

La responsabilidad de médicos y científicos ante las nuevas tecnologías biogénicas

Pedro J. Montano

Profesor de Derecho Penal, Montevideo, Uruguay.(1)

Expondremos aquí un resumen de nuestro trabajo que fuera realizado por encargo de la Facultad de Derecho de la Universidad Estatal de Montevideo que ha encarado un plan de investigaciones en todas las disciplinas para tratar aquellos temas que han sido aún regulados por la ley específicamente y que, en cambio, ya tienen un cierto desarrollo en otros países, a los efectos de evaluar si existe una necesidad de modificar nuestro Derecho o si, por el contrario, estos nuevos temas quedan resueltos con las disposiciones ya existentes.

Adelantando a ustedes la conclusión de mi trabajo les diré que, a mi entender, sería conveniente un nuevo texto normativo, para lo cual he redactado un proyecto de ley que con mucho gusto dejo a disposición de Uds. en este prestigioso Instituto que ha tenido la gentileza de invitarme a este intercambio de ideas que espero sea muy fructífero.

Para comprender las nociones que aquí se dirán es necesario ingresar al campo básico de ciertas ideas elementales que resumen el pensamiento en torno al cual desarrollaremos nuestra exposición.

1. ¿Adaptación necesaria del Derecho a la realidad?

El impresionante despliegue de la ciencia y la tecnología que caracteriza nuestros días

obliga al Derecho a desarrollarse para permitirle abarcar situaciones cada vez más numerosas y complejas (2).

Períodos anteriores se caracterizaron más bien por una consolidación de las instituciones jurídicas conocidas, en base a una profundización en el estudio de las mismas. Actualmente, se reafirma el carácter instrumental del Derecho que debe aplicarse a nuevas situaciones. Antes puede decirse que el Derecho crecía más bien para adentro, consolidándose; ahora, el Derecho crece también hacia fuera, abarcando campos novedosos que dejan perplejo al jurista. Así, el fenómeno informático, la protección del medio ambiente y la conquista del espacio están produciendo importantes análisis en el mundo del Derecho.

A estos temas se añade, evidentemente, el de las nuevas tecnologías biogénicas que, producto de la perplejidad que han producido, están siendo reguladas de manera parcelada, en mosaico, a veces inorgánicamente, con muchos vacíos y contradicciones no sólo perceptibles entre normas de distintos países, sino también internamente, en un mismo cuerpo normativo (3).

Enfrentados a los nuevos problemas y situaciones que el avance tecnológico produce, cabe primeramente hacerse la pregunta de si éste debe ser "necesariamente" acompasado por el derecho, esto es, si debe ser legitimado en toda situación, o si, por el contrario, el Derecho tiene por función la de constatar los hechos y deducir las normas reguladoras en base a criterios valorativos.

Hay quien sostiene que no, por dos motivos fundamentales. La profesora de Derecho Penal de la Universidad de Lovaina, Christiane HENNAU-HUBLET (4) señala que, sin acudir al estudio de la realidad y por ello

también a la consideración de valores axiológicos que sin duda la integran, el ordenamiento pierde coherencia en función de disposiciones totalmente pragmáticas que pierden de vista un patrón rector. Es necesario previamente ponerse de acuerdo para definir un estatuto del embrión humano.

La segunda es que el legislador se deja atrapar por el mito de la adaptación del Derecho a los hechos, aforismo éste rara vez invocado de manera inocente y cuyo principal efecto es el de anestesiar el espíritu crítico frente a soluciones a dar, a modificar o a conservar. El legislador suele olvidar que el Derecho no es neutro, como lo afirmara la Escuela de Viena en posición hoy superada, y que el juicio de valor es una etapa decisiva de la reflexión jurídica. Se trata de dirigir la vida social hacia fines que garanticen el bien común y no simplemente la mera convivencia. Tarea ésta ardua que se caracteriza por no estimular la inflación legislativa ni el indiferentismo, y que empuja a la sociedad, a través de sus legítimos representantes, a tomar sus responsabilidades redescubriendo la unidad del ser y del deber-ser de los hechos y de los valores.

Tanto las inquietudes como las esperanzas que hace nacer el dominio de la reproducción humana y de la configuración genética de las personas, suscitan el deseo de someter el ejercicio de esta potestad a normas y/o controles. Numerosos Estados, o instancias nacionales e internacionales, enfrentados a estos problemas, han tomado conciencia de la necesidad de no dejarse imponer, como "faits accomplis", los actos que, porque ponen en cuestión el sentido de la vida humana y de la persona, requieren una rigurosa evaluación de su legitimidad ética y científica, y de su

utilidad individual, familiar y social.

Esta posición que acabamos de enunciar encuentra su concreción positiva en el derecho de Europa. En febrero de 1989 el Parlamento Europeo aprobó la recomendación 1100 sobre utilización de embriones y fetos humanos para la investigación científica. En el considerando 5 establece como consecuencia de lo dispuesto en la recomendación que le sirve de precedente, la n° 1046, en su n° 15, que "en interés del progreso, de la armonía, de la libertad y de la justicia social, se tiende a adaptar constantemente las legislaciones y reglamentaciones a los valores éticos y sociales de las comunidades humanas, y a los conocimientos científicos y tecnológicos, a medida que se adquieren". Es de destacar, pues, la remisión a valores sin perjuicio de la atenta actitud del jurista a los cambios que se producen en la sociedad (5).

2. El contenido ético de la norma jurídica.

Frente a todos los temas modernos que el derecho debe tratar, lo relativo a la biotecnología humana tiene una particularidad y es su especialísima carga ética. Ello supone volver a enfrentar el tópico de las relaciones entre moral y derecho. El jurista en este caso no puede apartarse de consideraciones éticas como lo propugnan las corrientes positivistas. Decir que no se legisla a partir de una ética determinada es absolutamente utópico.

En nuestra especialidad, cuando una ley penal impone al ciudadano una determinada conducta, lo hace porque el legislador cree que, con aquella ley, se protege un valor ineludible para el bien común. En términos técnicos nos referimos a él con la expresión "bien

jurídico" que de por sí nos está remitiendo al ámbito de los valores y entre éstos a lo ético, porque no se puede hablar del "bien", como tampoco del "mal", fuera del plano de lo axiológico.

Por consiguiente, tanto en las leyes imperativas como en las permisivas, se refleja inevitablemente una determinada escala de valores y una determinada concepción de las relaciones humanas y del bien común, entendido éste como aquellas condiciones en sociedad que permiten el mejor desarrollo de la persona humana.

Por eso, el Comité ad-hoc de expertos sobre el progreso de las ciencias biomédicas (CAHBI) creado por el Comité de Minsitros del Consejo de Europa, sostiene en su informe final publicado en septiembre de 1989 y dentro del primer capítulo titulado nada menos que "Cuestiones fundamentales", que "Antes de tratar los problemas específicos planteados por las técnicas de utilización de la procreación humana artificial, hay que considerar un interrogante ético fundamental: ¿qué actitud debe asumir el hombre frente a los nuevos poderes que la ciencia le brinda sobre sí mismo?".

Y ello concuerda con el concepto de Derecho Penal que compartimos y que formula el desaparecido profesor SAINZ CANTERO. Es el "sector del ordenamiento jurídico que tutela los valores fundamentales de la vida comunitaria, atribuyendo a un poder transpersonal superior la facultad de exigir a los individuos comportarse de acuerdo con las normas, y de imponer penas o medidas de seguridad a quienes atenten contra aquellos valores". El Derecho Penal lleva a cabo esta función protectora prohibiendo o mandando realizar determinadas conductas humanas,

ejerciendo así una importante misión ético-social con la que contribuye, como ha puntualizado WELZEL, a formar la conciencia jurídica y el juicio moral de los individuos que forman la comunidad (6).

De ahí que para ponerse de acuerdo los juristas sobre las disposiciones que deben regir, debemos tener un claro concepto de la materia a regular, de cuáles son los valores en juego.

Para ello se acude a diversas fuentes, no todas válidas a mi modo de ver: la opinión de la mayoría expresada a través del sistema democrático representativo; las costumbres mayoritariamente imperantes en sociedad; el dictamen de un grupo especialmente elegido por su versación en el tema como es el caso de los biólogos, médicos, filósofos y/o juristas ("es legal, ergo es bueno", o "es científico, ergo es bueno"); o la posición sustentada en organismos supranacionales como es el caso de organismos como la O.M.S., el Parlamento Europeo, etc. Todas estas instancias, a pesar de ser procedimientos legítimos no pueden de ninguna manera desplazar de la conciencia personal la responsabilidad que la toma de postura conlleva, sobre todo cuando se trata de valores tan importantes para nuestra civilización como el de la vida y dignidad humanas. No creemos en una legitimación por el procedimiento. Tampoco en la que procede del denominado progreso o descubrimientos tecnológicos, independientemente de la forma de su utilización. No siempre que estamos ante un nuevo descubrimiento científico se emplea éste bien. De ahí que estos temas atañen, en conciencia, a todos los ciudadanos.

En el tema que nos ocupa debe por consiguiente definirse qué se entiende por em-

brión humano para saber qué estatuto adjudicarle (7).

3. El status del embrión humano.

En este campo, el dictamen científico-biológico, así como el filosófico-realista son determinantes. La norma jurídica que se aparte de ellos no puede jamás tener la virtualidad de crear una verdad, de la misma manera que una concepción filosófico-inmanentista tampoco puede hacerlo.

La Recomendación europea 1046 en el considerando D.5 dice que "desde la fecundación del óvulo, la vida humana se desarrolla de forma continua, aunque no se pueden hacer distinciones durante las primeras fases (embrionarias) de su desarrollo, y que una definición del estatuto biológico del embrión se impone". Por su parte la Recomendación 1100 en el considerando 7 agrega "que el embrión humano, aunque se desarrolla en fases sucesivas indicadas por diversas denominaciones (cigoto, mórula, blástula, embrión preimplantatorio o preembrión, embrión, feto), manifiesta también una diferenciación progresiva de su organismo y mantiene mientras tanto en continuidad su identidad biológica y genética".

Estas disposiciones tienen una firme base científica que resulta de los más recientes descubrimientos: la vida humana surge a partir de la fecundación del óvulo por el espermatozoide. La propia técnica de la fecundación in vitro es una demostración cabal de ello. De ahí que más adelante la Recomendación 1046 expresa que "el embrión y el feto humanos deben beneficiarse en toda circunstancia del respeto debido a la dignidad humana"(8).

¿Pero acaso hay algo distinto a la persona

humana que deba gozar de tal respeto? Si así fuera se estaría ante la creación de una nueva categoría jurídica, impensada hasta hoy. De manera que, para nosotros, no cabe al embrión humano otra calificación que la de "persona", desde el preciso instante de la fecundación (9).

La Convención Interamericana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica es el texto más explícito en este sentido y precursor, pues data de 1969. Más de veinte estados iberoamericanos forman parte de este sistema. Nueve han reconocido la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para recibir comunicaciones de un Estado parte contra otro por violación de la Convención, y diez han reconocido la competencia contenciosa de la Corte.

El artículo 1.2 dice que "a los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano", y el art. 4.1 dice que "Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente". El art. 5.1 completa lo anterior: "Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral".

En el mismo sentido, la reciente Convención sobre los Derechos del Niño, de 6.12.89, en su preámbulo inciso 9º, dice: "que el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento".

Nadie duda de que el derecho a la vida del ser humano es el primero y que sobre él reposan los demás. Y ello no ha sido sencillo a lo largo de la historia. ESER, en su magnífico

estudio titulado "Entre la santidad y la calidad de vida..."(10) dice que se ha pasado del desprecio en épocas que actualmente calificamos de primitivas, siguiendo por una distinción según el sujeto -no valía lo mismo la vida del señor que la del esclavo, la del ciudadano que la del extranjero-; más adelante pasó a caracterizarse por ser sagrada: es un don de Dios, sea cual y como sea, conquistándose con ello uno de los pilares de nuestra civilización; posteriormente, hoy en día, se vuelve a la distinción de "vidas", esta vez, en base al criterio de "calidad": hay vidas dignas de ser vividas y otras no. La dignidad de vida está muy relacionada, si no dependiendo, de la llamada "calidad de vida" que comprende nivel de vida, confort, posibilidades de desarrollo económico, físico o intelectual.

La legislación penal ha seguido esta evolución del concepto de vida; pasó desde la desprotección total, hasta la protección absoluta, así como a la consideración de que su destrucción es la máxima pena que se le puede aplicar a un ser humano. Sin embargo ha ido haciendo excepciones que se vuelven cada vez más numerosas: aborto, eugenesia, eutanasia. En torno a ellas se han dado numerosas pretendidas justificaciones que pueden todas englobarse, en definitiva, en la referida supervaloración de la "calidad de vida", tanto de aquella que es sacrificada, como la de aquellos que deberían soportarla.

Aún por debajo de la "cualificación" de la vida, calidad de la misma, hay todavía un escalón. Este, a diferencia de los otros grados de valoración, es novedoso: no se registran en la historia precedentes y está absolutamente vinculado al proceso de desarrollo tecnológico. Este grado o escalón último es el de la "cosificación" de la vida; ésta puede ser to-

mada como "cosa" por la simple razón de que puede ser "hecha" o "deshecha", tecnológicamente hablando. Este error conceptual es aún más grave que todos los demás, porque aquí no se aprecia una cualidad de la vida, sino que el error está en lo que la vida misma es; no "cómo es", sino lo que en realidad "es". Al decir de MANTOVANI, los modernos procedimientos biotecnológicos han permitido propiamente "fabricar" vida en los laboratorios y como consecuencia lógica de esa "fabricación" se corre el riesgo de menospreciarla porque es un producto del hombre (11).

Sin embargo, en el ámbito europeo, destaca la reciente ley alemana de protección del embrión humano (ESchG) de 1.1.91. que lo define en el párrafo 8,1 como "el óvulo humano fecundado, capaz de desarrollarse, a partir de la mezcla del óvulo y el espermatozoide, y también toda célula totipotente tomada de un embrión, la cual por su existencia sumada a los supuestos ulteriores necesarios, es capaz de multiplicarse hasta desarrollar un individuo". La protección otorgada al embrión en esta ley pasa por la creación de toda una constelación de tipos penales y contravenciones administrativas que prohíben toda conducta tendiente a perjudicar directamente al embrión humano.

En la misma línea nos parece muy acertado lo dispuesto en el recentísimo proyecto de Código Penal Español del ministro De la Quadra Salcedo, cuando en los arts. 162 y 163 establece el tipo de lesiones al feto, y en los arts 164 a 167 sanciona las manipulaciones genéticas y la destrucción de fetos y embriones realizadas al margen de las leyes 35 y 42/88 (12).

Sin embargo, no nos parece coherente excluir toda sanción a la embarazada que le

causa lesiones graves por imprudencia grave, como tampoco la rebaja de las penas en los tipos de aborto, así como el tipo del art. 147 que crea el supuesto de eutanasia a pedido de la víctima. En este último caso se observa un desfasaje en la penalidad con respecto al delito de homicidio. Este lleva de 10 a 15 años de privación de libertad, mientras que el art. 147 se queda en un guarismo muy inferior, de 6 meses a 3 años. Lo mismo sucede con los tipos de auxilio activo al suicidio que establece una pena de 2 a 5 años y el de ejecución del suicidio de otro que va de 6 a 10 años. En sede de aborto, mayor perplejidad produce la norma proyectada cuando prevé una pena de 6 meses a un año de prisión o multa de 6 a 24 meses para la embarazada que aborta ilegalmente, sobre todo si se la compara con la pena por cazar especies protegidas que va de 6 meses a dos años de privación de libertad o multa de 8 a 24 meses.

Este tipo de incoherencias también se repiten en otras disposiciones. Veamos algunos ejemplos. No se entiende cómo se discute si se puede experimentar o no en embriones en países en los que existe el aborto permitido o "free choice": si se les puede matar, ¿por qué no se va a poder experimentar con ellos? No se entiende tampoco cómo un Estado puede autorizar a la vez la inseminación artificial por donante en condiciones no estrictamente anónimas y prohíba la donación de gametos para fivet (13).

El rechazo de denegación de la paternidad o del desconocimiento de la misma en situaciones de procreación asistida no parece coherente con las legislaciones que reposan en la verdad biológica y donde el estado civil de las personas es indisponible (14). El término "terapéutico" es increíblemente utilizado

para describir tratamientos que conducen inexorablemente a la muerte del feto (16). También es incoherente impedir las prácticas eugenésicas al embrión in vitro cuando, por otro lado, el diagnóstico prenatal está muy extendido con esa finalidad y el aborto eugenésico está también autorizado (17).

Tampoco es admisible que, por un lado, se prohíba la producción de embriones in vitro para la investigación, cuando se autoriza la utilización para fines puramente experimentales de embriones supernumerarios (18). Más aún no puede sostenerse que el embrión debe ser tratado de acuerdo con la dignidad humana, no como una cosa, y a la vez disponer la destrucción cuando ha estado cinco años congelado (19).

Es llamativo que el propio título de la Recomendación 1046 de 24.9.86 sea "Recomendación para el uso de embriones y fetos humanos con propósitos diagnósticos, terapéuticos, científicos, industriales y comerciales". No se ve cómo se cumple el mandato que contiene de tratar al embrión de acuerdo a la dignidad humana cuando regula luego formas de industrialización y comercialización de los mismos o sus partes. Eso sí, contiene normas explícitas que prohíben su utilización para la industria cosmética y para la industria bélica (Anexo n.24)(20).

Con respecto a Iberoamérica, el panorama se presenta aún virgen. No existen disposiciones específicas que regulen estos puntos y menos aún de una manera orgánica como se pretendió en Europa. De ahí que es de esperar que no se siga el patrón trazado por estas Recomendaciones que, en virtud de las graves contradicciones internas que contienen, hacen pensar en textos transaccionales, soluciones de compromiso. Inglaterra y España

ña han seguido lamentablemente este modelo (21). Alemania se ha apartado de él. Proyectos como el austríaco y los resultados de los estudios realizados en Noruega hacen suponer que seguirán el texto alemán. Entendemos que en América la situación es muy distinta en virtud de la fuerza que produce un tratado como la Convención Interamericana de Derechos Humanos citado. Una excepción a la regla de sus artículos 1.2 y 4.1 pondría en crisis el sistema obligando a su renegociación porque ya más de 20 países son parte de él.

Veamos ahora qué papel juega, o debe jugar, el Derecho Penal.

4. El Derecho Penal.

Con respecto a la norma penal, ésta reconduce el comportamiento en los términos inherentes al tipo, el cual, expresando una exigencia de tutela, resalta y centraliza un determinado bien y favorece, en términos promocionales, el reconocimiento social del mismo. Tal influencia socio-psicológica deriva de la parte preceptiva de la norma penal y como tal es en amplia medida autónoma de la entidad y de la configuración de respuestas sancionatorias.

Sin embargo, es considerable la objeción según la cual el reconocimiento social de determinados valores no debería ser confiado a la fuerza moralizadora del derecho penal, sino más bien a la acción de sistemas filosóficos, religiosos, ético-culturales, porque el sistema punitivo tiene carácter instrumental y como tal no puede asumir una función constitutiva respecto a los bienes que concurre a proteger.

Tal afirmación corresponde ciertamente a una correcta aplicación de la teoría del bien

jurídico, pero no es aplicable al caso que nos ocupa. En efecto, aquí no se trata de construir penalmente, imponiendo su reconocimiento, un nuevo bien jurídico -la vida del embrión humano- desde que este último encuentra fundamento en el plano ético y en el plano científico-biológico, mucho más sustanciales que el que podría derivar del mero sistema punitivo. La vida del concebido no es un bien de creación jurídico-penal. La fuerza moralizadora de las disposiciones penales en materia de protección de la "vida por nacer" deriva de la tutela de un bien cuya relevancia antecede a la intervención jurídica. Como dice ROMANO, confirmar el respeto de los valores fundamentales para la convivencia social es indudablemente competencia cardinal del derecho penal. Es por lo tanto deseable que éste alcance su finalidad mediante la autoridad de su mensaje comportamental, más que a través de la sola fuerza intimidativa que produce la amenaza de una pena (22).

Sin embargo, hay quien entiende lo contrario. Puesto que la tutela del embrión no entra dentro de las condiciones esenciales que permitan la convivencia social, éste resulta ajeno al ámbito de los bienes tutelables, en base al principio de última ratio, por el derecho penal. Su protección debería, para ellos, intentarse a través de otros instrumentos como la promoción de determinados valores éticos a partir de la filosofía jurídica, descartando el rol de sensibilizador cultural que debe cumplir el derecho penal. Sin embargo, una vez reconocida la naturaleza humana del embrión, éste no puede quedar excluido de la tutela penal.

Arguyen, por el contrario, que los actos lesivos de la vida humana en estado embrionario, al ser cumplidos en el silencio de los

laboratorios, sin daño para los ya nacidos, resultan por definición inidóneos para producir alarma social. Pero esto no es así puesto que los peligros que origina la disponibilidad de los embriones involucra, en cuanto abre camino como "conditio sine qua non", a las intervenciones no terapéuticas, de cualquier género, la trasmisión y la íntima estructura de la vida.

Agregan que los problemas de determinación de los actos lesivos perpetrados contra los embriones afectarían a la propia credibilidad en el sistema penal por la gran cifra negra de hipótesis inalcanzables. A pesar de que el Estado difícilmente puede controlar lo que sucede en cada laboratorio, en cada probeta, eventuales prohibiciones penales incidirían verosímelmente de manera determinante sobre las condiciones que hacen susceptibles de interés práctico las conductas dañosas para la vida prenatal. En efecto, la imposibilidad de difundir los resultados de experimentaciones prohibidas o de ejecutar públicamente actos sanitarios contrarios a la existencia de los embriones humanos, como la interrupción de flujos de financiación para manipulaciones penalmente sancionadas, acabarían por asegurar -aunque no se trate de penas elevadísimas- standards de garantía apreciables.

Basta examinar la situación en el extranjero para darse cuenta de que otras soluciones no han sido eficaces y que, actualmente, varias naciones han creado tipos penales por considerar insuficientes el recurso a principios jurídicos generales o a reglas deontológicas vinculantes.

En este campo, es de especial importancia la función de prevención general positiva que caracteriza al derecho penal. Y ello, no tanto en consideración de la fuerza de conducción

de los comportamientos que merecerían la aplicación de una pena, sino más bien por la autoridad sociopsicológica del mensaje emanado de los preceptos de las normas incriminadoras.

En cuanto el derecho penal es reconocido como el sistema que abarca las conductas mínimas requeridas en relación a los principios fundamentales de la coexistencia social, es difícil pensar que las ofensas al bien fundamentalísimo de la vida puedan estar excluidas del ámbito penalmente significativo, sin que se deriven peligrosos equívocos en relación a la seriedad de la autoridad de las normas jurídicas. La convivencia social exige que los miembros de la sociedad se comprometan a sostener valores tales como el respeto de la vida y la inviolabilidad de las personas.

Al decir de HASSEMER, la eficacia normativa y no meramente intimidatoria del mensaje penal es esencial para una política criminal racional y moderna, que no busca una mera coherencia conceptual e intrasistémica de las hipótesis de delito, sino que actúa en base a preciso cálculos de probabilidad y prognosis acerca de la eficacia de las estrategias preventivas adoptadas (23).

Para determinar si una acción debe constituir un tipo penal habrá que determinar si la acción causa un perjuicio grave a alguien; si viola de alguna manera nuestros valores fundamentales, a tal punto que causa un perjuicio a la sociedad; si la puesta en práctica de dispositivos penales no viola a su vez nuestros valores fundamentales y si, al fin, el aporte del derecho penal es una solución sustancial al problema planteado.

Según LANGON el derecho vigente en un país determinado y en un momento de su historia se sustenta en determinada ideología

política que se nutre de ideas morales, sociales, criterios de valor y pautas de cultura las que, en general, se hallan encartadas en la Constitución. Tan es así, que no es posible comprender del derecho penal de un Estado aislándolo de sus presupuestos éticos, sociales, económicos y políticos. Por eso dice, citando a BETTIOL, que esta rama del derecho está plena de valoraciones que sintetizan el ambiente cultural de un pueblo, por lo que debe penetrarse en el "alma" del derecho penal para entender sus instituciones, dejando de lado la "mentalidad agnóstica" propia de la lógica formal. Y citando a MEZGER dice que el derecho penal contemporáneo, "hijo de la época de las luces" descansa "al fin y al cabo sobre los fundamentos decisivos de toda la cultura y civilización occidentales", a cuya valoración ética no puede evadirse, si no se desea que el derecho, trabado en un positivismo legal unilateral, se convierta en algo inútil, o peor aún, en un juguete en poder de despotas ambiciosos y desconsiderados.

Según WELZEL, el legislador no establece sus mandatos para ejercitar la obediencia de los ciudadanos, sino para crear un estado o situación valiosos o impedir la producción de un daño. Este planteo, según DEL VECCHIO, es por demás justificado visto que si nos limitáramos exclusivamente al estudio del derecho positivo, "llegaríamos a renegar de nuestra conciencia, a mutilarla en cuanto privaríamos de la investigación de lo justo en sí como puro ideal". Cuando un ordenamiento jurídico no respeta los valores inalienables del hombre, entonces las normas jurídicas se convierten en simples técnicas de amaestramiento, no tienen dignidad de mandatos jurídicos, implantan la arbitrariedad y la injusticia.

Es claro que si no queremos caer en un crudo formalismo no bastará que el propio legislador defina el bien jurídico de que se trata, sino que es necesario establecer si el mismo realmente existe y, en su caso, si es lo suficientemente importante para que sea digno de protección penal. Como bien dice MENA ALVAREZ, "Las raíces del bien jurídico no están en el campo del derecho", encontrándose sus presupuestos en el campo de la metafísica o en el de la realidad social. El bien a proteger debe ser además, según MAYER, merecedor de protección, necesitado de protección (en el sentido de última ratio) y finalmente, debe ser capaz de protección.

El "ius punendi" en los estados democráticos de tradición occidental y cristiana como los nuestros está limitado por los principios derivados de la tradición iusnaturalista personalista que pone como centro, principio y fin de la actividad estatal, al ser humano, dotado de valor absoluto, intangible, a cuyo servicio está el Estado, siendo el hombre un fin y no un medio para alcanzar valores (24). Y no cabe duda de que la vida humana, sin distinciones, debe ser protegida de una manera muy nítida, sin ambigüedades que siembren desconcierto, teniendo siempre en cuenta que aquello que está permitido por el derecho, y especialmente por el derecho penal, se considera como bueno, confundiéndolo con el ámbito de la moral.

Para KAUFMANN "no hay vida desprovista de valor vital, ni sin sentido o inútil". "Debe respetarse el principio de protección absoluta de la vida. Si se abandona, puede extenderse con demasiada rapidez una opinión que deje de ver como una excepción el sacrificio de la vida humana"(25). Si el derecho penal deja de castigar ciertas conductas

que debe castigar, el derecho penal pierde eficacia. En efecto, el sistema genera en la intimidad de las conciencias una expectativa de punición de aquellas conductas que transgreden la ley natural. Si éstas no se castigan porque son ignoradas por la ley penal, se genera una desconfianza en ella que no sólo afecta el ámbito de estas conductas no castigadas, sino que se extiende a su totalidad. Nadie puede confiar en un derecho penal que deje de castigar la supresión de la vida humana inocente, porque habrá tocado uno de los principios básicos de nuestra civilización que, en definitiva, es la que fundamenta la existencia de nuestro sistema normativo.

Conclusión

De ahí que consideramos que debería ser prohibida toda lesión o muerte de embrión humano, sea éste viable o no, tenga más o menos de 14 días. La distinción en base al criterio del pre-embrión no es admisible.

Toda experimentación en ellos o investigación científica que no redunde primeramente en su beneficio, según la clara regla que rige la actuación médica de la ecuación riesgo/beneficio para el paciente, debe ser prohibida también.

A nuestro juicio, no es lícita la técnica de la fivet, en su estado actual. Se sabe que necesariamente supone el descarte de embriones humanos en un alto porcentaje. Además, no tiene ventaja comparativa con otros métodos inócuos para el embrión humano (26). El descarte embrionario en función del diagnóstico prenatal también debe ser prohibido puesto que termina en la destrucción del feto. La implantación de embriones humanos en útero animal también es ilícita. Es ésta una hipó-

tesis de experimentación que también termina con la destrucción del embrión.

Hago votos asimismo por una pronta reforma de las leyes 35 y 42/88 españolas. Nuestra Madre-Patria, como así la llamamos, tiene una gravísima responsabilidad con respecto a los países iberoamericanos pues ha sido y sigue siendo modelo de inspiración de nuestras instituciones jurídicas.

Notas bibliográficas:

(1) Por el Dr. Pedro J. Montano, Profesor adscripto de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República Oriental del Uruguay.

(2) Cfr. Cons. I,1 y II L.35/88 española.

(3) Cfr. L.35/88 Cons.II.

(4) En su ponencia presentada en el "Encuentro Internacional de Bioética", Milazzo, 5-8.VII.1989, pag. 5 y ss.

(5) L.35/88, Cons.I,5 y IV, hace también caudal de este razonamiento pero se remite a una ética de "carácter cívico o civil, no exenta de componentes pragmáticos, y cuya validez radique en una aceptación de la realidad una vez que ha sido confrontada con criterios de racionalidad y procedencia al servicio del interés general; una ética, en definitiva, que responda al sentir de la mayoría y a los contenidos constitucionales, que pueda ser asumida sin tensiones sociales y sea útil al legislador para adoptar posiciones o normativa". Refleja pues un contenido pragmático pretendidamente independiente de valoraciones filosófico-axiológicas y trascendentes.

(6) Confr. voz "Derecho Penal", Enciclopedia GER, t.7, pp. 497-498.

(7) La ley 35/88 dice en su Cons.II,2 que "El status jurídico del desarrollo embrionario, especialmente en los primeros meses, hasta ahora no se ha hecho o se hace de forma muy precaria, pues difícilmente puede delimitarse jurídicamente lo que aún no lo está con criterios biológicos, por lo que se presenta como necesaria la definición previa del status biológico embrionario...". En realidad esto no es así por cuanto la ciencia es clara al respecto, en el sentido de que hay vida humana desde la concepción. Lo veremos en el apartado que sigue.

(8) Cfr. Considerando 10°.

(9) Este momento es para algunos el instante en que se produce la mezcla de los cromosomas que llevan el

óvulo y el espermatozoide. La información genética resultante es la que da todas las características al ser humano que le hacen uno y distinto. Para otros, en cambio, el momento es aún anterior, cuando se produce la penetración del óvulo por el espermatozoide, momento éste que ha sido incluso ya fotografiado con toda nitidez. Allí, según ellos, se produce un cambio bioquímico, absolutamente irreversible, cuyo único destino posible es la creación del nuevo ser, por lo que estaríamos aquí ante el único y verdadero cambio sustancial que se produce en toda la existencia del nuevo ser.

(10) ESER, Albin in "Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales", Madrid, 1984, pp.747-781.

(11) MANTOVANI, Ferrando, "Problemi penali delle manipolazione genetiche", in Rivista di Diritto e Procedura Penale, 1986, pp.653-680.

(12) Estas leyes no establecen propiamente penas sino que califican de graves y de muy graves ciertas actuaciones que enumera (art.20 y 9, respectivamente) remitiendo a la Ley General de Sanidad.

(13) Ley sueca de 1.3.85 sobre inseminación artificial y ley de 1988 sobre fertilización in vitro.

(14) Código Civil francés y anteproyecto de ley sobre las Ciencias de la vida y de los derechos del hombre, de marzo de 1989, art. 343.10.

(15) La Recomendación 1100 utiliza este término para referirse a los tratamientos que "remedian la esterilidad de la pareja", que "mejoran las técnicas de criopreservación", etc. La ley española 42/88 permite el diagnóstico prenatal en su art. 9,2,B,d. Y la ley 35/88 en las disposiciones finales 1,d.

(16) Sucede en Francia, por ejemplo, con el proyecto referido art. L.673 y el art. L.162-12 del Código de Salud Pública. En España la ley 42/88, arts.8,c y 9,2,B,a, permite la eugensia por motivos patológicos, pero no dice si son de la madre o del hijo por nacer y tampoco define qué se entiende por patología, por lo que el ámbito de discrecionalidad es inadmisiblemente amplio.

(17) Es el caso de la Ley del Estado de Victoria (Australia) que permite la investigación en el embrión menor a los 14 días pero sólo si son embriones supernumerarios o sobrantes, art.14. Esta ley se halla actualmente en revisión.

La Ley española 35/88, arts.14-17, permite la experimentación e incluso la creación de híbridos. La Ley 42/88, en su art. 9,2,B,e. La ESchG, sin embargo, la prohíbe sin ambages, art. 2.

(18) Informe Palacios, el anteproyecto francés referido, la Comisión de Reforma del Derecho de Canadá en su informe "Expérimentation biomédicales sur les êtres humaines", Ottawa, p. 67,(2 y las propias Recomendaciones europeas citadas. La Ley española 35/88, art.11,3 ordena su destrucción al cumplirse los cinco años. Al cumplirse dos años sin ser utilizados, quedan a disposición del banco de embriones. Solución similar da la ley inglesa, art.14,c y Schedule 2,2.

(19) Las Recomendaciones hacen una distinción entre fetos viables y no viables. Los primeros son objeto de una mayor protección que los segundos. Entendemos que debe ser la misma mientras el embrión esté vivo. (Anexo n.5) También hace otras distinciones como embriones preimplantatorios vivos y muertos. La ley 35/88 de España, art.20,2,v, prohíbe también el empleo de este material para investigación e industria bélica.

(20) En Inglaterra se llama "Human Fertilisation and Embriology Bill" (H.L.) y es de junio de 1990 (incluye enmiendas).

(21) Fortpflanzungsmedizingesetz (FMedG) de julio de 1991 en Austria, y el informe del Comité Noruego de Ética del Real Ministerio Noruego de Salud y Cuestiones Sociales, de 1991.

(22) ROMANO, "Legislazione penale e consenso sociale", in Jus, 1985, pp.413 y ss.

(23) HASSEMER, "La prevenzione del diritto penale" in "Dei delitti e delle pene", Milán, 1986, p. 430.

(24) LANGON, Miguel, "Límites del poder sancionador en un Estado democrático..." in L.J.U.,T.89,secc. Doctrina, Montevideo, octubre de 1984, pp.27 y ss.

(25) KAUFMANN, Arthur, "¿Relativización de la protección jurídica de la vida?" in "Avances de la medicina y derecho penal", Publicación del Instituto de Criminología de Barcelona, 1988, p. 55.

(26) Ver el dossier publicado en la revista francesa "La Recherche" de 1991 sobre la fecundación in vitro, en el mes de abril.