

BIOÉTICA Y CRIMINOLOGÍA

Actualización Criminológica

Bernardo Beiderman

1. Empeñarse en el análisis de la relación entre la Bioética y la Criminología vale tanto como afrontar el desafío de dirimir la conjunción dilemática entrañada en ese binomio. ¿Cuáles son los términos de tal confrontación? Helos aquí, en somera mención: Los avances vertiginosamente profundos, sorprendentes y espectaculares de la moderna biología -"revolucionaria", se la califica- y sus estremecedoras experiencias, al conjuro de una alucinante y arrolladora tecnología, por una parte; y la dignidad e irrepetible originalidad de la criatura humana, la incolumidad de la estirpe humana y la custodia ambiental del planeta Tierra, por otra parte.

Trátase de establecer los límites de la indagación biogenética y de la experimentación de la biociencia con el justificado designio de impedir que este demiurgo protector -cuando no creador- de vida termine, a la manera de Saturno, devorándose a su creación.

"Piénsese, por ejemplo, en la técnica de biopsia de placenta, que permite un diagnóstico prenatal a los dos meses de embarazo para prevenir enfermedades graves, pero que degeneró convirtiéndose en un medio para detectar el sexo y eliminar fetos femeninos (genocidio). Aquello que se había creado para beneficio de la humanidad se

¹ Me valgo, en estas líneas iniciales del trabajo, de la expresión "criatura", cuya neutra amplitud me permite salvar, por ahora, el cuantioso caudal polémico del concepto "persona" en su encuentro con la biología, la ética, la filosofía y el derecho. Por cierto que, más adelante y en su oportunidad, me ocuparé de la condición "de persona" del ser humano.

convirtió, por malas artes, en una birla de esa misma humanidad que se quería favorecer"².

Dentro de esta suerte de inquietudes, el premio Nobel mexicano de literatura Octavio Paz declaraba, hace pocas semanas: "Pronto no habrá izquierda ni derecha -se refería, desde luego, a las ideologías políticas- y los hombres se enfrentarán en el siglo XXI a la más grave amenaza de nuestra historia desde el período paleolítico: la supervivencia de la especie humana". Agregó: "No pienso sólo en las terribles y tal vez irreparables destrucciones del medio natural por la alianza de la técnica y el espíritu de lucro del régimen capitalista, sino también en otros peligros: los avances de la biología genética y la tentativa por 'manufacturar' -ésta es la palabra, enfatizó- artefactos inteligentes. Nos amenaza una nueva barbarie fundada en la técnica"³

2. Las vallas de contención de este novedoso riesgo de canibalismo científico se vienen dando en el campo ético y en el jurídico, en tanto que el uno y el otro integran el territorio general de una política de la biociencia, biotecnología e ingeniería genética, abarcadora asimismo de los específicos capítulos de las políticas sanitaria, educativa, ecológica, social y criminal.

3. Con buen acuerdo, se ha tenido presente que la bioética nació al conjuro de las necesidades de la medicina moderna "con el objeto de estudiar las relaciones entre la vida y los valores morales, entre los nuevos aportes científicos y su regulación ética. La ética médica tradicional estaba limitada a los códigos deontológicos y a las obligaciones básicas del comportamiento médico, pero ya no es válida ni suficiente para responder a los numerosos interrogantes que plantea el desarrollo tecnológico actual"⁴.

4. Pese a que la biología "revolucionaria", con su sorprendente constelación de hallazgos lindantes con la ciencia-ficción, tiene una breve historia de escasas décadas, ha generado hasta el presente en

² LOPEZ BOLADO, Jorge. *Biotecnología y manipulación del ser humano*, en *Revista Penal* N° 9, año 1990, ed. Fac. de Derecho de la Universidad de l Nordeste, pág. SO.

³ La Nación. Buenos Aires, 3 de abril de 1994.

⁴ SANGUINETTI, Florentino A. *"Responsabilidad ética y jurídica del cirujano"*, ed. Asociación Argentina de Cirugía. Buenos Aires, 1988, pág. 7 y trabajos citados por el autor en las notas 1, 109 y 195.

materia bioética una cuantiosa bibliografía, un caudaloso torrente de publicaciones que se van acumulando en gigantesca magnitud. Se ha comprobado que en un solo quinquenio, durante los años ochenta esta explosión bibliográfica contó con unas 40.000 publicaciones sobre esta especialidad, conforme lo registra el "Center of Bioethics" del "Kennedy Institute of Ethics", de la ciudad de Washington⁵.

5. La preocupación ética, que precedió a la formulación de normas jurídicas, se manifiesta con teorías o posiciones harto variadas, lejos de componer un plexo normativo uniforme, cuando no abruptamente contrapuestas. Señalo, de paso, que esta precedencia temporal de las formulaciones éticas con respecto a las de derecho, tanto como la amplitud de su área problemática, hace que lo ético -y creo que con justa razón- prive en muchos casos sobre lo jurídico y asignándole a éste una función supletoria. Ya no podemos afirmar, en esta materia de límites y dilemas, que el derecho vehiculice un mínimo de ética sino, a la inversa, que la bioética recurre, ante ciertos trances que requieren compulsiva aplicación de sus normas, a un mínimo de derecho y, dentro de este residuo mínimo, un mínimo de derecho penal.

Dentro de este variadísimo y, a las veces, conflicto panorama de concepciones bioéticas, me aplico ahora a enunciar algunas de éstas.

Empecemos por distinguir entre la "ética mayor" y la "ética menor"⁶.

6. Son casos de "ética mayor" aquéllos que se refieren a decisiones de vida o muerte como, por ejemplo, los conocidos bajo la denominación de los Testigos de Jehová, que se niegan a permitir transfusiones de sangre⁷. Para los pacientes que pertenecen a este credo "el conflicto se plantea entre prolongar la vida aquí, en la Tierra, aceptando una transfusión de sangre, o elegir la vida eterna después de la muerte, sin condenarse. Los testigos de Jehová fundamentan su creencia en pasajes del Antiguo y Nuevo Testamento que prohíben <comer> sangre, una posición que se apoya en la definición médica de las transfusiones de sangre como una forma de alimentación, formulada cuando la técnica se desarrolló por primera vez a principios de este siglo".

⁵ SANCUINETTI, op. cit., pág. 7 y publicaciones citadas en las notas 61 y 104.

⁶ MACKLIN, Ruth. "Dilemas", ed. Atlántida. Buenos Aires, 1992, págs. 18 y 19.

⁷ En el análisis de estos casos sigo la exposición de Macklin, Ruth op. cit., págs. 21 y 55.

"Por su parte, para el médico el conflicto se sitúa entre el respeto a la autonomía del paciente, el derecho al rechazo de un tratamiento recomendado y su esfuerzo por promover lo más conveniente para el paciente".

Para dirimir este conflicto, los médicos se vieron precisados a acudir a los estados judiciales en procura de una autorización que los legitimara para obrar en contra de la oposición del paciente aunque en pos de la salvación o prolongación de su vida. Veamos alguno que otro caso que nos permita atrapar los momentos en que la ética conflictuada busca el auxilio del derecho pronunciado por los jueces, así como advertir las contradicciones de los jueces cuando les ha tocado afrontar estos desafíos de la bioética.

En un fallo dictado en 1964 por la cámara de apelaciones de Washington, D.C., el juez J. Skelly Wright sostuvo que "ni el principio de que la vida y la libertad constituyen derechos inalienables, ni el principio de libertad de culto, dan una respuesta fácil cuando se trata de dirimir si el estado puede evitar el martirio (...). La razón final y apremiante para dictaminar el recurso de emergencia (de hacer una transfusión de sangre) fue que estaba en juego una vida (...). Determiné actuar del lado de la vida"⁸.

En sentido contrario se expidió en 1965 otro juez, en Chicago, también en un caso que versaba sobre los Testigos de Jehová: "Aunque las creencias del apelante puedan parecernos poco aconsejables, tontas o ridículas, ante la ausencia de un peligro primordial para la sociedad, no podemos permitir la interferencia (...) en los momentos angustiantes de su vida con el solo fin de obligarla a aceptar un tratamiento médico prohibido por sus principios religiosos y previamente rechazado por ella con absoluto conocimiento de las probables consecuencias. En el análisis final, lo ocurrido aquí supone un intento judicial de decidir qué curso de acción es mejor para un individuo en particular, a pesar del punto de vista opuesto del individuo basado en convicciones religiosas. Dicha acción no puede ser constitucionalmente consentida"⁹.

⁸ WRIGHT, J. Skelly. *"Solicitud del Presidente y Directores de la Facultad de Georgetown"*, reeditado en Samuel Gorovitz et al., *Moral Problems in Medicine*, 2^a ed. (Englewood Cliffs, N.J., Prentice-Hall, 1983), pág. 61, cit. por Macklin en op. cit., pág. 21.

⁹ UNDERWOOD, Robert C. *"In re Brooks Estate"*, op. cit., en precedente nota 6, pág. 63.

Entre los recientes casos que llegaron al conocimiento de los jueces argentinos, traigo aquí a colación el de Marcelo Bahamondez, un paciente quien, al sufrir una hemorragia digestiva, es internado en un hospital, donde se niega a recibir una transfusión de sangre alegando que este tratamiento es incompatible con los mandatos de la confesión a que pertenecen Los Testigos de Jehová.

El conflicto originado entre médicos y paciente hubo de ser dirimido, a instancias de éste, en sede judicial. Las sentencias de ambas instancias rechazaron la oposición del paciente. Así, la Cámara Federal de Apelaciones de la ciudad de Comodoro Rivadavia, con el argumento de que la negativa del paciente podía ser considerada como un "suicidio lenticado" por vía de omisión, dispuso que se hiciera la transfusión. En suma, se consideró que la vida es el bien supremo cuyo sacrificio en aras de la libertad de culto no es admisible.

Bahamondez acude entonces ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en procura de la revocatoria de tal decisión; pero, en el entretiemlo, el enfermo se recupera y es dado de alta y, por consiguiente, considerando la mayoría de sus miembros que la Corte no ha de dictar pronunciamientos en abstracto, quedó cerrado el caso sin expedirse sobre la cuestión. No obstante, tres de sus miembros, en minoría, expresaron en sus votos que la objeción religiosa al tratamiento médico debe ser respetada. Entre los ilustrados fundamentos minoritarios se hizo valer el artículo 19 de la Constitución Nacional, en el cual se declara que "Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofenden el orden público ni perjudican a un tercero, están sólo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados"¹⁰.

En otro caso, la justicia argentina, con intervención de la Cámara de Apelaciones en lo Civil de la ciudad de San Martín, autorizó la transfusión de sangre a un menor, no obstante la oposición de sus progenitores, quienes invocaron la objeción de conciencia por pertenecer a la confesión de Los Testigos de Jehová".

7. En cuanto a los conflictos que configuran trances de "ética menor", son ejemplos válidos, entre otros, ocultar al paciente un diagnóstico de

¹⁰ Corte Sup. de Justicia, 6 de abril de 1993, en Revista Jurídica Argentina La Ley, tomo 1993-D, pág. 125 y sigts.

11 Citado por SAGÜES, Néstor Pedro, en La Ley, loc cit., pág. 132.

enfermedad terminal o la decisión del médico de no hablar con el paciente de los riesgos de un tratamiento recomendado, por temor a que se niegue a aceptarlo, eludiendo así la norma de obrar sobre la base de un consentimiento informado.

8. Lo cierto es que, como apunta Sanguinetti, "los pacientes presentan al médico situaciones individuales y excepcionales que revelan la diferencia entre la ética pura y la *ética aplicada*. Por eso es importante la tabla de valores de cada paciente, es decir su perfil axiológico o axiograma, agregado junto a su historia clínica como un formulario de los valores emocionales, culturales y confesionales que el paciente tiene como ser humano. El axiograma del paciente es tan valioso como su hemograma" 12.

9. En otro plano de evaluaciones, suele distinguirse entre una ética utilitaria y una ética de principios, según se las conciba respectivamente ancladas en las consecuencias en la decisión biomédica -ética consecuencialista- o en convicciones, dogmas o creencias religiosas o estrictamente morales.

Así, siguiendo a Bentham, se afirma que nada es bueno o malo, salvo el dolor o el placer o las cosas que son la causa o el impedimento del dolor o el placer¹³.

La ética consecuencialista o utilitaria es controvertida, entre otras concepciones religiosas, por la ética teológica cristiana, para la cual el principio supremo es la caridad y no utilidad, y afirman quienes sustentan esta última concepción que "es mucho mayor la felicidad que puede alcanzarse con la ética del amor que con la ética de la utilidad" 14.

Pero convengamos en que la rígida aplicación de una u otra concepción ética comportaría a inconciliables cuando no impracticables soluciones frente a los diversos casos que presentan la biomedicina, la biogenética, la biotecnología y la ingeniería genética, tales como la inseminación artificial, homóloga o heteróloga, la fecundación in vitro,

¹² SANGUINETTI, op. cit., pág. 9.

¹³ WATSON, John. "Teorías del placer. Su significado y su historia desde Aristipo hasta Spencer" (ed. Paidós), pág. 135; citado por Omar U. Barbero en Revista Jurídica Argentina La Ley, tomo 1988-D, pág. 914.

¹⁴ BARBERO, op. y loc. cit

la crioconservación de esperma, embriones y -ya posible en la actualidad- óvulos, las terapias génicas, la experimentación terapéutica y la experimentación pura, sea sobre células somáticas o con células germinales, la adopción prenatal de embriones, etc.

Todo esto sea dicho sin olvidar, entre otros, el tremendo interrogante ético que plantea la donación de embriones humanos, experimento éste a la orden en la expectativa mundial. Esta técnica de ingeniería biológica, evidentemente de gran utilidad en genética animal y vegetal para mejorar y aumentar la producción de alimentos, es éticamente insostenible en el orden humano. Pensemos, por lo demás, en la hipótesis de la constitución de un comité de ética para seleccionar, por vía de clonación, al mejor ser humano, ¿quiénes tendrían el poder de designar a los integrantes de este comité? ¿Cuál habría de ser el material hereditario ideal para clonar?¹⁵

Lo cierto es que la naturaleza ha demostrado que la diversidad y variabilidad biológicas son más importantes que la selección digitada; la selección natural se ha encargado de determinar que "sólo resisten los organismos que se adaptan al medio". ¿Lograr la generación de genios por vía de donación? "Todos coincidimos en que Beethoven, Mozart o un Premio Nobel son genios, pero donar a un individuo no da por resultado otro genio, sino una copia de ese genio"; el entorno del gen es diferente, de modo que un gen en un ambiente determinado (físico, cultural, familiar, económico, etc.) da por resultado un genio y en otro medio no. He aquí el fondo ético del caso¹⁶.

En suma, existe también una ética de la ley natural "que pone el acento en el respeto a la naturaleza y para la cual son aceptables solamente los actos que protegen la esencia de la vida humana"¹⁷.

10. Toda esta dramática confrontación entre los niveles del avance científico y la conciencia moral de los hombres ha generado diversidad de instituciones, organismos y entidades, tanto estatales como privados, en pos de solucionar las perplejidades éticas y asegurar a médicos, genetistas, educadores, juristas y legisladores, etc., a la vez que convocar a los cultores de estas disciplinas y actividades, sin excluir por cierto a

¹⁵ La Nación, Buenos Aires, 22 de febrero de 1994, reportaje al genetista mexicano Jesús Guizar Vásquez.

¹⁶ La Nación, loc. cit.

¹⁷ SANGUINETTI, op. cit., pág. 8

los filósofos, en procura de una ilustrada y abarcadora visión y evaluación de estos dilemas.

Comités de bioética proliferaron con empuje y fructificación parejos a la caudalosa bibliografía de que di cuenta en líneas iniciales de este relato. Desde luego, también en el orden internacional, tanto en el seno de las Naciones Unidas como en el Consejo de Europa y en otras dimensiones regionales se han constituido estos organismos, se han formulado guías, resoluciones y declaraciones.

No menos importantes son los comités de ética en instituciones hospitalarias. En Estados Unidos de Norteamérica, hace un par de décadas, surgieron estos comités a resultas de diversos trances conflictivos relacionados con tratamientos o con supresión de tratamientos de enfermos. Se menciona el de Karen Ann Quinlan (1976) como el primer caso: una joven en coma profundo, cuyos padres pidieron autorización judicial para desconectarla del respirador artificial, dando así término a esta serie de encarnizamiento terapéutico. El segundo caso, conocido como Baby Doe (1982), corresponde a una criatura nacida con Síndrome de Down y atresia esofágica; sus padres se negaron a autorizar la operación que le permitiría alimentarse y vivir. El tercer caso, el de la niña Jane Doe (1983), nacida con graves problemas neurológicos, espina bifida, hidrocefalia y microcefalia; sus padres se negaron a que se realizara una operación que evitaría las infecciones pero no las malformaciones¹⁸.

Estos comités, que suelen estar integrados por grupos interdisciplinarios (médicos, enfermeras, administradores, hospitalarios, abogados, filósofos, miembros de la comunidad, pacientes, etc.), tienen como designio asesorar en la solución de los dilemas éticos y, en lo posible, mantener estos casos alejados de las cortes de justicia¹⁹.

En la ex República Federal de Alemania comenzaron a establecerse comités de ética a partir de 1973. El impulso, recuerda H. Jung²⁰, venía

¹⁸ De un trabajo Inédito de LUNA, Florencia (Buenos Aires, 1994), sobre los comités de ética en las instituciones hospitalarias.

¹⁹ LUNA, Florencia, op. cit.

²⁰ JUNG, H. Quelques réflexions sur le rôle des comités déthique, en *Déviance et Société*, Ginebra, 1989, vol. 13, N° 3, págs. 251-255.

del extranjero, en particular de los Estados Unidos de Norteamérica. Por lo general, estos comités funcionan asociados, en algunos casos, con las facultades de medicina y en otros con las asociaciones médicas. Contrariamente a lo que ocurre en Francia, no existe en Alemania un comité nacional. Estos comités están integrados principalmente por médicos, a quienes por lo general suele acompañar, como único "extraño", un jurista.

En Alemania nadie está obligado a someter un proyecto de investigación a la aprobación de un comité de ética. Sin embargo, existen coerciones indirectas; así, por ejemplo, no le son acordados créditos para la investigación si el investigador no ha requerido opinión a un comité de ética; o también, a veces, los periódicos científicos no aceptan publicar artículos concernientes al proyecto cuando se ha incurrido en tal omisión.

En Francia, el "Comité Consultatif National d'Ethique pour les Sciences de la Vie et de la Santé" consiste, ante todo, en un grupo de expertos que participan en la elaboración de directivas que constituyen no solamente elementos de la deontología profesional, sino también preceptos morales y, en algunos casos, jurídicos. De aquí que siempre se ha exigido que en él estén representadas las grandes corrientes de pensamiento.

En verdad que, en las esferas cruciales de la existencia humana, siempre se ha de recurrir a la opinión de los expertos para esclarecer la decisión a tomar; pero la decisión en sí debe depender siempre del legislador, de la jurisprudencia, en suma, de la sociedad.

De aquí que nos preguntemos si la aprobación dictaminada por un comité de ética tiene la virtud de eximir al investigador de su responsabilidad personal. En Derecho Penal el problema se reduce a la cuestión de saber si el investigador -en caso de no existir causas de justificación u otra excusa- podría invocar un error de derecho proveniente del hecho que el comité de ética aprobó una cierta forma de experimentación o de ensayo terapéutico sobre un ser humano²¹ .

Tanto el Derecho Penal como la medicina se fundamentan sobre el principio de la responsabilidad personal. La opinión de un tal comité tiene el limitado alcance de un control durante el proceso de la decisión personal. La opinión emitida sobre una experimentación dada

²¹ JUNG, loc. cit.

"esclarece, es verdad, la conciencia de quien actúa, pero no lo descarga de su responsabilidad"²².

Entendemos que las opiniones o dictámenes de estos grupos interdisciplinarios constitutivos de los comités de ética no deben significar la extinción del principio de la responsabilidad penal individual, o "responsabilidad personal", como se lee en el artículo 27 de la Constitución italiana. Sólo en casos extremos, excepcionales y en consideración a sus circunstancias particulares, podrá valer como precepto permisivo o exculpatorio la opinión vertida por estos comités.

Recordemos a qué abismos de feroz criminalidad condujo el abandono del principio de responsabilidad jurídico-penal individual en aras de la primacía del parecer de estos comités: en su obra publicada en 1920, "Die Freigabe der Vernichtung Lebensunwerten Lebens", Binding y Hoche propiciaban la idea de "la exterminación de ciertos enfermos mentales inútiles para la sociedad". Estas lúgubres afirmaciones, sin duda alguna, facilitaron la puesta en obra por los nazis de su programa de exterminación de enfermos mentales. Binding y Hoche proponían que la selección de los enfermos destinados a ser muertos debía depender de un comité compuesto por dos médicos y un jurista²³.

A estas alturas del relato, me eximo de inventariar detalladamente este cuantioso caudal de entidades al igual que el contingente de sistemas normativos éticos para pasar a expedirme acerca de los casos que generan estos dilemas y que, además, pueden quedar emplazados en el dominio epistemológico de la Criminología.

II

11. La solución de los problemas que la actual ciencia biológica, la biogenética, la ingeniería genética afectan los intereses individuales y sociales, requiere una revisión de los principios éticos tradicionales y, en su caso, la adopción de nuevas normas jurídicas²⁴.

²² LABROUSSE-RIOU. "Servitude, Servitudes, en *Edelman-Hermitte, L homme, la nature, et le droit*", 1988, pág. 364, cit. por Jung en op. cit.

²³ Op. cit. en nota 15 bis, pág. 254.

²⁴ **Révue Internationale de Droit Pénal**, "Droit Pénal et Techniques Biomédicales Modernes", vol. 59, pág. 1.327. **Sigo la metodología expuesta en esta** publicación en orden al

La experimentación sobre el ser humano (nacido o por nacer), el trasplante de órganos entre vivos o cadavéricos, la procreación asistida, la manipulación genética integran los más destacables campos conflictivos y dilemáticos.

12. Por una parte, se trata de proteger al ser humano como sujeto de experimentación: asegurar su libertad de decisión recurriendo a su consentimiento informado; proteger su vida y su integridad física contra riesgos injustificados amén de su dignidad contra experimentaciones humillantes. En cuanto a la moderna medicina de la procreación, ella puede menoscabar los intereses de la persona por nacer y, a la vez, poner en peligro la protección institucional del matrimonio y de la familia. En lo referente a la moderna tecnología genética, su empleo puede desembocar en discriminaciones en materia laboral y de seguros, no menos que causar graves perjuicios de orden ambiental.

12 bis. Por otra parte, importa defender el derecho al libre desarrollo de la personalidad, incluido el derecho de procrear, lo mismo que la libertad de la ciencia y de la investigación y ello no sólo en interés individual del investigador, sino también en pro del interés general por el progreso de la medicina, destinado, en suma, al bienestar del hombre y de la humanidad.

14. Con muy buen acuerdo se sostuvo que "la evaluación y el peso de los intereses en conflicto responden a diferentes puntos de vista y conducen a soluciones divergentes según las diversas culturas jurídicas y estructuras sociales, coloreadas asimismo por convicciones religiosas, éticas y políticas múltiples". No obstante, teniendo en cuenta que estos problemas no se detienen en las fronteras nacionales así como la progresiva interdependencia de los diferentes Estados, sería deseable lograr un acuerdo internacional acerca de patrones y reglas de conducta que respondan a tal internacionalización. Normas éstas de variada naturaleza: directivas deontológicas así como un sistema de sanciones tanto de derecho civil, derecho administrativo y, en su caso, de derecho penal²⁵.

enunciado de los casos problemáticos, sin perjuicio de las otras diversas fuentes bibliográficas que iré citando en el curso de este relato

²⁵ Op. cit., en nota inmediata anterior.

15. La intervención del Derecho Penal tendrá el carácter de "ultima ratio". He aquí los criterios que darían base racional, que justificarían la sanción penal: en primer lugar, considerar si el bien jurídico amenazado tiene entidad bastante como para merecer protección penal; y tener en cuenta si el acto de amenaza contra el bien jurídico es realmente reprochable. Además, la intervención del Derecho Penal debe verificarse necesaria y también útil, tras un análisis de sus ventajas e inconvenientes.

16. Es dable advertir que el reconocimiento de los derechos fundamentales del ser humano, en declaraciones de jerarquía constitucional e internacional, avanza desde la consagración de sus derechos civiles y políticos de los pasados siglos XVIII y XIX, hacia los llamados derechos sociales, acogidos en diversas constituciones nacionales y declaraciones y convenciones internacionales del presente siglo. Hoy asoma una nueva etapa, la que ahonda y amplía la cobertura y el horizonte de los derechos humanos al abordar la juridización de la biociencia y la ecología. Vale la pena citar uno de los textos constitucionales más recientes sobre ambas dimensiones del individuo y del destino de la estirpe humana, tal el de la Constitución federal de la Confederación Suiza, cuyo artículo 24 novies, introducido por votación popular del 17 de mayo de 1992, reza: "El hombre y su entorno están protegidos contra los abusos en materia de técnicas de procreación y de ingeniería genética".

La Confederación dicta las prescripciones relativas a la utilización del patrimonio germinal y genético humano. Por tal medio, ella se aplica a asegurar la protección de la dignidad humana, de la personalidad y de la familia, ajustándose básicamente a los siguientes principios:

a. las intervenciones en el patrimonio genético de gametos y de embriones humanos no son admisibles;

b. el patrimonio germinal y genético no humano no puede ser transferido al patrimonio germinal humano ni fusionado con éste;

c. el recurso a los métodos de procreación asistida sólo es autorizado cuando la esterilidad o el peligro de transmisión de una enfermedad grave no pueden ser evitados de otra manera; pero no es autorizado para desarrollar en el niño ciertas cualidades ni para hacer investigación. La

fecundación de óvulos humanos fuera del cuerpo de la mujer sólo es autorizada bajo las condiciones previstas en la ley. Pueden ser desarrollados fuera del cuerpo de la mujer, hasta llegar a la etapa de embrión, sólo el número de óvulos humanos posibles de ser implantados inmediatamente;

d. la donación de embriones y todas las formas de maternidad de sustitución están prohibidas;

e. está prohibido el comercio del patrimonio germinal humano y el de los productos resultantes de los embriones;

f. el patrimonio genético de una persona no puede ser analizado, registrado ni revelado sino con el consentimiento de ella o sobre la base de un mandato legal;

g. es garantizado el acceso de la persona a los datos relativos a su ascendencia.

La Confederación norma las prescripciones sobre la utilización del patrimonio germinal y genético de los animales, las plantas y otros organismos. Por este medio, ella cuida de la dignidad de la criatura y la seguridad del hombre, del animal y del entorno; ella protege también la multiplicidad genética de las especies animal y vegetal²⁶.

17. Ensayo, a continuación, presentar el tratamiento que viene mereciendo cada uno de los rubros más salientes de la problemática que me ocupa. Aunque no tengo la pretensión -ni creo que su profusión y dinamismo lo permitan- de abarcar en este relato la completa visión de estas cuestiones, me propongo exponerlas tanto con referencia a ciertos análisis y soluciones propuestos tanto en sede académica internacional como en planteamientos doctrinarios de algunos autores, sin olvidar las normas de que dan cuenta algunas de las más recientes legislaciones sobre estas materias.

18. El curso del coloquio preparatorio para una reunión internacional **sobre el** Derecho Penal y las técnicas biomédicas modernas, llevado a cabo hace pocos años en el Max Planck Institut de Alemania, desembocó

²⁶ No cuento -ignoro si existe- con un texto oficial en castellano de esta Constitución; por tanto, el que transcribo es texto de mi traducción libre

en un sustancial conjunto de conclusiones que entiendo son de imprescindible mención en este Seminario que hoy nos convocan.

19. Seguramente no se podría avanzar con nuevas terapias ni lograr medicamentos nuevos o mejorados, sin que las unas y los otros sean experimentados sobre el hombre antes de su empleo generalizado. Es cierto que ya desde 1964, en la Declaración de Helsinki, revisada en la reunión de Tokio de 1975 y en numerosos principios y directivas, tanto nacionales como internacionales, existían normas éticas y deontológicas; pero las violaciones de éstas no tienen como consecuencia una sanción jurídica, inclusive de carácter penal.

La experimentación terapéutica requiere, además del consentimiento informado del paciente, una evaluación de ventajas y riesgos. Esta exigencia de una proporción entre riesgos y ventajas ha de ser tanto más rigurosa cuando se trata de terapéuticas o nuevas drogas aún en estado experimental y cuando el beneficio individual del sujeto sometido al experimento sea menor en el caso, por ejemplo, en que se suministra un medicamento nuevo a una persona sana o en el supuesto de la inclusión de una persona dentro de un grupo testigo.

En los casos de experimentaciones puras, es decir, no terapéuticas, es recomendable -según las conclusiones a que me vengo refiriendo- reforzar por vía penal los siguientes principios:

a. a fin de proteger la incolumidad física y la vida del sujeto de la experiencia, éste no debe ser expuesto a ningún peligro mortal ni a ningún riesgo desproporcionado; b. con vistas a respetar su libre decisión, el sujeto sólo puede ser sometido a la práctica de la experimentación mediante su previo consentimiento expreso por escrito; c. el sujeto de la experimentación ha de ser protegido contra los eventuales riesgos mediante un seguro que, en caso de daños o perjuicios, resarza con una adecuada indemnización.

También es preciso prever algunas medidas, como ser la prohibición general, bajo sanción penal, para tutelar a las personas que, en razón de sus calidades o de sus circunstancias son particularmente vulnerables, tales como los menores, las mujeres encintas, las personas física o mentalmente disminuidas, los presos y quienes, por distintas causas, se

²⁷ Op• cit., en nota 16.

vean limitados en su libertad de decisión o en su capacidad de discernimiento.

Se propicia que los delitos relativos a la protección de las personas sujetas a experimentación deban, en orden al Derecho Penal internacional, caer dentro de la órbita del principio de universalidad.

20. No es frecuente que el Derecho Penal tradicional se haga cargo de los problemas específicamente ligados al transplante de órganos y al examen y empleo de tejidos de origen humano. Las conclusiones de la citada reunión preparatoria internacional, sobre esta materia, proponían la elaboración de una reglamentación legislativa comprensiva de las condiciones y métodos del transplante de órganos y empleo de órganos artificiales, tanto en interés de los beneficiarios como en el de los donantes, lo mismo que en interés de los médicos de disponer de una base legal inequívoca. Además, es menester distinguir entre las ablaciones de órganos en donantes vivos y las efectuadas sobre los muertos.

En el primer caso, se considera necesario exigir; a. el consentimiento informado y expreso del interesado, después de una detallada información; b. una evaluación de intereses para el supuesto de ablación de órganos o toma de sustancias no regenerables y/o cuya pérdida puede comportar peligro considerable para la vida o la salud del donante; c. estas restricciones han de ser observadas de manera particularmente estricta en el caso de menores o de otras personas limitadas en su capacidad de discernimiento; estas personas no podrán ser donantes de órganos o tejidos, aun en el consentimiento de su representante legal, salvo que el acto fuere indispensable para salvar la vida de un allegado y que no se haya conseguido otro donante, todo lo cual es igualmente válido para los que se encuentran detenidos; d. en el caso de que la donación de órganos sea en beneficio del representante legal, éste no podrá tomar parte en la decisión.

En lo que concierne a órganos cadavéricos, debe ser respetada la voluntad expresa o presunta del difunto; en ausencia de declaración o de indicios ciertos de esta voluntad, ha de estarse a la decisión de sus parientes más cercanos.

Es evidente que, para evitar las ablaciones prematuras de órganos, corresponde reglamentar los criterios de definición de la muerte.

Se propicia la prohibición del trasplante de gónadas.

También se recomiendan las sanciones penales contra la comercialización de órganos y de tejidos de origen humano.

21. Desde abril de 1993 contamos en la Argentina con una nueva ley sobre trasplante de órganos²⁸. Viene muy al caso la cita de algunas de sus disposiciones.

En lo que respecta al consentimiento informado, la ley establece que los médicos deberán informar a cada paciente y su grupo familiar (...), de manera suficiente, clara y adaptada a su nivel cultural, sobre los riesgos de la operación de ablación e implante, sus secuelas físicas y psíquicas, ciertas o posibles, la evolución previsible y las limitaciones resultantes, así como de las posibilidades de mejoría que (...) puedan resultar para el receptor. Luego de asegurarse que el dador y el receptor hayan comprendido el significado de la información suministrada, (los médicos) dejarán a la libre voluntad de cada uno de ellos la decisión que corresponda adoptar. (De todo ello) deberá quedar constancia documentada (art. 13).

En cuanto a los criterios para definir la muerte, la ley argentina declara que el fallecimiento de una persona se considerará tal cuando se verifiquen de modo acumulativo los siguientes signos, que deberán persistir ininterrumpidamente seis horas después de su comprobación conjunta:

- a. ausencia irreversible de respuesta cerebral, con pérdida absoluta de conciencia;
- b. ausencia de respiración espontánea;
- c. ausencia de reflejos cefálicos y comprobación de pupilas fijas no reactivas;
- d. inactividad encefálica corroborada por medios técnicos y/o instrumentales adecuados a las diversas situaciones clínicas, cuya nómina será periódicamente actualizada por el Ministerio de Salud y

Acción Social con el asesoramiento del Instituto Nacional Central Unico Coordinador de Ablación e Implante.

La verificación de los signos referidos en el inciso d. no será necesaria en caso de paro cardiorrespiratorio total e irreversible (art. 23).

En cuanto a las penalidades, se conmina con seis meses a cinco años de prisión e inhabilitación especial de dos a diez años si el autor fuere un profesional del arte de curar o una persona que ejerza actividades de colaboración del arte de curar:

a. el que directa o indirectamente diere u ofreciere beneficios de contenido patrimonial o no, a un posible dador o a un tercero, para lograr la obtención de órganos o materiales anatómicos;

b. ídem, al que recibiera o exigiera esos beneficios, sean o no propios los órganos;

c. al que mediare con propósito de lucro (art. 28).

La pena será de dos a seis años de prisión e inhabilitación especial de dos a diez años para el médico o colaborador del médico que extrajere indebidamente órganos o materiales anatómicos de cadáveres (art. 29).

De cuatro años de prisión a prisión perpetua, si extrajere indebidamente órganos o materiales anatómicos de seres humanos vivos (art. 30).

Se prevén en esta ley otras penas menores para diversos supuestos de incumplimiento de formalidades y requisitos.

22. Los problemas jurídicos vinculados a la reproducción humana asistida (inseminación artificial, fecundación in vitro, transferencia embrionaria, maternidad subrogada) presentan aun hoy día una candente sustancia polémica y situaciones todavía pendientes de solución.

Las reglamentaciones y sanciones, sean de derecho civil, administrativo o penal, es recomendable que contemplen²⁹:

²⁹ **Op. cit., en nota 16, págs. 1.332 y ss.**

a. la protección de los intereses fundamentales de los niños nacidos por vía de fecundación asistida, ante todo su derecho a tener acceso al conocimiento de sus orígenes, derecho éste que requerirá la pertinente adaptación de la legislación en materia de adopción y de emplazamiento familiar.

b. la salvaguardia de reglas mínimas para la donación de gametos, en particular instituyendo la obligación de información relativa a las cualidades de significativa importancia para la salud de la mujer receptora y de sus hijos;

c. la interdicción de conservar gametos o embriones más allá de un determinado período;

d. la prohibición de la inseminación post mortem;

e. la prohibición del cultivo extracorpóreo del embrión con posterioridad a la etapa del desarrollo marcada por la nidación;

f. la prohibición de la comercialización de gametos y embriones, lo mismo que la comercialización de la maternidad como un servicio para terceros, comprendida también en esta prohibición la publicidad conexas;

g. la protección de la libertad de decisión de todas las personas articuladas, incluidos los dadores de gametos, al igual que la protección de la libertad de conciencia del médico;

h. la prohibición de la fecundación de embriones para fines ajenos a los de la procreación humana.

El secreto profesional debe ser respetado en este caso. El derecho o la obligación de revelar el secreto justificado en interés del niño, ha de estar previsto expresamente en la normativa.

23. Las primeras prácticas de inseminación artificial datan de un par de siglos atrás, pero la conservación en nitrógeno líquido del semen,

lograda hace casi tres décadas abre, junto con un horizonte de posibilidades", todo un yacimiento de complejidades.

Merced a la técnica de la fecundación in vitro, nacieron desde 1978 numerosos "bebés-probeta". Nueva indagación, a resultados de esta técnica, acerca del comienzo de la vida humana y del punto de partida de la calidad de "persona".

En la búsqueda de la solución tanto ética, religiosa como jurídica de estos interrogantes, se ha tratado de distinguir sucesivos estadios en el proceso del nacimiento del "nasciturus", a partir de la concepción, es decir, desde la fecundación del óvulo: preembrión, embrión, feto y sujeto ya nacido³¹.

Las situaciones complejas y problemáticas se vienen multiplicando: fecundación de mujer soltera, gestación por cuenta de terceros, madres de alquiler, madre subrogada, viuda inseminada con semen congelado del marido fallecido; mujer separada de hecho o divorciada, inseminada con el semen congelado del marido antes de la separación; el destino de un "embrión huérfano" (caso del embrión que iba a ser implantado en una mujer australiana, cuando fallecieron en un accidente sus "progenitores"); inseminación en integrantes de parejas de lesbianas, etc.

Se ha dicho, creo que con razón, que todo este séquito de situaciones ha creado una "verdadera disociación entre las funciones de generación y de gestación"³².

A fines de junio de este año encendiéndose en Italia una fuerte polémica ante el anuncio de un médico de haber practicado inseminación artificial en una lesbiana para que, junto con su amiga pudieran tener un hijo³³.

30 VIDAL MARTINEZ, Jaime. *"La aplicación de la inseminación artificial y otras técnicas genéticas en los seres humanos"*, en Revista Jurídica Argentina La Ley. t. 1986-D, pág. 1.013.

31 MARTINEZ, Stella Maris. *"Manipulación genética y derecho penal"* (ed. Universidad, Buenos Aires, 1994), págs. 117 a 154. Considero que, en este campo de la relación entre las biociencia, biogenética, biotecnología y el derecho penal, la obra de Stella Maris Martínez es altamente valiosa por el gran acopio de información, la creatividad original y, en no menor medida, la diáfana y cuidado estilo de su exposición.

32 VIDAL MARTINEZ, Jaime. Op. y loc. cit.

33 Diario La Nación. Buenos Aires, 22 de junio de 1994.

Pocos días después de este anuncio, el Comité Nacional de Bioética de Italia emitió un documento sobre la fecundación artificial, en el cual se rechaza a las "abuelas-madres", la fecundación asistida para parejas homosexuales o mujeres solas o "úteros de alquiler". Según este Comité es menester rechazar la reproducción asistida en mujeres mayores de 51 años que quieren ser madres, y negar la fecundación con el espermatozoide del marido muerto, así como limitar la edad de los donantes de semen. Acerca de esto último, los expertos italianos integrantes del citado Comité opinan que el donante debe tener no menos de 18 años de edad y no más de 40. Además, tras el quinto hijo procreado deberá quedar excluido de la lista de donantes. Por cierto que no deberá recibir retribución alguna por sus prestaciones. El Comité también se opuso a que se mezcle el semen del donante con el del marido o compañero estéril, y a la elección del sexo del "nasciturus". Sobre la mezcla de semen, los expertos tuvieron en consideración, al manifestarse en contra, la necesidad de tutelar el derecho del futuro ser a conocer sus propios orígenes. Asimismo condenó el Comité cualquier tipo de procreación inspirada en prejuicios sociales; aunque no individualizó a nadie, era evidente que el Comité se refería al caso de una mujer de raza negra, casada con un blanco, que logró gracias al trasplante de ovocitos, tener un hijo totalmente blanco. Este Comité se pronunció, además, por la prohibición de la producción de embriones destinados a experimentos, el comercio de embriones, la donación y la producción de híbridos³⁴.

24. Salvo las normas penales en materia de aborto, son infrecuentes todavía las destinadas a reglamentar o sancionar las investigaciones y manipulaciones sobre embriones humanos y el feto y, menos todavía, las concernientes a la materia embrionaria, anterior a la etapa de la anidación.

El grado de protección del embrión humano aún no implantado depende, en gran parte, de la significación o status moral que se le atribuya. Pese a las diferentes y aun divergentes opiniones sobre esta cuestión y a despecho de los debates que aun se mantienen en el mundo, hay por lo menos una base mínima de consenso en cuanto a reconocer que la vida humana merece ser protegida desde el momento de la fecundación, independientemente de la hipótesis de que el embrión,

³⁴ La Nación, 1 de julio de 1994.

desde el momento mismo de la concepción pueda o no ser calificado como "persona" o que le asistan o no derechos individuales fundamentales³⁵.

En tanto y en cuanto la intervención pueda ser considerada una medida terapéutica para bien del embrión, nada resulta antijurídico.

Por otra parte, la investigación pura (no terapéutica) sobre el embrión es merecedora de harto diferente evaluación. Generalmente se estima que la producción deliberada de embriones para fines científicos debe ser prohibida, cuando no bajo sanción penal.

Por lo general se justifican las intervenciones que inevitable o deliberadamente conduzcan a la muerte del embrión, bajo las estrictas condiciones de que el embrión no pueda ser objeto de reimplantación inmediata y que la experimentación tenga el designio de lograr conocimientos previamente definidos y de alta significación imposibles de adquirir por medio de otras vías de experimentación.

En sede académica internacional se está de acuerdo que los donantes de gametos no han de tener derecho de propiedad respecto del embrión sin perjuicio, desde luego, de que sea menester el consentimiento de los donantes para la utilización del embrión con fines científicos.

En la medida en que no pueda lograrse la observación de las normas regulatorias del uso de embriones con la intervención de los comités de ética, se considera necesario encarar la instrumentación de normas penales³⁶.

25. Pasemos ahora revista a los criterios bioéticos, con eventual proyección criminológica, referidos a las intervenciones sobre la sustancia hereditaria (análisis o mapeo del genoma, terapias génicas).

No cabe duda de que el derecho a heredar las características genéticas indemnes de manipulación alguna requiera protección jurídica.

³⁵ *Révue Internationale de Droit Pénal*, vol. 59, pág. 1.334. En punto a1 concepto de "persona", en sus dimensiones diversas, incluida la filosófica, ver Luden Séve, "Pour une critique de la raison bioéthique", ed. Odile Jacob. Paris, 1994, passim.

³⁶ *Révue Int.*, loc. cit. en nota 27.

Los límites de las intervenciones en el patrimonio genético hereditario han **de ser** establecidos en la ley. **En efecto, se** requiere la institución de garantías especiales, por **una parte, para** proteger al individuo contra las prácticas sin finalidad terapéutica, y por otra **parte, en salvaguardia de los intereses** públicos de orden sanitario. Ello también concierne **en** particular a la protección del entorno contra los riesgos de contaminación vinculados a las experimentaciones de manipulaciones genéticas.

En cuanto a los métodos de diagnóstico prenatal genético, se propone sean limitados a los casos en que sea dable presumir afecciones genéticas de grave riesgo para el desarrollo del embrión.

Las prácticas de diagnóstico prenatal genético a los fines de selección del sexo mediante la interrupción del embarazo deben ser rechazadas y penalmente punibles.

Dentro del marco de exámenes epidemiológicos destinados a descubrir afecciones genéticas, la utilización de métodos de diagnóstico genético incluida la documentación relativa a la identidad de la persona no debe ser admitida, salvo que tales exámenes tengan una finalidad médica inequívocamente definida y que la información genética obtenida sea protegida contra cualquier abuso.

Con respecto a la utilización del análisis de genomas, es preciso prever dispositivos jurídicos especiales y, de ser necesario, sanciones penales, con vistas a proteger los datos contra su abuso y a evitar ilícitas discriminaciones posibles, sobre todo en la esfera del derecho laboral y en materia de seguros.

La transferencia de genes en células somáticas no es objetable en tanto se trate de ensayos terapéuticos respetuosos de las disposiciones que reglamentan estas terapias génicas.

En cambio, la transferencia de genes en células germinales (gametos) debe ser prohibida, en tanto que la reproducibilidad, la validez y la inocuidad de la terapia de los gametos no hubiesen sido previamente puestas a prueba mediante el tratamiento sobre células aisladas y apoyándose en experimentos con animales.

La donación de seres humanos debe ser incriminada.

Los ensayos con el diseño de la generación de híbridos y de quimeras mediante la fusión de células germinales humanas con las de animales también deben ser incriminados³⁷.

26. Nos preguntamos cuáles han de ser los principios orientadores de que ha de valerse el legislador para colmar el vacío normativo en el que se mueven las nuevas prácticas y potencialidades de la tecnología genética. En efecto, habrá que crear o adaptar las legislaciones en función de la tutela de los individuos y también en función de la salvaguardia de los intereses de la colectividad³⁸.

Especificaba así este contenido genérico el presidente de la Comisión de Asuntos Jurídicos y de Derechos de los Ciudadanos del Parlamento Europeo: "El principio fundamental que ha de regir las consideraciones jurídicas y políticas tiene que ser la inviolabilidad de los derechos humanos fundamentales, encarnados en el derecho a la vida, a la dignidad humana, a la integridad física y psíquica y a la autodeterminación"³⁹.

27.- Pasemos ahora, en consecuencia, revista a las resoluciones que, siguiendo tales lineamientos, adoptó el Parlamento Europeo en marzo de 1989.

En relación con el análisis del genoma en general se exige, como condición indispensable para el empleo de análisis genéticos:

a. que éstos tengan exclusivamente como fin el bienestar de las personas afectadas, que se basen sólo en la libre decisión y que los resultados de un reconocimiento de los afectados se les comunique por expreso deseo de éstos; ningún médico tiene el derecho de informar a familiares de las personas afectadas, sin conocimiento de éstas;

b. que en ningún caso se utilicen, con el fin científicamente dudoso y políticamente inaceptable de lograr una "mejora positiva" del acervo

³⁷ Para las conclusiones transcritas, ver op. y loc. cit. en nota inmediata anterior.

³⁸ BARON CRESPO, Enrique, presidente del Parlamento Europeo (1989), en Parlamento Europeo. "Problemas éticos y jurídicos de la manipulación genética y de la fecundación artificial humana" (Luxemburgo, 1990), pág. 5.

³⁹ STAUFFENBERG, Graf *en op. cit.* en nota inmediata anterior, pág. 6.

genético de la población, de conseguir una selección negativa de rasgos genéticamente indeseables o de establecer "normas genéticas".

c. el trazado de un mapa genético sólo podrá **ser** llevado a cabo por un médico; se deberá prohibir la transmisión, la recopilación, el almacenamiento y la evaluación de datos genéticos por parte de organismos estatales o de organizaciones privadas.

d. que no se elaboren estrategias genéticas con vistas a solucionar problemas sociales, ya que esto destruiría nuestra capacidad para considerar la vida humana como una realidad compleja que jamás podrá comprenderse plenamente mediante un único método científico.

En relación con el análisis del genoma en los trabajadores:

a. se exige que se prohíba, de forma jurídicamente vinculante, la selección de los trabajadores según criterios genéticos;

b. se han de prohibir, en general, los análisis genéticos en los reconocimientos médicos sistemáticos.

En relación con el análisis del genoma para seguros, se hace constar que las compañías de seguros no tienen ningún derecho a exigir que se realicen análisis genéticos antes o después de la firma de un contrato de seguros, ni a que se comuniquen los resultados de análisis genéticos ya realizados y que los análisis genéticos no puedan convertirse en condición para la firma de un contrato de seguro.

En relación con el análisis del genoma y los procedimientos judiciales, se propone que tales análisis sólo podrán realizarse con carácter excepcional y exclusivamente por orden judicial y en ámbitos estrechamente delimitados, y que se puedan utilizar únicamente aquellas partes del análisis del genoma que revistan importancia para el caso y que no permitan ningún tipo de deducciones sobre la totalidad de la información hereditaria.

En relación con la terapéutica genética somática, se considera la transferencia genética de células somáticas humanas como una forma de tratamiento básicamente defendible siempre que se informe debidamente al afectado y que se recabe su consentimiento.

Con respecto a las intervenciones de la ingeniería genética en la línea germinal humana:

a. deberán prohibirse categóricamente todos los intentos de recomponer arbitrariamente el programa genético de los seres humanos;

b. se exige la penalización de toda transferencia de genes a células germinales humanas;

c. se estima necesario definir el estatuto ("status") jurídico del embrión humano con objeto de garantizar una protección inequívoca de la identidad genética;

d. se considera que aun una modificación parcial de la información hereditaria constituye una falsificación de la identidad de la persona que, por tratarse ésta de un bien jurídico personalísimo, resulta injustificable.

En cuanto concierne a la investigación realizada en embriones:

a. afirma que el cigoto requiere protección y que, por lo tanto, no puede ser objeto de experimentación de forma arbitraria; así, pues, resulta insuficiente la reglamentación de este problema mediante directrices profesionales en el ámbito de la medicina;

b. se admite llevar a cabo un análisis de detección ("screening") en recién nacidos, solamente en casos de enfermedades curables y basándose en el principio de la libre decisión;

c. se propone que se prohíba y se sancione penalmente la transmisión de estos datos;

d. se prohíba, bajo sanción penal, el mantenimiento de la vida, por métodos artificiales, de embriones humanos con el fin de efectuar, llegado el momento, extracciones de tejidos o de órganos.

En lo relativo a la utilización de embriones con fines comerciales o industriales, se propone su represión penal, aplicándose esta sanción tanto a la producción de embriones fecundados in vitro como a la importación de embriones o fetos de terceros países.

Desde luego que, fuera de estos casos comerciales e industriales, se podrá autorizar la utilización de embriones o de fetos muertos con fines diagnósticos y existiendo un motivo reconocido que lo justifique.

Se dictamina que sólo se crioconserven embriones humanos por un tiempo limitado para la implantación destinada al exclusivo embarazo de la mujer de la que se hayan extraído óvulos con esta finalidad.

Se ha de prohibir bajo sanción el tráfico con embriones crioconservados para fines científicos, industriales o comerciales.

Se asevera que la prohibición bajo sanción penal es la única reacción concebible ante la posibilidad de producir seres humanos mediante donación, así como respecto de todos los experimentos que tengan como fin la donación de seres humanos.

Se propone sanción penal para:

a) la producción de embriones híbridos que contengan información hereditaria de distinto origen, cuando se utilice ADN humano para obtener un conjunto celular capaz de desarrollo;

b) la fecundación de un óvulo humano con semen procedente de animales o la fecundación de un óvulo animal con semen procedente de seres humanos, con el fin de obtener un conjunto celular capaz de desarrollo;

c) la transferencia, de los conjuntos celulares o embriones mencionados, a una mujer;

d) todos los experimentos dirigidos a producir quimeras e híbridos a partir de material hereditario humano y animal.

III

28.- En algunos países se ha venido afrontando últimamente el desafío de las incertidumbres jurídicas, ante esta "revolución" biológica, mediante la sanción de leyes tanto penales como extrapenales.

Propongo una somera visión de las vigentes en España y en Alemania, por ejemplo.

29.- Paso a enunciar" los principios básicos de la ley española 35/1988:

40 Sigo, para esta rápida mención de los principios básicos de la ley española, la muy documentada exposición de Pedro Federico Hooft., en Revista Jurídica Argentina La Ley, Buenos Aires, tomo 1991-A, págs. 775 y ss.

1) se requiere el consentimiento informado para la aplicación de las técnicas de procreación asistida;

2) prescribe el secreto profesional estricto; identidad de los donantes, esterilidad de los usuarios, origen de los hijos así concebidos;

3) prohibición de fecundar óvulos humanos con designio ajeno a la reproducción humana asistida;

4) autorización limitada para la experimentación con preembriones no viables;

5) autorización, para fines farmacológicos o terapéuticos, de la utilización de preembriones muertos o de preembriones humanos no viables;

6) prohibición e incriminación de diversas formas ilegítimas de manipulación genética, como por ejemplo: a) fecundar óvulos humanos con cualquier fin distinto a la procreación humana; b) mantener in vitro y vivos óvulos fecundados, más allá del 14 día, descontado el tiempo de congelamiento; c) comerciar con preembriones o sus células, así como su importación y exportación; d) utilizar preembriones con fines cosméticos o similares; e) crear seres humanos idénticos por donación u otros procedimientos dirigidos a la selección de la raza; f) selección del sexo o la manipulación genética con fines no terapéuticos o terapéuticos no autorizados; g) creación de preembriones de personas del mismo sexo con fines reproductores u otros; h) transferencia de preembriones o gametos humanos en el útero de otra especie animal o la operación inversa; i) la ectogénesis, o desarrollo del embrión fuera del seno materno, es decir, creación de un ser humano en el laboratorio; j) intercambio genético humano o recombinado con otras especies, para producción de híbridos, e tc.

La ley española extiende su autorización a la aplicación de las técnicas para la prevención y tratamiento de las enfermedades de origen genético o hereditarias: Como "usuarias" de las técnicas de reproducción asistida, la ley autoriza a toda mujer mayor de 18 años y no le exige vínculo matrimonial ni pareja **heterosexual estable; pueden ser solieras, separadas, divorciadas o viudas.**

30.- A fines de 1990 se aprobó en Alemania una ley cuyas disposiciones, más estrictas que las de la legislación española, se refieren tanto a las técnicas de la fecundación asistida como a los diversos casos de manipulaciones genéticas sobre embriones humanos⁴¹.

Está incriminado el acto de fecundar artificialmente un óvulo con fines ajenos al de producir un embarazo en la aportante. Tanto por este precepto como por otros (...), resulta evidente que se ha optado por la tutela penal del embrión no implantado, seleccionando la postura más restrictiva en punto a las posibilidades de investigación y reconociendo como destino exclusivo de todo óvulo fecundado su desarrollo gestacional⁴².

Se incrimina la implantación, de más de tres óvulos fecundados, en la misma mujer dentro de un mismo ciclo; también se reprime penalmente a quien extraiga un embrión del útero de una mujer antes de su nidación, ya sea para implantarlo en otra mujer o para destinarlo a cualquier actividad que no contribuya a su conservación.

Utilización abusiva de embriones: se reprime al que vende, traspasa, adquiere o utiliza para fines que no contribuyan a su conservación, un preembrión, ya sea producido en laboratorio o bien extraído del útero de una mujer, así como al que provoca que un preembrión se desarrolle de modo extracorpóreo con fines diversos al de provocar un embarazo.

Se sanciona la selección de sexo, salvo en los casos que se haya realizado para evitar la transmisión de una enfermedad hereditaria ligada al sexo, por ejemplo, la distrofia muscular de Duchenne.

Se prevén asimismo disposiciones vinculadas a la manipulación artificial de la información hereditaria de las células germinales, o a la utilización para fecundación de células germinales manipuladas, conductas que castiga severamente. En este último caso admite la manipulación si la célula germinal extracorpórea no ha de ser utilizada **con fines procreativos⁴³**.

⁴¹ En esta parte de mi relato sigo a Martínez, Stella Marie, op. dt. en nota 23.

⁴² MARTINEZ, Stella Marisa op. dt., pág. 177.

⁴³ Op. dt. en nota inmediata anterior.

Se reprime la creación **de un** preembrión con la misma información genética que otro embrión, **feto, ser** humano o muerto, lo mismo que la **implantación de un preembrión de esas** características.

Acuña las figuras típicas de la fecundación interespecie cuando por lo menos uno de los gametos es humano, así como la implantación de un híbrido en una mujer o en un animal o la implantación de un embrión humano en un animal.

IV

Al llegar al término de este relato, más sugeridor que completo, confieso que durante su concepción y redacción pude advertir que, de herederos que somos de las garantías estatuidas desde siglos pasados y en parte del presente, nos hemos convertido en administradores de la sucesión que recibirán las generaciones que nos siguen, quedando nosotros ética y jurídicamente obligados a defender su dignidad humana y la entereza y habitabilidad de este planeta.