y los avances de la revolución industrial se irá configurando y fortaleciendo como un sistema ideológico a ambos lados del Atlántico que alcanzará con el imperialismo el punto máximo de conformación común euroamericana con variantes nacionales en Europa y Estados Unidos. Sin embargo, el conjunto de prácticas racistas que se derivan del desarrollo del moderno colonialismo e imperialismo van a encontrar una legitimación de tipo biológico a partir de mediados del siglo XIX en ideologías de corte socialdarwinista⁴¹.

Tal y como destaca *WIPPERMANN*, el primero que desarrolló una completa teoría del racismo fue el diplomático francés *Joseph Arthur Comte de GOBINEAU* (1816-1882)⁴². En su obra en dos volúmenes *Essai sur l'inégalité des races humaines* (1853/55) compendia un conjunto difuso y contradictorio de ideas racistas cuyo impacto, a juicio de *GEISS*, no dependió tanto de la originalidad de las ideas vertidas cuanto del hecho de haber procedido a la sistematización de las mismas⁴³.

⁴⁰.- *GEISS, Geschichte*, pp. 15, 19 ss., 109 ss., 151 ss.

⁴¹.- *BADER, Rassismus*, p. 15.

⁴².- *WIPPERMANN, Was ist Rassismus?*, p. 14. Conviene subrayar que, como destaca *GRACIA, Historia*, pp. 26 y 27, también *GALTON* aludía en su pensamiento eugenésico al problema –hereditario– del deterioro o degeneración de la raza, apoyándose para ello no sólo en el evolucionismo, sino también en las teorías médicas sobre la herencia y la heredopatología tan en boga y muy desarrolladas por los franceses.

⁴³.- *GEISS, Geschichte*, p. 168.

GOBINEAU defiende la tesis de que el discurrir de la Historia está determinado racialmente y afirma que todas las culturas desarrolladas no han sido sino obra de los "arios"; el resto de las "razas", en consecuencia, son inferiores. El mestizaje de razas, también de la "raza" aria, lleva, en su opinión, a la decadencia, a la degeneración⁴⁴. Según *GEISS*, el influjo de su "pensamiento" fue enorme y, en un principio, no precisamente en Francia sino en Alemania aunque también en Inglaterra y en los Estados Unidos. *GOBINEAU* cumplió la función de aportar por primera vez al racismo un -aparentemente- sólido fundamento "científico"⁴⁵.

Junto a *GOBINEAU* destaca la trascendencia de la utilización del pensamiento de *Charles DARWIN* (1809-1892) para contribuir a cimentar los pilares centrales de este tipo de tesis pseudo-biológicas. Desde este punto de vista se cree poder inferir del pensamiento darwiniano una suerte de "antídoto" contra la "degeneración" de las razas de la que advertía *GOBINEAU*. Al situarse la clave de la evolución de las especies en la lucha por la supervivencia, se proclama que sólo los más fuertes sobreviven. Esta tesis central, en principio limitada al campo de la zoología y la botánica, es finalmente trasladada al terreno de la organización social humana, proponiéndose incluso determinadas medidas para "dirigir" la selección natural⁴⁶.

En la misma línea asegura *GEISS* que la aplicación de los principios darwinistas a la sociedad humana convirtió al socialdarwinismo en una de las corrientes político-intelectuales más fuertes de Europa y Norteamérica que, sin dificultad alguna, resultó funcional al racismo. La teoría de *DARWIN* -y su afirmación de la existencia de razas superiores e inferiores- vino en este sentido a ser utilizada como una suerte de "bendición naturalista" para el racismo. Conviene llamar la atención sobre el hecho de que la citada "bendición naturalista" se produce en un ambiente en el que las ciencias de la naturaleza ganan prestigio de forma rápida y creciente, hasta el punto de cristalizar en sustitutivo moderno de la religión, de suerte que el fundamento "naturalista" a través de la biología suponía una cobertura definitiva en la época⁴⁷.

Las distintas corrientes, evoluciones y derivaciones de este tipo de teorías alcanzaron su manifestación extrema en el holocausto judío y, en general, en las

⁴⁴.- WIPPERMANN, *Was ist Rassismus?*, pp. 14 y 15.

⁴⁵.- *GEISS*, *Geschichte*, p. 169.

⁴⁶.- WIPPERMANN, *Was ist Rassismus?*, p. 15.

⁴⁷.- *GEISS*, *Geschichte*, p. 171.

prácticas racistas llevadas a cabo por la Alemania nacionalsocialista de *Adolf HITLER* cuyo programa se basaba en ideologías antropológicas y sociales racistas así como en la denominada "higiene racial" (eugenesia)⁴⁸. Efectivamente esta corriente ideológica de la eugenesia prendió en diferentes países de Europa y en los Estados Unidos aunque de una manera especial en Alemania donde, posteriormente, fue llevada al extremo en la Alemania nacionalsocialista⁴⁹.

FLEMMING subraya que dado que el principio de "supervivencia de los más capaces" era parte integrante de la teoría de la evolución se llegó así a su utilización para justificar la búsqueda de la pureza e higiene raciales como imperativos biológicos con la ayuda de políticas represivas que practicaban la esterilización, las restricciones del matrimonio, la eutanasia, el aislamiento de los indeseables (eugenesia negativa) y el fomento de la descendencia entre los considerados "superiores" (eugenesia positiva)⁵⁰. *GRACIA* destaca cómo la eugenesia fue convirtiéndose paulatinamente en un procedimiento de eliminación social y de control de la reproducción que, dejando al margen la consideración de los posibles factores ambientales causantes de las taras o defectos, se orientó hacia el control de los factores hereditarios y la eliminación de las taras transmisibles a la descendencia. De esta forma, afirma el autor, se abre la vía que conduciría a la Alemania nazi⁵¹. El nacionalsocialismo de *HITLER*, en efecto, asumió rápidamente el pensamiento eugenésico de forma que, como señala *ROMEO CASABONA*, ya diez años antes de la toma del poder, el nazismo propuso la esterilización por motivos eugenésicos y, finalmente, acabarían identificándose y fundiéndose sus proclamas eugenésicas como un aspecto más de su programa racista y discriminatorio⁵².

⁴⁸.- A partir de la escalofriante experiencia nacionalsocialista ligada a la ideología nacionalsocialista biologicista se observa una "discriminación" en el uso de las palabras "raza" y "racismo" -o su uso entre comillas- por respeto a las víctimas. *GEISS, Geschichte*, p. 17 ss. A juicio de *WIPPERMANN* la pervivencia de dichas palabras en los más modernos libros de biología son un reflejo de la presencia de nuevas formas de racismo biológico a diferencia de países como Francia o Gran Bretaña en los que el racismo es predominantemente "cultural". *WIPPERMANN, Was ist Rassismus?*, p. 31 ss. En cualquier caso, es un hecho que a partir del nacionalsocialismo de *HITLER* el concepto biológico-genético de raza ha quedado desacreditado tanto en el ámbito político como en la investigación científica del racismo. *BADER, Rassismus*, p. 71.

⁴⁹.- *WIPPERMANN, Was ist Rassismus?*, p. 15 ss.; *GEISS, Geschichte*, p. 171 ss. Véase, también, *ROMEO CASABONA, El Derecho*, p. 109 que subraya, especialmente, la temprana recepción llevada a cabo en los países escandinavos y en el Reino Unido, además de en la Alemania nazi.

⁵⁰.- *FLEMMING, La ética*, pp. 171 y 172.

⁵¹.- *GRACIA, Historia*, p. 27.

⁵².- *ROMEO CASABONA, El Derecho*, p. 109, alude a la Ley para la prevención de las enfermedades hereditarias en la descendencia (*Gesetz zur Verhütung erbkranken Nachwuses*) de 14 de julio de 1933 y a una Orden de 18 de julio de 1935 como el efecto jurídico inmediato de su ideario a los que siguieron miles de esterilizaciones forzosas, el programa eutanásico de 1 de septiembre de 1939 o, ya en 1943, la autorización del aborto de mujeres no pertenecientes a la raza aria.

Ahora bien, el hecho de que se produjera una confluencia histórica en los dramáticos acontecimientos de la Alemania nazi entre el pensamiento eugenésico y la ideología racista y xenófoba de aquél régimen⁵³ no significa que ambas corrientes hayan de ser identificadas hasta el punto de partir del presupuesto de que la eugenesia sea, en todo caso, una manifestación racista o xenófoba. Como acertadamente subraya FLEMMING, a pesar de que popularmente la eugenesia se asocie con el nazismo, el pensamiento eugenésico ya tenía su propia autonomía y orientación antes de la 2ª Guerra Mundial, remontándose a autores como MALTHUS, Charles DARWIN, Francis GALTON, Herbert SPENCER y muchos otros. En definitiva, la eugenesia no fue el resultado de una teoría racista y tampoco es un producto ideológico específicamente nazi⁵⁴.

El pensamiento racista y el eugenésico, en definitiva, son teóricamente autónomos y no tienen por qué identificarse. Ahora bien, no cabe desconocer que, desde el punto de vista de la historia del pensamiento eugenésico, su confluencia con la ideología racista y discriminatoria nazi, marcó un antes y un después que determinó un desprestigio evidente de la eugenesia y arraigó la sospecha de su potencial instrumental racista y discriminatorio. Debe tenerse en cuenta que la consolidación de la tutela antidiscriminatoria como un sistema autónomo y específico respecto del principio genérico de igualdad fue un proceso paulatino que precisamente arranca de forma definitiva después de la victoria aliada en la 2ª Guerra Mundial⁵⁵. Por ello el propio concepto de discriminación y el sistema de tutela jurídica a que dará lugar, tiene muy presente el referente de la ideología racista y discriminatoria por excelencia: el nazismo. Así, aunque con el paso del tiempo su conceptualización tenderá a generalizar las causas de discriminación sobre las que ha de proyectarse, el núcleo originario se conforma en torno al problema del racismo y particularmente en relación a la versión nazi del mismo. No debe, en consecuencia, extrañar que la asociación entre eugenesia y racismo a nivel popular, se tienda a trasladar, también, al sistema de tutela antidiscriminatoria tan impregnado desde sus orígenes del acontecimiento clave del nazismo que los asoció y marcó a fuego, desde entonces, en la conciencia de la humanidad.

⁵³ .- FLEMMING, *La ética*, pp. 169 y 170, va más allá al considerar como un hecho de la historia moderna los vínculos entre eugenesia y racismo, y entre genética y eugenesia.

⁵⁴ .- FLEMMING, *La ética*, p. 172.

⁵⁵ .- Efectivamente, existe unanimidad a la hora de reconocer al conjunto de instrumentos internacionales aprobados tras la 2ª Guerra Mundial el haber cumplido la función de consolidar y extender el sentido "peyorativo" de la discriminación. Véase, por todos, ERMACORA, *Diskriminierungsschutz*, p. 7 ss.; RODRIGUEZ-PIÑERO/FERNANDEZ LOPEZ, *Igualdad*, p. 88 ss.

B. El nuevo pensamiento eugenésico tras la 2ª Guerra Mundial.

Ya indicábamos que los excesos racistas del nacionalsocialismo determinaron un antes y un después en la historia del pensamiento eugenésico por el descrédito y estigma que supusieron⁵⁶. De forma añadida, en cualquier caso, también los avances en genética habían contribuido, en no poca medida, al debilitamiento del movimiento eugenésico que se manifestó con claridad en su pérdida de pujanza a partir de los años 30⁵⁷. GRACIA sitúa así la tercera y última fase de la historia de la eugenesia a partir, precisamente, de los avances en Biología molecular que tendrían su origen en un programa eugenésico de la Fundación *Rockefeller*⁵⁸.

La nueva situación del pensamiento eugenésico muestra así cierto grado de continuidad con su pasado inmediato, pero parece claro que de forma dominante el debate se plantea en otros términos. El cambio de perspectiva viene facilitado, como expone ROMEO CASABONA, gracias a los nuevos descubrimientos sobre el genoma humano así como al desarrollo, perfeccionamiento y ampliación de las técnicas de reproducción asistida. En particular señala el autor diversos frentes a través de los cuales cabe un replanteamiento de las corrientes eugenésicas “clásicas” de finales del siglo XIX y principios del XX. En primer lugar, destaca el potencial eugenésico de los análisis genéticos “por su valor predictivo incluso para individuos asintomáticos y por la información indirecta que suministran sobre los familiares del sujeto sometido al análisis”⁵⁹. De forma aún más concreta, son precisamente los análisis genéticos que se pueden llevar a cabo en relación a la reproducción, los que mayores posibilidades eugenésicas abrirían: así en el caso del diagnóstico preconcepcivo –practicado a parejas antes de procrear-; o del diagnóstico prenatal al feto; o del diagnóstico preimplantatorio en el cigoto *in vitro* antes de su transferencia a la mujer. El avance de estas técnicas, aunque no de forma necesaria, permite su utilización eugenésica –de eugenesia negativa- dirigida a evitar las transmisión de enfermedades o el desarrollo de descendencia con graves patologías⁶⁰.

⁵⁶ .- FLEMMING, *La ética*, p. 172; GRACIA, *Historia*, p. 29.

⁵⁷ .- ROMEO CASABONA, *El Derecho*, p. 109.

⁵⁸ .- GRACIA, *Historia*, p. 29 ss.

⁵⁹ .- ROMEO CASABONA, *El Derecho*, p. 110.

⁶⁰ .- ROMEO CASABONA, *El Derecho*, p. 110. Véase también HIGUERA GUIMERA, *El Derecho*, p. 539 ss.

Ahora bien, parece ser que es aún mayor el terreno abonado desde el punto de vista de la eugenesia positiva. ROMEO CASABONA alude, en este sentido, al estado actual de las técnicas de reproducción asistida que harían posible una eventual selección de gametos o cigotos “sanos” o, yendo más allá, portadores de “determinadas” características. De igual manera el denominado cribado genético (*genetic screening*), esto es, el análisis genético a grupos de población, tendría también un evidente potencial de eugenesia positiva (aunque también negativa). Por último la ingeniería genética o del ADN recombinante abriría sobre todo a futuro nuevas vías de perfeccionamiento o selección de la especie mediante la terapia génica en la línea somática y germinal⁶¹.

Parece evidente, después de esta somera exposición de las nuevas perspectivas, que el avance científico está posibilitando por primera vez que las eventuales prácticas eugenésicas “positivas” –de eugenesia positiva- tengan expectativas de desarrollo mucho mayores que las de eugenesia negativa. Esto vendría a caracterizar la nueva situación histórica frente al pasado en la medida en que cabe algo más que la promoción de matrimonios “deseables”. Sin embargo, no es esta la diferencia esencial de la nueva situación. Según ROMEO CASABONA las nuevas corrientes eugenésicas presentarían notables diferencias respecto de sus antecedentes históricos inmediatos hasta el punto de que sugiere agruparlas bajo la denominación de “*neoeugenesia*”⁶², precisamente para remarcar la disimilitud. La eugenesia actual tendría a su alcance un potencial mucho mayor de intervención efectiva que en el pasado debido a la precisión de los nuevos conocimientos, lo que nos situaría ante posibles objetivos de tal poder de seducción –así, la erradicación de enfermedades como el cáncer o el sida- que difícilmente cabría un rechazo absoluto a asumir algún tipo de riesgo para su hipotética consecución. Pero, aún subraya el autor otra diferencia, a nuestro juicio más importante y esencial, entre la eugenesia “clásica” y la neoeugenesia: a saber, que mientras que aquella –la clásica- se dirigía a los efectos sociales inmediatos de sus prácticas para la consecución de una mejora y protección de la “raza”, ésta, la neoeugenesia, se plantearía únicamente en términos de salud individual. No se trataría ya, con otras palabras, de un problema social, sino de una cuestión a resolver en el contexto de la relación entre el médico y el paciente, a partir de la consideración de la salud de los propios interesados y de las generaciones futuras. Generaciones que serían titulares de un derecho a la salud –a nacer sanos- frente a sus progenitores y sus facultades o libertades reproductivas⁶³.

⁶¹ .- ROMEO CASABONA, *El Derecho*, pp. 110-111. En el mismo sentido HIGUERA GUIMERA, *El Derecho*, pp. 539, 540 y 545 ss.

⁶² .- Término también utilizado en el mismo sentido por HIGUERA GUIMERA, *El Derecho*, p. 539.

⁶³ .- ROMEO CASABONA, *El Derecho*, p. 111.

El nuevo planteamiento de la cuestión contribuye, a nuestro juicio, a desandar en cierto modo el camino que ayudó a recorrer el nazismo y que llevó a que las aspiraciones eugenésicas se materializaran en un auténtico programa de actuación sistemática racista y xenófoba. Parece que al reducirse la cuestión a un problema de salud individual se dificulta que pueda convertirse en una pantalla ideológica para justificar o facilitar actuaciones de exclusión o eliminación de grupos étnicos o sociales considerados marginales o indeseables. La nueva perspectiva no contempla la mejora de la “raza” o la especie en su conjunto como un interés colectivo al que cabe supeditar la dignidad humana de las personas pertenecientes a presuntos grupos “inferiores”. La eugenesia en cuanto cuestión de salud individual parte del presupuesto de la igual dignidad de todos y cada uno de los seres humanos, de suerte que las prácticas eugenésicas encontrarán justificación en la medida en que aquélla sea respetada. Ahora bien: ¿que la neoeugenesia hoy no se plantee abiertamente como una ideología racista o xenófoba supone que no entraña ningún potencial discriminatorio?

Según *FLEMMING* la eugenesia no es racista *per se*, esto es, no depende en su existencia de la ideología racista o de la ideología nazi en particular, a pesar de que la eugenesia se vea asociada popularmente a la ideología nacionalsocialista de *HITLER*. La eugenesia se definiría entonces como “el modo de pensar que considera que algunas personas son menos valiosas que otras, **son inferiores**, una carga para la comunidad, y sus vidas no merecen la pena ser vividas, y que propone políticas y actividades que garanticen el que nazcan cada vez más niños de las personas que más valen y cada vez menos niños de las personas que menos valen”⁶⁴. De aceptarse esta definición, en efecto la eugenesia no tiene por qué ser necesariamente racista, esto es, no tiene por qué implicar que se asume que dentro de la especie humana hay diferentes razas biológicamente constantes en una relación entre sí de jerarquía “natural”, esto es, de inferioridad y superioridad⁶⁵. Sin embargo, sí que implica poner en tela de juicio el principio de igualdad en la medida que se acepta la inferioridad y la superioridad: supondría, desde un punto de vista radical, la negación de la igual dignidad humana entre todos los seres humanos pues “algunos” resultarían infravalorados, inferiores,

⁶⁴ .- *FLEMMING, La ética*, p. 172 (subrayado nuestro).

⁶⁵ .- A pesar de la ausencia de una delimitación o definición satisfactoria y pacífica de “raza” o “racismo”, existe cierto consenso a la hora de identificar el racismo como un fenómeno fundamentalmente socio-valorativo, de suerte que lo característico del mismo consiste en la adscripción valorativa en términos de superioridad o inferioridad a presuntas “razas” entendidas como categorías naturales. Véase, en este sentido, *BADER, Rassismus*, p. 65; *GEISS, Geschichte*, p. 15; *DE LUCAS, El racismo*, p. 22; *MILES, Racism*, p. 42 ss.; *WIPPERMANN, Was ist Rassismus?*, p. 9.

titulares de una vida de segunda categoría, vida que no merecería la pena ser vivida.

La eugenesia se sitúa según lo visto en un delicado equilibrio en la medida en que debe partir, por definición, de un criterio valorativo de qué es lo “mejor” cuando de mejorar la especie se trata. Sin duda, a nuestro juicio, la eugenesia entraña, en cuanto tal, un “**potencial discriminatorio**” que se proyectaría, según los planteamientos eugenésicos actuales, en forma de desvaloración para las personas enfermas o con taras, tanto físicas como mentales. Esta consideración general no prejuzga, no obstante, la valoración de cada una de las prácticas eugenésicas en concreto, sino que viene a llamar la atención sobre el principio último sobre el que se articula el pensamiento eugenésico y los riesgos potenciales a que apunta⁶⁶.

Desde el punto de vista del “potencial discriminatorio” que la eugenesia entraña se vislumbra un primer “puente” entre la neoeugenesia y la eugenesia “clásica” previa a la 2ª Guerra Mundial. Pero, como acertadamente señala ROMEO CASABONA, no sería el único. Al igual que en el pasado, hoy también pervive la tentación de llevar a cabo prácticas de eugenesia **coactiva**, incluso acompañadas del establecimiento de prioridades sobre las prestaciones sanitarias y sociales y costes económicos en relación con los discapacitados o con el crecimiento demográfico. La imposición de análisis genéticos a cuyo resultado se condicionan limitaciones o restricciones al matrimonio, por ejemplo, o los efectos indirectos de prácticas eugenésicas que se derivan de políticas de planificación familiar muy rígidas, serían ejemplos de coerción que acercaría la neoeugenesia a su tradición más reciente. Sin duda se trata de supuestos en que la coerción directa o indirecta obedece a la preferencia de intereses colectivos –objetivos de salud pública o

⁶⁶.- Hasta qué punto las prácticas eugenésicas pueden llegar a ser actos discriminatorios jurídicamente relevantes es una cuestión diferente y de gran complejidad. Como ya señalábamos *supra*, apartado I.1., la discriminación, en cuanto concepto autónomo y diferente del principio de igualdad, supone un acto de diferenciación que por sus motivos entraña una negación de la dignidad humana, pero que, a la vez, se dirige contra un sujeto perteneciente a grupos marginados histórica y actualmente, de suerte que el perjuicio que el acto discriminatorio entraña, presente un daño individual y colectivo de suficiente entidad. Parece dudoso que quepa hablar del colectivo de enfermos en el Estado español como un grupo “discriminado” histórica y actualmente. Véase, en este sentido, el estudio de las categorías sospechosas de discriminación de RODRIGUEZ-PIÑERO/FERNANDEZ, *Igualdad*, p. 175 ss., en el que no se hace referencia a la enfermedad como tal.

Por otra parte, aludimos a un cierto “potencial” discriminatorio en la medida en que el “perjuicio” que la discriminación entraña –y que a la vez determina su propia existencia- admite diversos grados de relevancia, de manera que cabe una discriminación jurídica –si se afectan derechos- o social –si no hay afección de derechos-. La eugenesia entraña, sin duda, un refuerzo en términos sociales de la valoración/desvaloración de la salud/enfermedad y, también, de los sujetos sanos y enfermos. Pero eso no supone todavía dar por supuesto que las prácticas eugenésicas suponen discriminaciones jurídicas que afectan a derechos.

económicos- pero desprovista de cualquier tinte de selección o discriminación racial⁶⁷.

En definitiva, recapitulando, las evidentes diferencias entre las nuevas corrientes neoeugenésicas respecto de sus antecedentes no excluyen dos líneas de continuidad de especial relevancia de cara a una eventual regulación jurídica preventiva: por un lado, el riesgo del potencial discriminatorio que entraña –no necesariamente de discriminación racista-; y, por otro lado, aunque también relacionado con el anterior, el riesgo que entraña la pervivencia de la tentación de imponer coactivamente prácticas eugenésicas. A la luz de lo expuesto, veamos a continuación hasta qué punto la normativa penal en la materia está en disposición de dar una respuesta adecuada a esta compleja problemática particularmente desde el punto de vista de su potencial discriminatorio.

II. Segunda parte. Regulación penal y prácticas eugenésicas discriminatorias: la selección de la “raza”.

Ante la amplitud del elenco y heterogeneidad de posibles prácticas eugenésicas –tanto de eugenesia negativa como positiva- y su potencial discriminatorio, incluso desde el punto de vista de su regulación exclusivamente penal⁶⁸, resultaría imposible un estudio en profundidad de conjunto. Por ello, vamos a centrarnos únicamente en la regulación que el Código penal de 1995 dedica específicamente a la manipulación genética –Título V del Libro II- por cuanto parece responder a la voluntad de intervención contra prácticas graves que puedan llevarse a cabo en el marco de lo que hemos denominado la neoeugenesia. Dentro de las distintas conductas prohibidas del citado Título V nos limitaremos más todavía al fijarnos exclusivamente en la única disposición que contiene una mención literal expresa que parece atender al peligro de una utilización racista –y por tanto discriminatoria- al prohibir los “procedimientos dirigidos a la selección de la raza” (artículo 161-2º).

Ahora bien, desde un principio debe subrayarse que la mención en el artículo 161-2º exclusivamente de la “raza” resulta perturbadora y dificulta la interpretación *de lege lata*. No resulta sencillo identificar el sentido de protección de este precepto y menos aún desde la perspectiva de la regulación general del Código penal en relación a conductas discriminatorias. Hemos de recordar al

⁶⁷ .- ROMEO CASABONA, *El Derecho*, pp. 112 y 113.

⁶⁸ .- Para una visión global de la eugenesia en relación al Derecho penal véase, HIGUERA GUIMERA, *El Derecho*, p. 537 ss. También ROMEO CASABONA, *El Derecho*, p. 103 ss. desde la perspectiva más específica de su proyección racista.

respecto que en los preceptos denominados antidiscriminatorios –por ejemplo, en la agravante genérica (art. 22-4º) o en el delito de discriminación laboral (art. 314), etc- no se hace referencia a la actuación por motivos o causas únicamente relativos a la “raza”, sino que, de forma añadida, se proyecta la correspondiente prohibición penal sobre todo un prolijo elenco de causas o razones presuntamente discriminatorias como el sexo, orientación sexual, ideología, religión, etc. ¿Por qué en el campo de la manipulación genética, sin embargo, se hace referencia únicamente a la “raza”?

El análisis del artículo 161-2º nos llevará así a preguntarnos por el verdadero sentido de su aparente vocación antirracista respecto de otros preceptos antidiscriminatorios con los que debe explicarse su relación y coordinación sistemática. La exposición crítica de estos aspectos determinará que, en definitiva, tras una propuesta interpretativa del sentido de protección de conjunto del tipo penal, sugiramos las líneas *de lege ferenda* conforme a las cuales entendemos que cabría diseñar un programa regulativo más racional y adecuado a los nuevos riesgos a que apunta la nueva situación histórica de las corrientes neoeugenésicas. La propuesta *de lege ferenda* tendrá particularmente en cuenta la nueva problemática que representa la actual situación histórica, pero también los posibles intentos de revivir excesos eugenésicos que enlazarían más directamente con el pasado reciente y cuyo acomodo penal, a nuestro juicio, debería de buscarse en otros preceptos del Código como en seguida indicaremos.

II.1. La prohibición de “procedimientos dirigidos a la selección de la raza” (art. 161-2º): interpretación de *lege lata*.

Dentro del Título V, referido a los "Delitos relativos a la manipulación genética", el artículo 161-2º castiga con la pena de prisión de uno a cinco años e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio de seis a diez años, la creación de seres humanos idénticos por clonación u otros procedimientos dirigidos a la selección de la raza.

A la luz de esta confusa⁶⁹ redacción típica caben dos entendimientos diferenciados de su alcance. Por un lado se podría sostener que en realidad se prohíbe la creación de seres humanos idénticos, conducta básica que puede llevarse a cabo mediante clonación u otros procedimientos dirigidos a la selección de la raza. Por otro lado, sin embargo, cabe entender el precepto en el sentido de que se castigan dos conductas alternativas: o bien la creación por clonación de seres humanos idénticos, o bien otros procedimientos dirigidos a la selección de la raza.

⁶⁹.- Véase, por todos, DE LA CUESTA ARZAMENDI, *Los llamados*, p. 70; ROMEO CASABONA, *El derecho*, p. 128.

ROMEO CASABONA subraya la deplorable técnica de descripción típica que atenta contra los principios de taxatividad y de seguridad jurídica y, a pesar de reconocer que son posibles ambas interpretaciones conforme a la literalidad del precepto, se decanta por la más amplia, esto es, la que considera que se prohíben dos conductas de forma alternativa. Para ello arguye que la gravedad de las acciones a las que se dirige la prohibición justifica que se opte por una punición amplia⁷⁰ que evite forzar un entendimiento del precepto excesivamente restrictivo según el cual sólo fuera castigada la clonación que se dirige a la selección de la raza –y no con otros fines, por ejemplo, los meramente reproductivos⁷¹. Es este un argumento material con el que coincidimos plenamente y que determina que sólo en la segunda de las conductas típicas –(utilización de) procedimientos dirigidos a la selección de la raza– se restrinja la proyección del tipo penal al ámbito “racial”.

Si partimos, pues, de la interpretación expuesta, la conducta de clonación no parece que apunta a un sentido de protección que tome en consideración de forma especial su potencial discriminatorio⁷² como, por otra parte, lo confirma el sector doctrinal que ha tomado postura sobre el objeto de tutela de esta prohibición. En efecto, la doctrina dominante señala como bien jurídico protegido la identidad e irrepetibilidad del ser humano⁷³⁷⁴.

Más polémico y de mayor dificultad de delimitación resulta, sin embargo, el sentido de protección del segundo inciso. La doctrina de forma incipiente ya ha comenzado a apuntar la especificidad del objeto de tutela. En efecto, QUERALT JIMENEZ se refiere al artículo 161-2º como el relativo a la "eugenesia". Según este autor, el precepto perseguiría hacer frente –siguiendo al derecho comparado y

⁷⁰.- ROMEO CASABONA, *El Derecho*, p. 128 ss. MORILLAS CUEVA, *Curso*, p. 187, opta también por esta interpretación para evitar una incriminación restrictiva de las formas de selección de la raza. En el mismo sentido, con base en argumentos sistemáticos, por todos, SUAREZ GONZALEZ, *Comentarios*, p. 457.

⁷¹ .- ROMEO CASABONA, *El Derecho*, pp. 129 y 130, a la vez que se refuerza la argumentación a partir del sentido originario de estas disposiciones tal y como estaban recogidas en la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción asistida. En la misma línea crítica sobre la falta de acierto a la hora de refundir el contenido de las infracciones de la citada ley en la figura penal del actual 161-2º véase también, por todos, PERIS RIERA, *La regulación*, p. 180 (quien se refiere en concreto a la redacción en fase todavía de Proyecto).

⁷² .- Cuestión distinta, y en la que no vamos a entrar, sería la de determinar que precepto o preceptos deberían además ser objeto de aplicación en caso de que la conducta de clonación persiguiera además de forma clara y reconocible una finalidad discriminatoria. En tal supuesto podría aplicarse la agravante genérica del artículo 22-4º o, en su caso, cabría un concurso de delitos entre el artículo 161-2º y el artículo 510.

⁷³.- Véase, en este sentido, por todos, DE LA CUESTA ARZAMENDI, *Los llamados*, p. 68; GRACIA MARTIN, *Comentarios*, pp. 689 y 690; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal*, p. 130; ROMEO CASABONA, *El Derecho*, pp. 130 y 131.

⁷⁴ .- Véase, también, con matices, GONZALEZ CUSSAC, *Comentarios*, p. 831; HIGUERA GUIMERA, *Genética*, p. 247 ss.; PERIS RIERA, *La regulación*, pp. 180 y 181.

recomendaciones del Consejo de Europa- a la eugenesia o selección de la raza, mediante la cual se pondría en peligro, no sólo la dignidad humana individualmente considerada, sino también el propio futuro de la especie humana⁷⁵. ROMEO CASABONA, aunque reconoce y subraya las dificultades a la hora de identificar el bien jurídico, hace también mención expresa a la afección de la integridad genética de la especie humana con un propósito eugenésico y racista y una potencialidad discriminatoria. El bien jurídico así configurado presentaría de forma primordial una dimensión colectiva⁷⁶.

A nuestro juicio resulta oportuno destacar la preponderancia de la dimensión colectiva del objeto de tutela que acertadamente se sitúa en principio en torno a la integridad genética de la especie humana. Ahora bien, lo que resulta de mayor dificultad interpretativa es el hecho de que sólo resulte típicamente relevante, no ya cualquier selección de caracteres biológicos, sino únicamente la predeterminación de los caracteres raciales. Y esta especificidad es la que urge a una delimitación aún más precisa del objeto de tutela a partir del daño supraindividual a que apuntarían los procedimientos de selección de la "raza".

No habría dificultad en reconocer como objeto de tutela la integridad genética de la especie humana si la formulación típica comprendiera otras causas de selección como, por ejemplo, la del sexo, pero también la de otros caracteres biológicos. En tal supuesto las causas de selección específicas que determinarían la alteración de la integridad genética de la especie humana perderían en cierto sentido relevancia en cuanto tales, reforzándose la lógica de que lo que al fin y al cabo pretende prevenirse es la **predeterminación genética artificial** –sea cual sea el criterio de selección- por sus consecuencias para el **equilibrio genético del conjunto de la humanidad**. Pero a la luz de la conducta típica no tiene relevancia penal la utilización de procedimientos de selección del sexo, el color de los ojos o del pelo, etc, y, sin embargo, también supondrían una predeterminación del contenido genético. Todo apunta, en consecuencia, a que el criterio racial de selección debe ser determinante a la hora de identificar el sentido de protección y que debe buscarse en su potencial discriminatorio, especial y de mayor gravedad, las razones de su incriminación y el rechazo del castigo penal de otros criterios de discriminación o selección.

⁷⁵.- El autor rechaza, por otra parte, el término "raza" prefiriendo la utilización de "especie". QUERALT JIMENEZ, *Derecho penal*, pp. 53 y 54.

⁷⁶.- ROMEO CASABONA, *El derecho*, pp. 131 y 132. Debe destacarse que el autor también alude a la importancia como *ratio legis* de la diversidad biológica como garante a largo plazo de la supervivencia de las especies y en este caso la humana. En este mismo sentido, GRACIA MARTIN, *Comentarios*, pp. 689 y 690. También menciona ROMEO CASABONA la eventual lesión de la dignidad humana de las personas que llegaran a nacer pero, expresamente, subraya que esta dimensión no aparece directamente protegida (*op. cit.*, p. 132).

Según lo dicho el sentido de protección del inciso último del artículo 161-2º quedaría en cierto modo al margen de una lógica puramente antidiscriminatoria general y recogería, de forma más concreta, la prohibición de la alteración de la **integridad genética de la especie humana en su aspecto de diversidad racial**. Con otras palabras, interesa proteger el equilibrio genético de la especie humana, pero se considera que dicho bien jurídico sólo debe ser merecedor de tutela específicamente penal cuando la forma de ataque reviste una gravedad especial por el daño social que entraña; esto es, al incriminarse únicamente los procedimientos de selección de la “raza” se está prejuzgando que la predeterminación de la “raza” es la que generaría un mayor grado de daño social que haría proporcionada la respuesta penal. Para otros procedimientos de selección, como por ejemplo, los dirigidos a la predeterminación del sexo, bastaría en principio con otra clase de respuestas como la prohibición administrativa ya que no se considerarían a la postre conductas tan graves como las incriminadas.

La descripción típica del artículo 161-2º al otorgar relevancia penal no ya a los procedimientos de predeterminación de caracteres biológicos, sino únicamente a los de selección de carácter racial, proyecta así la prohibición contra una conducta pluriofensiva: no basta con la afección del bien jurídico constituido por la integridad genética de la especie humana, además debe producirse la afección precisamente respecto del contenido genético que determina la “raza”, de suerte que el daño social que genera la selección racial apunta también ineludiblemente al potencial discriminatorio contra grupos raciales especialmente vulnerables. El objeto de tutela configurado en torno a la integridad genética en su aspecto de diversidad racial resulta así típicamente afectado cuando la conducta de selección despliega de forma reconocible su efecto discriminatorio con las consecuencias de marginación y exclusión sistemática, en este caso, sobre todo del grupo racial de referencia; consecuencias, pues, de daño social colectivo, que afectan a su vez al conjunto de la sociedad que aspire a una ordenación igualitaria –principio de igualdad- en el contexto de un Estado social y democrático de Derecho. El injusto material, insistimos, comprende así ambos aspectos –afección de la integridad genética y afección discriminatoria de grupos raciales vulnerables-, resultando también evidente la dimensión colectiva o supraindividual del objeto de tutela desde el punto de vista del potencial discriminatorio racial.

A favor de la interpretación descrita pueden esgrimirse dos argumentos que contribuirían a justificar y explicar por qué el legislador ha optado por incriminar únicamente la selección racial: por un lado un argumento de carácter sistemático fruto de comparar la génesis legislativa de la prohibición a estudio con la de otros preceptos de vocación antidiscriminatoria más general; y, por otro lado, un argumento

de carácter material derivado de la especial vulnerabilidad histórica y actual de los colectivos precisamente étnicos frente a discriminaciones u otras manifestaciones agresivas o de rechazo.

En efecto, la génesis legislativa del actual artículo 161-2º revela que el precepto no sufrió alteraciones ni ampliaciones en su tenor literal durante su discusión parlamentaria a diferencia de otras disposiciones a las que el legislador quiso claramente imprimir una orientación antidiscriminatoria general. El Proyecto de 1994 no contemplaba en principio la inclusión de la figura delictiva a estudio sino que, mediante una transformación del Capítulo VI de la Ley 35/1988 de 22 de noviembre sobre Reproducción Asistida Humana, se pretendía la creación de un conjunto de "infracciones y delitos" de forma independiente en dicha ley. A tal fin la disposición final tercera del Proyecto de 1994 preveía la incriminación, en idénticos términos literales a los actuales, de la creación de seres humanos por clonación u otros procedimientos dirigidos a la selección de la raza (art. 22-2)⁷⁷.

La Comisión de Justicia e Interior del Congreso en su sesión de 21 de junio de 1995⁷⁸ procede a la incorporación, entre otras, de esta figura delictiva al articulado del Proyecto⁷⁹, con la misma redacción típica que tenía en el seno de la disposición final tercera aludida y que mantendrá sin variaciones hasta su conversión definitiva en el nuevo artículo 161-2º del Código penal de 1995.

Como decíamos esta figura delictiva sigue, desde el punto de vista de su génesis legislativa, una lógica independiente al margen de los restantes preceptos antixenófobos y antidiscriminatorios, prueba evidente de lo cual lo constituiría el hecho de que se alude exclusivamente a la selección racial y no a otras causas. A modo de ejemplo, en el caso del artículo 510 del Código penal cuyo tenor literal definitivo hace referencia a un amplio elenco de causas prohibidas de provocación (raza, etnia, sexo, orientación sexual, ideología, etc.), la génesis legislativa demuestra que la ampliación de motivos o razones típicas obedeció a la voluntad del legislador de generalizar la protección penal a otros grupos discriminados. En concreto, del conjunto de enmiendas presentadas en el Senado va a resultar la definitiva transformación del delito de provocación en un tipo más general al proyectarse el

⁷⁷.- CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, *Proyectos de Ley*, 26 de septiembre de 1994, Núm. 77-1, p. 89.

⁷⁸.- En ejecución del acuerdo de la Mesa del Congreso de los Diputados de 20 de junio de 1995 en relación al criterio a adoptar por la Ponencia de la Comisión de Justicia e Interior con respecto a la inclusión de preceptos orgánicos en Leyes ordinarias vigentes. CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, *Proyectos de Ley*, 26 de junio de 1995, Núm. 77-10, pp. 663 y 664.

⁷⁹.- Como artículo 158 bis c) 2. CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, *Proyectos de Ley*, 27 de junio de 1995, Núm. 77-11, pp. 665 y 666.

conjunto de la figura delictiva no ya sobre la xenofobia en sentido amplio (raza, etnia, origen nacional), sino, también, sobre otro tipo de universos conductuales en la línea del principio de igualdad genérico.

La gran mayoría de las enmiendas presentadas apuntan en este sentido de ampliación de causas típicas⁸⁰ y todas ellas resultaron aceptadas en el propio "Informe de la ponencia" del Senado a partir, esencialmente, del consenso que se logró suscitar en torno a una trascendental enmienda del Grupo Socialista que aspiraba a una completa y definitiva remodelación del precepto⁸¹. El delito de provocación en su conjunto deja de ser a estas alturas exclusivamente "antixenóforo", dados los nuevos supuestos sobre los que se proyecta: los ideológicos, los de tipo sexual, así como los de enfermedad. La razón que mueve al legislador a semejante ampliación entra en la lógica de "homogeneizar" y "uniformizar" el conjunto de preceptos antidiscriminatorios⁸². El concepto de discriminación y su entendimiento en sentido amplio lleva así al legislador a olvidar el punto de partida fijado más en torno al problema racial y xenóforo y desemboca en la reorientación del tenor típico de la provocación xenófora hacia una figura delictiva más general y omnicomprensiva de corte antidiscriminatorio o, más precisamente, de protección del principio de igualdad.

En el supuesto del artículo 161-2º el legislador, por el contrario, no introduce en la discusión parlamentaria modificación ampliatoria alguna, marginándose en este caso la lógica de la "homogeneización" y "coherencia" de supuestos respecto del principio de igualdad o de interdicción de la discriminación. Puede así interpretarse que respecto de los procedimientos de selección en el marco de los delitos de

⁸⁰.- En concreto pretendiendo la ampliación del delito al supuesto de "orientación sexual" (enmiendas 91 y 154); al supuesto de "homofobia" (enmiendas 92 y 701); y "sexo" (enmiendas 700 y 702). SENADO, *Proyectos de Ley, 21 de septiembre de 1995, Núm. 87 (c)*, pp. 128, 145, 295 y 296.

⁸¹.- Se trata de la Enmienda núm. 410 cuyo tenor literal era el siguiente:

Artículo 502

1. Los que provocaren a la discriminación, el odio o la violencia contra grupos o asociaciones, por razón de su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía, serán castigados con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses.

2. Serán castigados con la misma pena los que, con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad, difundieren informaciones injuriosas sobre grupos o asociaciones en relación a su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía.

SENADO, *Proyectos de Ley, 21 de septiembre de 1995, Núm. 87 (c)*, p. 219.

⁸².- En la enmienda sobre la que se basa la transaccional del párrafo 1º se justifican las transformaciones referentes a las causales en coherencia con la voluntad del legislador de ir hacia una enumeración "más omnicomprensiva". SENADO, *Proyectos de Ley, 21 de septiembre de 1995, Núm. 87 (c)*, Enmienda 410, Justificación, p. 219.

manipulación genética, el legislador entiende que sólo se requiere una intervención preventiva penal respecto de actuaciones racistas por su especial gravedad.

Pero no sólo la génesis legislativa del artículo 161-2º confirma en cierto modo el carácter especialmente grave de la selección racial hasta el punto de ser el único criterio objeto de castigo penal. También desde el punto de vista del concepto de discriminación cabría esgrimir un argumento material a favor de aceptar que las actuaciones discriminatorias pueden ser más o menos graves en función de la situación actual e histórica del grupo de referencia sobre el que se proyecta la discriminación.

En efecto, tal y como subrayábamos al analizar el concepto de discriminación, si algo le caracteriza y especifica como autónomo es que las causas o criterios que informan la actuación diferenciadora son especialmente “odiosas”, reprobables, porque atentan de manera especial contra la dignidad humana y el principio de igualdad material o sustancial. No cualquier diferenciación arbitraria es una discriminación, sino que sólo cuando el grupo discriminado responde a una determinada situación histórica y actual de marginación social sistemática, el daño que produce la actuación diferenciadora opera, tanto a nivel individual como supraindividual, con la intensidad y gravedad que nos permite calificarla, no sólo de mera transgresión del principio de igualdad, sino, más allá, de auténtica discriminación. El acto discriminatorio entonces proyecta toda la fuerza estigmatizadora y perturbadora sobre el individuo discriminado e, igualmente, sobre todo el colectivo de pertenencia además de sobre el conjunto de la sociedad. Cada acto individual consolida así eficazmente la discriminación de todo un grupo contribuyendo a reproducir, arraigar y prolongar en el tiempo la marginación histórica del colectivo y a mantener un potencial de desequilibrio entre grupos dentro de la sociedad.

De conformidad con lo expuesto, no todo criterio de diferenciación tiene por qué ser discriminatorio en sentido estricto, ni tampoco todas las actuaciones discriminatorias albergan el mismo potencial de daño. Parece, sin embargo, fuera de dudas, que el criterio de diferenciación “racial” se ha demostrado históricamente como uno de los más perniciosos y dañinos. Pero no sólo se trata de un peligro pretérito. Baste al respecto con recordar la dramática “limpieza étnica” en tierras de la ex-Yugoslavia o los genocidios de Ruanda, Uganda, Sudán, Etiopía, etc. Según *GEISS* asistimos además al día de hoy a un auténtico “revivir” del racismo que lo convierte en el gran problema del nuestro siglo⁸³.

⁸³.- *GEISS, Geschichte*, p. 9.

El racismo y la discriminación racial, en consecuencia, se demuestran histórica y actualmente como especialmente odiosos, reprobables y peligrosos. Por ello se justificaría en principio una actuación preventiva más enérgica contra este criterio discriminatorio por ser más grave y dañino. Ahora bien, no ya en general, sino, de forma más concreta, se confirma también la especial peligrosidad del racismo y su potencial dañino en el ámbito de conductas relacionadas con las prácticas eugenésicas. Debemos recordar a este respecto que la historia del pensamiento eugenésico, particularmente desde finales del siglo XIX y hasta los años 30 del XX, demuestra una relación “privilegiada” con la tentación racista. Las aspiraciones de mejora de la “raza” acabaron por transformarse con ayuda del darwinismo social en un instrumento de legitimación ideológica de las aspiraciones racistas cuya manifestación más dramática tuvo lugar con la experiencia nacionalsocialista alemana. La historia da sobrada cuenta, desde este punto de vista, del potencial discriminatorio racista que el pensamiento eugenésico alberga.

El legislador parece así en principio tomar buena cuenta de la situación de especial peligrosidad y daño que las actuaciones racistas en general, y las relacionadas con la eugenesia en particular, pueden llegar a producir. Por ello se explicaría y, en parte, se justificaría que el tenor típico del artículo 161-2º haya sido configurado acogiendo únicamente la selección racial –y no otras- en aras de una actuación preventiva según los riesgos y peligros que ya se han demostrado como tales en el pasado reciente. Esta “mirada al pasado” explicaría también la eventual relación de complementariedad que este precepto podría tener con el delito de genocidio⁸⁴. El artículo 161-2º podría así tener un efecto preventivo respecto de la posible funcionalidad de conductas de selección racial de cara a una política de eliminación de colectivos étnicos o de segregación racial⁸⁵.

En conclusión, el presente artículo 161-2º no representa fielmente el sentido de protección general de los preceptos de carácter antidiscriminatorio general. Se trata, desde esta perspectiva, de un supuesto especial muy ligado al campo

⁸⁴.- Señalando la eventual posibilidad de un concurso GRACIA MARTIN, *Comentarios*, p. 693; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal*, pp. 130 y 131.

Véase también RUIZ VADILLO, *Código*, p. 1949, quien alude a este tipo como regulador de “una conducta genética de **raigambre genocida**” (subrayado nuestro). ROMEO CASABONA, *El derecho*, p. 133, en la misma línea, critica la falta de taxatividad del precepto lo que lleva a dificultades de delimitación de su ámbito punible respecto de prácticas de esterilización a grupos de población ya tipificados en el delito de genocidio.

⁸⁵.- Tampoco vamos a entrar, por limitaciones de espacio, en los problemas concursales que se pueden producir no sólo entre el artículo 161-2º con el artículo 607 sino, también, entre aquél respecto del artículo 510 o la eventual aplicación de la agravante genérica del artículo 22-4º. Más adelante, sin embargo, al hilo de las consideraciones de *lege ferenda*, haremos una referencia especial a la función que podría cumplir el artículo 510 a la hora de planificar una actuación penal preventiva respecto de posibles excesos racistas y xenófobos en el marco de prácticas eugenésicas.

específico de la manipulación genética, en el que la prohibición de la selección de la raza puede obedecer, más bien, a una especificidad fruto de experiencias históricas eugenésicas (particularmente las llevadas a cabo por el nacionalsocialismo alemán) y dirigida, probablemente, a intentar evitar el advenimiento futuro de las mismas o prácticas similares. El objeto de tutela no es, por ello, simplemente la integridad genética de la especie humana, sino aquella en relación al aspecto de diversidad racial pues sólo en este caso el plus de daño por el efecto discriminatorio de las conductas prohibidas legitima como proporcionado el recurso a la vía de intervención penal.

II.2. Algunas consideraciones de *lege ferenda*.

La interpretación de *lege lata* propuesta no significa, sin embargo, que estimemos que la actual redacción del artículo 161-2º sea la más idónea o adecuada y, menos aún, que esté exenta de crítica. De forma necesariamente breve, plantearé algunas de los aspectos, a nuestro juicio, más deficitarios y las líneas generales para una adecuada política criminal en relación a la eugenesia y su potencial discriminatorio que tengan en cuenta de forma equilibrada, no sólo la trágica experiencia histórica reciente, sino también la situación actual y futura a la luz de los avances que posibilitan y caracterizan la nueva fase denominada de la “neoeugenesia”.

1. Como primera crítica debe rechazarse la utilización de la palabra “**raza**”. El hecho de que el racismo en sus versiones históricas más extremas y trágicas pueda ser claramente reconocible y a pesar de la utilización habitual en el lenguaje coloquial o político de las palabras “racismo” o “racista” como forma de insulto destinado a desacreditar el pensamiento contrario o diferente⁸⁶, no se concita el consenso a la hora de definir exactamente su significado. Probablemente la intensa emotividad que despierta el racismo y sus concreciones históricas, a la vez

⁸⁶.- En este sentido, véase GEISS, *Geschichte*, p. 10.

que la extrema complejidad del fenómeno⁸⁷, han contribuido a convertirlo en un referente y lugar común impreciso y de contenido extraordinariamente variable⁸⁸.

Ante la falta de una definición mínimamente precisa del término y su desprestigio político y científico⁸⁹ no parece que sea adecuada su incorporación a un texto jurídico y menos aún de naturaleza penal, ámbito en donde debería regir con especial rigor el mandato de determinación derivado del principio de legalidad. En otros países de nuestro entorno ya se cuenta, por otra parte, con la experiencia negativa de incorporar en la descripción de prohibiciones penales el término literal “raza”. Es el caso, por ejemplo, de Alemania. En concreto, así sucedía en la versión anterior a la reforma de 1994⁹⁰ con el párrafo 131 del Código penal alemán (*StGB*) que castigaba la difusión de escritos que ensalzaran o banalizaran la violencia o incitaran al racismo⁹¹. Entre las conductas típicas que describía el citado precepto una de ellas consistía en la “incitación al odio racial”, utilizándose en concreto la expresión *Rassenhaß (Aufstachelung zum Rassenhaß)*. PARTSCH subraya, respecto de la versión anterior a la reforma citada, los problemas que se derivaban de la utilización del término “raza” en el sentido de que su indefinición acababa por conducir a una interpretación restrictiva que determinaba una cierta inaplicación del tipo⁹². Con la reforma de 1994 se reformula en el párrafo 131 del Código penal alemán este aspecto polémico optando el legislador por una configuración típica que evitara la referencia directa a la “raza”. Expresamente se manifiesta que con tal omisión se pretende huir del universo de conceptos de la

⁸⁷ .- BADER, *Rassismus*, p. 9 ss., reconoce la multiplicidad de aspectos y visiones del fenómeno que en su pluralidad de manifestaciones se superpone y entrelaza con otras realidades parcialmente coincidentes como las subyacentes al fenómeno étnico, nacionalista, etc. GEISS, *Geschichte*, p. 10, alude a las implicaciones existenciales del fenómeno racista pues su análisis nos sitúa ante cuestiones de gran calado como el origen del ser humano, su destino, etc.

⁸⁸ .- Por otra parte, a partir de la escalofriante experiencia nazi se observa una “discriminación” en el uso de las palabras “raza” y “racismo” –o su uso entre comillas- por respeto a la víctimas. GEISS, *Geschichte*, p. 17 ss.

⁸⁹ .- BADER, *Rassismus*, p. 71. En la misma línea CALDERÓN, *El proyecto*, p. 135, entiende que el racismo ha sido ya combatido eficazmente en el plano científico por los avances en la Genética de poblaciones.

⁹⁰ .- *Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches, der Strafprozeßordnung und anderer Gesetze (Verbechensbekämpfungsgesetz) vom 28. Oktober 1994* (Ley de reforma del Código penal, del Código procesal penal y de otras leyes –Ley de lucha contra la criminalidad- de 28 de octubre de 1994) en *Bundesgesetzblatt, Jahrgang 1994, Teil I*, 3186 ss. (BGBl. I, 3186).

⁹¹ .- §131 *Gewaltdarstellung; Aufstachelung zum Rassenhaß*.

⁹² .- PARTSCH, *Neue Maßnahmen*, p. 431. En concreto se refiere el autor a la restricción del ámbito de protección del tipo a grupos como los judíos, gitanos o personas de color de piel diferente al blanco, quedándose fuera otros colectivos también merecedores de tutela.

ideología de razas ya que no se dispone de una definición de raza suficientemente precisa⁹³.

Aunque el ejemplo expuesto se refiere a un ámbito delictivo diferente del de la manipulación genética, son perfectamente aplicables los problemas interpretativos que se pueden derivar de la utilización de un término tan indefinido como “raza” al inciso a estudio del artículo 161-2º del Código penal de 1995. Problemas que pueden llevar, o bien a la inaplicación del precepto porque las dudas sobre lo que haya de entenderse por selección de “raza” hagan optar al juez por una interpretación restrictiva; o bien, al efecto contrario de permitir una inadmisiblemente amplia del ámbito punitivo mediante interpretaciones extensivas.

2. En segundo lugar, como crítica más radical, debería plantearse la cuestión de hasta qué punto, no ya la situación mundial o europea, sino la propia situación social histórica y actual del Estado español justifica una disposición preventiva que pretenda incidir únicamente en los peligros inherentes a una selección racial. Sin duda el racismo tiene un potencial de peligrosidad especialmente agudo e históricamente contrastado, pero no precisamente en nuestras latitudes si se compara, dentro de nuestro ámbito cultural, con la experiencia del nacionalsocialismo alemán y de los posteriores movimientos neonazis o la situación de tensionamiento interracial en los Estados Unidos de América⁹⁴.

Por otra parte, no sólo el tensionamiento interracial es menor entre nosotros comparado con otros países de nuestro entorno, sino que podría afirmarse que, en realidad, los problemas más que de **racismo** en sentido estricto son, a nuestro juicio, de “**xenofobia**” contra determinados **colectivos étnicos**. Pero aclaremos brevemente a qué queremos hacer referencia.

Siguiendo a *BADER*, autor especializado en temas de racismo, las razas, tal y como se conciben y utilizan por las ideologías racistas, no son sino el resultado de procesos sociales de “construcción social” en los que prácticas e ideologías racistas utilizan características físicas perceptibles exteriormente, sobre todo el color de la piel, como criterio de inclusión o exclusión en grupos y de valoración jerárquica de los mismos⁹⁵. Partiendo de esta consideración, el problema no sería

⁹³.- CDU/CSU/FDP, *Gesetzentwurf*, p. 24. En la misma línea KÖNIG/SEITZ, *Die Regelungen*, p. 3, señala que la sustitución del término *Rassenhaß* apunta a eliminar problemas de interpretación.

⁹⁴.- Da cuenta de la reacción xenófoba en ambos países y, especialmente, de la reactivación de los grupos radicales tras la reunificación alemana, HAMM, *Conceptualizing*, p. 92 ss.

⁹⁵.- BADER, *Rassismus*, p. 71 ss.

entre nosotros tanto “racial”, esto es, de rechazo y minusvaloración de grupos en función de rasgos físicos (como, sobre todo, del color de piel), cuanto de grupos – como, los gitanos⁹⁶ o, de forma más reciente, los inmigrantes⁹⁷- caracterizados más bien por rasgos culturales o étnicos muchos más vagos y generales⁹⁸. Con otras palabras, las coordenadas en que hoy día se plantea el problema racista no corresponden tanto a un racismo argumentado en términos pseudo-biológicos, sino que más bien responden a un **“nuevo racismo”**, también denominado **“racismo sin raza”** o **“racismo cultural”**⁹⁹.

La realidad española, en definitiva, se comporta socialmente de un modo discriminatorio y xenófobo respecto de colectivos **étnicos**, esto es, definidos no necesariamente por rasgos de tipo físico o “racial”, sino también lingüístico, cultural, religioso, etc, por más que, a nivel simbólico se siga asociando el racismo con el holocausto judío o la segregación racial de los negros en los Estados Unidos¹⁰⁰, esto es, con un racismo “histórico” y de impronta más claramente biologicista.

Según lo expuesto, resulta verosímil aventurar que a la hora de configurar la prohibición penal de utilización de procedimientos de selección de la “raza” se ha actuado según una referencia más de tipo histórico y simbólico –antisemitismo nazi, racismo antinegro- que real –racismo cultural-. Desde este punto de vista,

⁹⁶ .- ALVITE, *Racismo*, pp. 101 ss., señala que la comunidad gitana es la más rechazada en nuestro país. En el mismo sentido afirma BERISTAIN, *Análisis*, p. 267, que “El grupo étnico más amplio que en España (como en Irlanda) sufre discriminación y acoso racial sigue siendo la población gitana nativa que asciende (según algún especialista) a 400.000 personas”.

⁹⁷ .- La acción a este respecto de mayor repercusión social la constituyó el asesinato el 13 de noviembre de 1992 de la inmigrante dominicana Lucrecia por un grupúsculo de tendencia neonazi (Sentencia de 4 de julio de 1994 de la Audiencia Provincial de Madrid).

⁹⁸ .- En este sentido no decantábamos por la utilización del término xenofobia por ser más general y omnicompreensivo que el de racismo tal y como lo hemos definido.

⁹⁹ .- BADER, *Rassismus*, p. 67 ss. alude también a las denominaciones de “neo-nacionalismo”, “nuevo etnocentrismo”, “fundamentalismo cultural”, “culturalismo pseudo-biológico” que tendrían el denominador común de hacer referencia a ideologías que pretenden legitimar el racismo no a partir de pretendidas –y desacreditadas- diferencias racial-genéticas, sino de diferencias “culturales”. También DE LUCAS, *El racismo*, p. 24 ss., afirma que la modalidad de racismo más importante hoy en día es el de tipo “cultural” o “etnocentrismo” como mecanismo de afirmación de la superioridad de la propia cultura, tradición, estilo de vida, etc. Según WIPPERMANN, *Was ist Rassismus ?*, p. 30 ss., el racismo cultural dominaría más bien países como Francia o el Reino Unido mientras que en Alemania seguiría coexistiendo con el racismo “clásico” de tipo biologicista.

¹⁰⁰ .- ALVITE, *Racismo*, p. 101 ss., señala cómo el racismo en España se asocia simbólicamente (al igual que en el resto de occidente) con la problemática nazi y con la opresión de las personas negras en los Estados Unidos de América.

ciertamente encaja sin dificultad alguna interpretar que la referencia a la “raza” -y sólo a ella- en el artículo 161-2º se debe a una lectura del potencial de peligrosidad de los procedimientos de selección biológica a partir de la experiencia eugenésica y racista del nacionalsocialismo alemán de *HITLER*. A la hora de sugerir una interpretación de *lege lata* ya hacíamos referencia a la relación que una parte de la doctrina veía con el delito de genocidio. En este sentido, el artículo 161-2º supondría una medida de prevención para que las prácticas eugenésicas que coadyuvaron a la realización del holocausto judío no vuelvan a repetirse. Vendría a convertirse la disposición a estudio en una concreción antigenocida en el ámbito específico de la manipulación genética, marcada por la reciente y trágica realidad de lo que llegaron a ser las prácticas eugenésicas de corte racista, biologicista, en la Alemania nazi.

En todo caso, más allá de la lectura del intenciones del legislador que, tal y como señalábamos con anterioridad, se limitó a copiar esta disposición de la Ley 35/1988 sobre Reproducción Asistida Humana, podría concluirse, a modo de recapitulación, que el último inciso del artículo 161-2º responde a una configuración excesivamente marcada por una experiencia histórica ajena en buena medida y, particularmente, por las consecuencias que se atribuyen a las ideologías eugenésicas que desde el siglo XIX hasta los años 30 se ven entrelazadas con un darwinismo social que operó muchas veces en simbiosis con un racismo de impronta claramente biologicista¹⁰¹. La actual disposición preventiva respecto de procedimientos de selección de la “raza” resultaría así lastrada en exceso por la identificación que habitualmente se lleva a cabo entre la eugenesia y el racismo y entre ambos fenómenos y su versión nazi. Se habría partido y configurado el tipo, en definitiva, según un referente más simbólico que real, más orientado al pasado histórico ajeno que al presente de nuestro país; más en función de un racismo biologicista que cultural.

Por todo lo expuesto, convendría orientar una eventual regulación de *lege ferenda* a atajar de forma más decidida los peligros potenciales de las **actuales** posibilidades eugenésicas a la luz de la nueva situación histórico-social **real** de nuestro país y de conformidad con las perspectivas del “racismo sin raza” o “racismo cultural”. En esta línea vamos a tratar a continuación, para finalizar, de sugerir en qué sentido se debería enderezar el rumbo de la intervención penal en relación a los procedimientos de selección.

¹⁰¹ .- Para un análisis en profundidad de las teorías biológico-genéticas, etológicas y sociobiológicas del racismo como fenómeno ideológico, véase, BADER, *Rassismus*, p. 15 ss.

3. Como decíamos rechazamos en principio tanto la utilización de la palabra “raza” como, de forma más radical, el hecho de que la prohibición de utilización de procedimientos de selección deba venir exclusivamente referida a ese particular criterio.

Efectivamente, si se interpreta el término “raza” en el sentido restrictivo expuesto como rechazo en función de características físicas “raciales”, sobre todo del color de la piel, el tipo castigaría una eventual selección de rasgos físicos. Pero ese no es el problema más grave: no debería preocupar tanto una eventual selección de la “raza” –del color de la piel-, sino más bien una selección que trasluzca el rechazo xenófobo de grupos según criterios no precisamente físicos, sino más bien culturales.

Ahora bien, este tipo de comportamientos de rechazo que se dirigen más contra rasgos culturales que físicos, resultan de difícil encaje en un ámbito como el de la manipulación genética. Se trata más claramente entonces de un problema ideológico que “genético”, o dicho de forma más precisa, se revela con más claridad que el problema no reside tanto en seleccionar la “raza” –menos aún si tenemos en cuenta que las diferencias genéticas dentro de las diversas razas humanas son, por otra parte, mínimas¹⁰²- sino en que determinados comportamientos –en este caso la selección- se lleven a cabo dejando traslucir de manera reconocible el mensaje ideológico racista o xenófobo de que unos seres humanos son “naturalmente” superiores/inferiores frente a otros. Expresado de forma más concisa: el problema desde el punto de vista del potencial racista o discriminatorio de los procedimientos de selección, no es el hecho de seleccionar la raza, sino que dicha selección sea reconocible por el grupo de referencia como dirigida “contra” aquél. Para que esto se produzca, no obstante, se requiere un contexto comunicativo que permita una lectura social, intersubjetiva, de la selección como racista, xenófoba o discriminatoria.

Planteada la cuestión en estos términos, el mero hecho de hablar de razas contribuye, en cierto modo, a asentar la base pseudo-científica del racismo biologicista y, a la vez, se oscurece la contemplación del problema ideológico subyacente. Parece darse por supuesto que el ámbito de la manipulación genética es el espacio “natural” para que se desenvuelva el racismo cuando, hoy en día, insistimos, revisten mayor peligro las nuevas corrientes del racismo “cultural” que no buscan ya una legitimidad genética o biológica. Por ello si se pretende atajar una eventual desviación “racista” de prácticas eugenésicas mediante la selección positiva de la “raza”, la forma más adecuada de prevención sería, a nuestro juicio,

¹⁰².- CALDERÓN, *EL proyecto*, p. 135.

la de configurar el tipo penal fuera del ámbito de la manipulación genética para evitar que, de forma indirecta, se contribuya a consolidar la creencia racista de que esta ideología tiene una base científica, biológico-genética y que se desvíe la atención del problema ideológico y cultural.

Este planteamiento ha venido, además, facilitado por las nuevas disposiciones del Código penal de 1995 de posible aplicación antidiscriminatoria. Por sólo referirnos a los preceptos de mayor alcance, debemos recordar que se cuenta ya con una agravante genérica –artículo 22-4º- y un tipo que castiga la provocación a la discriminación, odio o violencia –artículo 510- por razones de raza, etnia, ideológicas, etc. En principio no ofrecería dificultad alguna reconducir a estas disposiciones la tarea de prevenir y castigar el efecto discriminatorio, o de forma más concreta, racista o xenófobo, de una conducta de selección. Bastaría así con aplicar la agravante o un concurso de delitos con el artículo 510. Ahora bien esto presupone que la conducta de selección entraña ya una conducta merecedora y necesitada de pena al margen de su eventual potencial discriminatorio.

En efecto, si partimos, como lo hacíamos, de que el objeto de tutela en el actual artículo 161-2º *in fine* se cifra en la integridad genética de la especie humana en su aspecto de diversidad racial, la conducta típica se revela, decíamos más arriba, en su pluriofensividad al afectar a la constitución genética de la especie humana y simultáneamente desplegar un efecto discriminatorio contra grupos raciales vulnerables. Ahora bien, toda selección alberga en principio un “potencial” discriminatorio y toda selección supone, siguiendo a ROMEO CASABONA, una predeterminación de características biológicas –o la creación de otras nuevas-¹⁰³ que, en cuanto tal, habrá de afectar a la integridad genética de la especie humana. Desde este punto de vista tanto afectaría a la integridad genética una selección de la raza como una selección del sexo u otras características biológicas y, potencialmente, toda selección pueden desarrollar efectos discriminatorios no sólo por tanto de tinte racista o xenófobo, sino también sexista, etc.

Planteada la cuestión en estos términos, entendemos que convendría separar, a la hora de discutir y configurar su regulación penal, la cuestión de la eventual tutela de la integridad genética de la especie humana respecto de la de la protección frente a eventuales efectos discriminatorios derivados de prácticas de selección positiva para la reproducción por medio de procedimientos biológicos. De esta forma la conducta típica del artículo 161-2º se debería de configurar, en su caso, en torno a un único objeto de tutela como es el de la integridad genética de

¹⁰³.- ROMEO CASABONA, *El Derecho*, pp. 133 y 134.

la especie humana, perdiendo sentido una especificación de la protección en relación a una única clase de selección. En cualquier caso, debería quedar fuera del ámbito de prohibición la selección que obedeciera a fines terapéuticos; en la misma línea, en consecuencia, que lo prescrito por el artículo 13-3 d) de la Ley 35/1988, sobre Técnicas de Reproducción Asistida, a cuyo tenor cabe autorización para una terapéutica sobre preembriones *in vitro*, preembriones, embriones y fetos, siempre que no se influya sobre los caracteres hereditarios no patológicos ni se busque la selección de los individuos o la raza¹⁰⁴.

La lógica expuesta llevaría a una configuración de la eventual prohibición penal no solo de la selección racial, sino también, en general, de cualquier selección del sexo u otras características biológicas pues todas estas conductas, en cuanto selección, afectarían al bien jurídico de la integridad genética. Sin duda esta es una cuestión polémica y en absoluto pacífica¹⁰⁵ pero entendemos que, en efecto, podrá discutirse si la forma más adecuada de intervención frente a las conductas de selección es la vía penal o si merece protección alguna, pero desde luego carece de base, si se parte de que el precepto no debiera dirigirse contra el potencial racista o discriminatorio de la conducta, una incriminación de la selección sobre un criterio particular, lo mismo que no tendría sentido castigar la clonación únicamente cuando se persiguiera con ella seleccionar la raza. Separada la conducta de selección de su eventual efecto discriminatorio la cuestión se plantea así en términos de prohibición o no prohibición de **todo procedimiento de selección**.

De esta forma, en conclusión, la discusión sobre el artículo 161-2º *in fine* debería centrarse en torno a la necesidad de que se despliegue –o no- mediante el instrumento penal una función preventiva respecto de los riesgos específicos de una selección de características biológicas, esto es, riesgos de afección de los bienes jurídicos en juego ante las conductas de “manipulación genética” y, en particular, la integridad genética de la especie humana. Se lograría, así, separar de

¹⁰⁴ .- En el mismo sentido el artículo 9-2 B) a) de la Ley 42/1988, de 28 de diciembre, de donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos, califica como infracción muy grave “La realización de cualquier actuación dirigida a modificar el patrimonio genético humano no patológico.”

¹⁰⁵ .- Se manifiestan en contra VALLE MUÑIZ/GONZALEZ GONZALEZ por cuanto entienden que las conductas encaminadas a la elección del sexo afectarán, generalmente, a la información cromosómica del gameto masculino – y no al óvulo fecundado- y, en consecuencia, no aprecian peligros para la dignidad y libre desarrollo de la personalidad del futuro ser VALLE MUÑIZ/GONZALEZ GONZALEZ, *Utilización*, p. 131 (su pie de página 64). Los autores también se hacen eco de la opinión de MARTIN MATEO claramente favorable a que se pueda proceder a una selección positiva de los caracteres de la descendencia en la medida en que se reproducirían de esa manera los mecanismos espontáneos psicobiológicos que animan al enamoramiento y a la selección de la pareja (*op. cit.*, p. 131, su pie de página 62). Aboga también por levantar la prohibición de la elección del sexo, por todos, PUIGPELAT MARTÍ, *La selección*, p. 93 ss.

forma clarificadora la eventual regulación penal ante los riesgos de la eugenesia positiva o, sin más, de una reproducción “a la carta” y, por otro lado, su instrumentalización racista, xenófoba o discriminatoria. La confusión histórica de las corrientes eugenésicas y racistas no deben condicionar, al día de hoy, su tratamiento conjunto en un tipo penal y por ello debería reservarse para el 161-2º *in fine* el castigo, en su caso, de la utilización de todo procedimiento de selección de características biológicas sin fines terapéuticos y reconducirse la respuesta punitiva frente a los eventuales excesos racistas, xenófobos o discriminatorios hacia los preceptos específicos en la materia como los artículos 22-4º y 510¹⁰⁶.

BIBLIOGRAFIA

- ALVITE, Juan Pedro, “**Racismo** e inmigración” en *Racismo, antirracismo e inmigración*, Juan Pedro ALVITE (Coord.), Tercera prensa-Hirugarren prentsa, Donostia, 1995, pp. 89-122.
- BADER, Veit-Michael, **Rassismus, Ethnizität, Bürgerschaft. Soziologische und Philosophische Überlegungen**, Verlag Westfälisches Dampfboot, Münster, 1995.
- BERISTAIN, Antonio, “**Análisis** y soluciones ante los movimientos de población (más reflexiones criminológicas sobre inmigrantes y refugiados)” en *Revista de Derecho penal y Criminología*, Número 4 (1994), pp. 225-299.
- CALDERÓN, Rosario, “**El proyecto** genoma humano sobre diversidad: aspectos éticos” en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, Núm. 4, Enero-Junio 1996, pp. 121-139.
- CANCIO MELIA, Manuel, **Comentarios al Código penal**, Dir. Gonzalo RODRIGUEZ MOURULLO/Coord. Agustín JORGE BARREIRO, Civitas, Madrid, 1997.
- CDU/CSU/FDP, **Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und F.D.P. Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches, der**

¹⁰⁶ - Cuestión distinta sería la de preguntarnos hasta qué punto la realidad social actual en nuestro país aconseja una intervención penal homogénea y de proyección general sobre todo un elenco de causas de discriminación o de transgresión del principio de igualdad. Con otras palabras, ¿no han ido el artículo 22-4º y 510 demasiado lejos al equiparar a efectos punitivos actuaciones discriminatorias por motivos tan diferentes como la raza, etnia, ideología, sexo, minusvalía...? Dejamos planteado únicamente el problema, de gran calado, puesto que afecta al conjunto de las disposiciones penales antidiscriminatorias del Código penal de 1995. En cualquier caso, el hecho de proponer que los excesos racistas, xenófobos o discriminatorios se separen de la regulación penal contenida en el artículo 161-2º no implica asumir de forma acrítica que los citados preceptos 22-4º o 510 deben tener una proyección general antidiscriminatoria.

Strafprozeßordnung und anderer Gesetze (Verbrechensbekämpfungsgesetz), Deutscher Bundestag, 12. Wahlperiode, Drucksache 12/6853.

- DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis, “**Los llamados** `delitos de manipulación genética´ en el nuevo Código penal español de 1995” en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, Número 5, Julio-Diciembre 1996, pp. 49-75.

- DE LUCAS, Javier, “**El racismo** como coartada” en *Derechos de las minorías y de los grupos diferenciados*, PRIETO SANCHIS, Luis *et aliter*, Escuela libre editorial, Madrid, 1994, pp. 17-37.

- ERMACORA, Felix, **Diskriminierungsschutz und Diskriminierungsverbot in der Arbeit der Vereinten Nationen**, Wilhelm Braumüller Universitäts-Verlagsbuchhandlung, Wien/Stuttgart, 1971.

- FERNANDEZ, Eusebio, “**Sociología** y darwinismo” en *Sistema* 31 (1979), pp. 59-71.

- FLEMMING, John I., “**La ética** y el Proyecto Genoma Humano sobre Diversidad” en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, Número 4, Enero-Junio 1996, pp. 159-186.

- GEISS, Imanuel, **Geschichte des Rassismus**, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1988.

- GONZALEZ CUSSAC, José Luis, **Comentarios al Código penal de 1995, Vol. I y II**, Coord. Tomás S. VIVES ANTON, tirant lo blanch, Valencia, 1996.

- GRACIA, Diego, “**Historia** de la Eugenesia” en *Consejo genético: aspectos biomédicos e implicaciones éticas*, Javier GAFO (ed.), Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 1994, pp. 13-34.

- GRACIA MARTIN, Luis, **Comentarios al Código penal. Parte especial I, Títulos I a VI y faltas correspondientes**, Coord. José Luis DIEZ RIPOLLES/Luis GRACIA MARTIN, tirant lo blanch, Valencia, 1997.

- HAMM, Mark S.: “**Conceptualizing** Hate Crime in a global Context” en *Criminology. A cross-cultural perspective*, Robert Heiner (ed.), West Publishing Company, Minneapolis/ST. Paul/New York/Los Angeles/San Francisco, 1996, pp. 91-108.

- HIGUERA GUIMERÁ, Juan Felipe, *El Derecho penal y la **genética***, Trivium, Madrid, 1995.
- HIGUERA GUIMERÁ, Juan Felipe, “**El Derecho** penal y la eugenesia” en *Actualidad Penal* 30 (1998), pp. 537-570.
- KÖNIG, Peter/SEITZ, Helmut, “**Die** straf- und strafverfahrensrechtlichen **Regelungen** des Verbrechensbekämpfungsgesetzes” en *Neue Zeitschrift für Strafrecht* 1995, pp. 1-6.
- LAURENZO COPELLO, Patricia, “**La discriminación** en el Código penal de 1995” en *Estudios penales y criminológicos* XIX, Universidad de Santiago de Compostela, 1996, pp. 219-288.
- MILES, Robert, ***Racism***, Routledge, London/New York, 1989.
- MORILLAS CUEVA, Lorenzo, ***Curso** de Derecho penal español. Parte especial I*, Dir. Manuel COBO DEL ROSAL, Marcial pons, Madrid, 1996.
- MUÑOZ CONDE, Francisco, ***Derecho penal. Parte especial***, tirant lo blanch, Valencia, 11ª ed., 1996.
- NIGGLI, Marcel Alexander, ***Rassendiskriminierung. Ein Kommentar zu Art. 261 bis StGB und Art. 171 c MStG***, Schulthess polygraphischer Verlag, Zürich, 1996.
- PARTSCH, Karl Josef, “**Neue Maßnahmen** zur Bekämpfung von Rassen- und Fremdenhaß” en *Europäische Grundrechte Zeitschrift*, Heft 17-18, 31. Oktober 1994, pp. 429-436.
- PERIS RIERA, Jaime Miguel, ***La regulación** penal de la manipulación genética en España (Principios penales fundamentales y tipificación de las genotecnologías)*, Civitas, Madrid, 1995.
- PUIGPELAT MARTÍ, Francesca, “**La selección** de sexo: aspectos jurídicos y valoración crítica” en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, Núm. 6, Enero-Junio 1997, pp. 93-109.
- QUERALT JIMENEZ, Joan J., ***Derecho penal** español. Parte especial*, Bosch, Barcelona, 3ª ed., 1996.

- RABOSI, Eduardo, “**Derechos humanos**: el principio de igualdad y la discriminación” en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* 7 (1990), pp. 175-192.
- RÄDLER, Peter, “**Gesetze** gegen Rassendiskriminierung?” en *Zeitschrift für Rechtspolitik* 1997, pp. 5-9.
- RODRIGUEZ-PIÑERO, Miguel/FERNANDEZ LOPEZ, María Fernanda, **Igualdad y discriminación**, Tecnos, Madrid, 1986.
- ROMEO CASABONA, Carlos María, “**El Derecho** penal ante el racismo y la eugenesia” en *Eguzkilore*, Número Extraordinario 11 (III Coloquio Internacional. ‘1997: Año Europeo contra el racismo’), A. BERISTAIN/J.L. de la CUESTA (Comp.), Diciembre 1997, pp. 105-135.
- RUIZ VADILLO, Enrique, **Código penal. Doctrina y jurisprudencia**, Vol. I, II y III, Dir. Cándido CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Trivium, Madrid, 1997.
- SCHWEIZER BUNDESRAT, “**Botschaft** über den Beitritt der Schweiz zum Internationalen Übereinkommen von 1965 zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung über die entsprechende Strafrechtrevision vom 2. März 1992” en *BUNDESBLATT*, 144. Jahrgang, Band III, 1992, pp. 269-330.
- STRAUSS, Roland, **Das Verbot der Rassendiskriminierung**, Basler Dissertation, Schulthess polygraphischer Verlag, Zürich, 1991.
- SUAREZ GONZALEZ, Carlos, **Comentarios al Código penal**, Dir. Gonzalo RODRIGUEZ MOURULLO/Coord. Agustín JORGE BARREIRO, Civitas, Madrid, 1997.
- VALLE MUÑIZ, José Manuel/GONZALEZ GONZALEZ, Marisé, “**Utilización** abusiva de técnicas genéticas y Derecho penal” en *Poder Judicial* 26, Junio 1992, pp. 109-144.
- WIPPERMANN, Wolfgang, “**Was ist Rassismus?** Ideologien, Theorien, Forschungen” en *Historische Rassismusforschung. Ideologen-Täter-Opfer*, Barbara DANCKWORTT/Thorsten QUERG/Claudia SCHÖNINGH (Hg.), Argument-Verlag, Hamburg/Berlin, 1995, pp. 9-33.
