

ASPECTOS MÉDICO-LEGALES DE LA FECUNDACIÓN IN VITRO Y TRANSFERENCIA EMBRIONARIA (FIVET)

Segunda parte

LICDA. CAROLINA ELIZONDO*

REFERENCE: ELIZONDO, C., *Medicolegal Aspects on in vitro Fertilization and Embryonic Transference*, *Medicina Legal de Costa Rica*, vol. 7 (1), 1990, pp. 11-23.

ABSTRACT: Inviolability of human life is the supreme value of every human being. Discharging of embryos adducing that they are useless; the utilization of surplus embryos for research and inducing abortion when congenital abnormalities are detected in the fetus, represent a disrespectful attitude towards the principle enunciated above.

The report of the Warnock Committee to the British Government proposed "legalized" artificial fertilization with a donor's semen and donation of either ovules or human embryos to infertile women. The Australian Waller's report recommended FIVET within spouses.

The author proposes that artificial fertilization and non consented homologous or heterologous in vitro fertilization be typified as a crime. A written inform consent should be previously obtained. The procedure must be prohibited for single, widowed or divorced women, as well as for non married couples, or in case of homosexuality or lesbianism. All semen, ovule, or embryo as well as the freezing of them should be prohibited. Donation of gametes should also be regulated. Disrespectful to the remains of embryos or human fetous should be treated as desecration of a corpse.

KEYWORDS: In vitro fertilization, embryonic transference, legislation and FIVET.

REFERENCIA: ELIZONDO, C., *Aspectos médico-legales de la fecundación in vitro y transferencia embrionaria*, *Medicina Legal de Costa Rica*, vol. 7 (1), 1990, pp. 11-23.

RESUMEN: La inviolabilidad de la vida humana es el valor supremo de toda persona. El irrespeto a este principio lo constituye el desechar a los embriones cuando ya no son útiles, el empleo de los embriones sobrantes en la investigación, y el aborto cuando se comprueban anomalías en el desarrollo fetal.

El informe de la Comisión Warnock propuso al gobierno británico reconocer la fecundación artificial con semen de donante, la donación de óvulos y la donación de embriones humanos a mujeres infértiles. El informe australiano Waller recomienda las técnicas de FIVET entre cónyuges.

La autora propone que se tipifique como delito a la fecundación artificial o *in vitro* no consentida, sea homóloga o heteróloga. El consentimiento libre e informado debe constar por escrito. La técnica debe prohibirse para mujeres solteras, viudas o divorciadas, así como parejas en unión libre o en relación con homosexualismo y lesbianismo. Debe prohibirse todo comercio de semen, óvulos y embriones, así como la congelación de embriones. Debe regularse la donación de gametos. Para los restos de embriones y fetos humanos debe aplicarse el delito de profanación de cadáver.

PALABRAS CLAVES: Fecundación *in vitro*, transferencia embrionaria, legislación y FIVET.

I. FIVET Y EL VALOR DE LA VIDA HUMANA

A. INVOLABILIDAD DE LA VIDA HUMANA.

La vida humana física es el bien o valor supremo de toda persona, puesto que constituye la condición de los demás valores personales; por ende la dignidad de la vida misma la tomamos como axioma. Así, la inviolabilidad de la vida humana tiene como consecuencia moral que: "... toda acción dirigida de modo deliberado o directo a la supresión de un ser humano inocente constituye objetivamente un desorden moral grave" (1).

La palabra inocente que incluyen los autores en el texto transcrito nos parece que se presta para ambigüedad, pues podría pensarse que, las personas condenadas judicialmente por un delito, y que por lo tanto llevan consigo el calificativo jurídico de "culpables" de un hecho ilícito no merecen respeto y por lo tanto su vida física es susceptible de violacio-

nes. Si consideramos la vida humana como valor supremo, no lo podemos condicionar a nada, ya que, por el contrario, es el valor condicionante de todos los demás. La vida física no es solamente la existencia material. En la persona humana hay un plano espiritual que es imperecedero. Este plano está formado por una gran gama de valores jerárquicamente ordenados y que varían de individuo a individuo y de sociedad a sociedad. De aquí que la persona humana no pueda ser usada nunca como medio. Según la clasificación de los valores que presenta Ortega y Gasset (2), el valor vida se encuentra dentro de los valores vitales, lo que muestra su grado de importancia y jerarquía. Según consideremos que la vida humana es el valor supremo, concluiremos:

"Disponer de la vida humana ajena es por ello una acción intrínsecamente in-

humana y éticamente irracional" (3). Para el Dr. Collado la inviolabilidad de la vida humana es un principio que cubre a todo ser humano (4). Es precisamente en este punto donde se han planteado las mayores controversias entre las partes implicadas. Es necesario aclarar cuándo inicia la vida humana. Como ya se dijo, desde el punto de vista biológico no existe la menor duda de que el individuo (la vida humana) inicia desde el momento de su concepción (5); es a partir de este momento en que el embrión inicia su división mitótica, un nuevo ciclo vital mediante un programa autónomo, con material genético independiente de la madre y del padre, y perfectamente diferenciado e individualizado. La biología celular y la genética aseguran que la originalidad del nuevo ser no tiene duda (6). Si bien la madre es necesaria para proporcionar la alimentación requerida para el desarrollo

* Abogada, apartado postal 182, 2100, Golcochea, Costa Rica.

del feto, esto no niega la autonomía del embrión. Al mes de fecundado ya late su corazón y se pueden distinguir con una lupa potente sus huellas digitales (7). Rodríguez y López hacen una precisión interesante: "Aunque el embrión precoz no responda todavía a la imagen figurativa evocada espontáneamente... todo ese conjunto de células son un ser humano, lleno de potencialidades que deben desarrollarse todavía, pero no un 'ser humano potencial' en el sentido que algunos quieren dar a la expresión ('no es todavía un ser humano')" (8).

Efectivamente, existen grupos que al sostener que es "vida humana en potencia" pretenden implícitamente hacer creer que todavía no es vida, y que por lo tanto no hay problemas morales con la manipulación o destrucción de los embriones y fetos. Desde el momento mismo de la fecundación es vida humana, incluso, la discusión en el plano jurídico no se ha centrado en cuándo comienza la vida, puesto que es un dato científico ya verificado, sino en cuándo ha de iniciar la "personalidad" del individuo y por ende su protección legal: si en la fecundación o en una etapa más avanzada.

Algunos autores sostienen la animación tardía del embrión y sitúan el inicio de la vida en el momento de su anidación en el útero, y hasta entonces hablan de pre-embrión (9).

Para muchos, debería utilizarse el concepto antropológico y filosófico de persona humana, designando con el concepto de "persona" al ser racional (10). Basándose en esta tesis, muchos autores sostienen que la humanización del embrión coincide con el desarrollo de la actividad cerebral (11). Teniendo en cuenta el valor, la dignidad e inviolabilidad de la vida humana O'Dogherty y Valle, concluyen: "...se entiende fácilmente que la FIV es ilícita —en primerísimo lugar— por que supone un grave riesgo de producción de abortos. Por cada niño que ha nacido vivo gracias a la FIV, se puede asegurar que han fallecido bastantes más por fallos de esta técnica: fallos previstos" (12).

B. IRRESPECTO A LA VIDA HUMANA.

La inviolabilidad de la vida humana ha sufrido un duro ataque en su flanco más débil: el comienzo de la vida humana. Muchos de los artífices de la FIVET prescinden de dictados éticos en cuanto a la dignidad del ser humano desde el

primer instante de su concepción. En este campo de la manipulación embrionaria se dan diferentes puntos de vista y acción. Unos ponen en primer plano el respeto al embrión y sus derechos potenciales; otros guían sus decisiones por el imperativo tecnológico. Son una minoría los que se inspiran en criterios de respeto al embrión.

Actualmente los embriones se congelan y conservan si interesa; se desechan si ya no son útiles; se aprovechan los embriones sobrantes para investigación, y si hay anomalías en el desarrollo fetal, simplemente se abortan. Por ejemplo, la señora Brown —madre de la primera niña probeta— antes de someterse a la FIV, tuvo que comprometerse por escrito a abortar en caso que se observase alguna anomalía durante el embarazo (13). A pasos agigantados los embriones están siendo desposeídos de su condición humana y degradados a cosas.

La técnica de transferencia múltiple de embriones para obtener mayor porcentaje de éxito, agrava el problema desde el punto de vista ético, pues implica necesariamente el aborto de una gran cantidad de embriones en forma indirecta (pérdida en el útero luego de la transferencia); y también la pérdida de muchos en forma directa e intencional (cuando se desechan los embriones sobrantes) (14).

El primer tipo de aborto, se ha tratado de justificar éticamente, equiparándolo al aborto espontáneo. El Dr. Jones del equipo médico de Norfolk sostiene que hay que tener en cuenta que en el proceso natural de fecundación humana también se verifica pérdida de embriones, de tal forma que debe considerarse un fenómeno natural ligado a la reproducción humana (15).

Esta afirmación podría ser objeto de discusión. El hecho de que la naturaleza, en alguno de sus fenómenos propios, como un terremoto, produzca gran cantidad de muertes, no justifica, desde el punto de vista ético, que los hombres ingenieros un método para lograr los mismos resultados.

McCormick nos ofrece un razonamiento más cauteloso. Afirma que con la FIVET, se trata de lograr un efecto positivo. Si en el proceso natural de reproducción el aborto espontáneo no puede ser imputado a los cónyuges, los abortos que ocurren en la FIVET tampoco puede imputarseles a quienes recurren a ella,

pues las causas que lo producen son las mismas. La voluntad está igualmente presente, o igualmente ausente en ambos casos, puesto que en ninguno se desea el aborto. El fin es iniciar un proceso encaminado a la generación de una nueva vida, que desgraciadamente entraña la posibilidad de que se produzca uno o más abortos espontáneos (16).

En relación con el segundo tipo de pérdida de embriones, Santos Ruiz sostiene que si la vida comienza desde la fecundación no hay nada que justifique la experimentación sobre el embrión, la interrupción de su desarrollo por medio de la congelación, o su desecho cuando sobre o no evolucione del modo previsto. Afirma, que el dilema planteado por la conservación de los embriones se resuelve al extrapolar la situación a un ser adulto, pues no existe legislación alguna que autorice la congelación de un individuo por tiempo indefinido (17).

Concluye el autor estableciendo en forma contundente que el embrión es un ser humano y por ende: "...posee el derecho, desde su concepción hasta la muerte, a ser lo que es: criatura capaz de trascenderse" (18).

Por otra parte, con base en la inviolabilidad de la vida humana y la autenticidad de cada ser humano, es fácil concluir que no es aceptable bajo ningún punto de vista la clonación de seres humanos. La santidad del individuo es firmemente arraigada en nuestra sociedad, y ha encontrado expresión no solamente en fórmulas religiosas sino también en fórmulas éticas como el imperativo categórico kantiano, que trata al individuo como fin en sí mismo y no como medio para un fin. La creencia fundamental en la singularidad del individuo, su dignidad básica y valor como ser humano le dan el derecho a tener una identidad no manufacturada. Pretender imponer la personalidad e identidad a un individuo nos llevaría a cierto tipo de esclavitud genética donde las generaciones posteriores estarían bajo el control de las generaciones que inicialmente instituyeron programas de diseño genético.

Otro problema está relacionado con el poder. Cada nuevo poder que gana el hombre es también poder sobre el hombre. Es un hecho bien documentado en la historia que el número de hombres poderosos disminuye a medida que aumenta el poder.

Con la clonación es fácil imaginarse al tirano que se clona a sí mismo, "gam-

mas" y "deltas" que se crean para propósitos especializados y muchas otras consecuencias desastrosas.

Nadie discutirá que la ciencia y la tecnología son para el hombre, y no el hombre para la ciencia y la tecnología.

Estas valen en la medida en que contribuyen a la perfección de la vida humana. El progreso de la ciencia no justifica que la vida humana sea utilizada como simple medio de experimentación. Es necesario sopesar los beneficios que para el hombre, como género, conlleva la investigación científica, y los sacrificios, riesgos y deshumanización que podría ocasionar. Debemos evitar que se llegue a creer que "si nosotros creamos, diseñamos y construimos seres humanos, igualmente podemos destruirlos sin ningún problema o responsabilidad ética o jurídica". Recordemos que el fin no justifica los medios; un fin, por más loable que sea, si se sustenta en medios inmorales será igualmente inmoral. En el plano de la jerarquización de valores, jamás podremos equiparar el derecho a la procreación, como un valor innegable, con el derecho a la vida singularizada, como el valor supremo y fundamental del cual dependen todos los demás.

C. REPORTE DE LA COMISIÓN WARNOCK.

En julio de 1984 apareció en Londres el Informe Gubernamental Británico titulado Report of the Committee of Inquiry into Human Fertilisation and Embryology, realizado bajo la presidencia de la señora Mary Warnock. Se trata de un documento históricamente trascendental en el que se hace una serie de recomendaciones para ser discutidas en el parlamento británico. El Informe propone un modelo de conducta moral altamente revolucionario, aunque no nuevo. Citaremos el documento como el "Warnock Report" o "Reporte Warnock" (W.R). El Reporte Warnock toma como base el concepto de ética, referido sobre todo a los principios en los que se ha de inspirar la futura legislación. A lo largo del reporte se pide constantemente al Gobierno, la creación de estatutos en los que se regule y controle legalmente los trabajos de investigación y los servicios para resolver el dramático problema de la infertilidad humana. El hecho traumatizante de la infertilidad es el punto de partida del informe, que considera que es una malformación, que ha de ser resuelta en la práctica médica como cualquier otra. La

infertilidad, afirma, requiere de la creación de clínicas especializadas dependientes de la autoridades médicas (19).

La Comisión se pronuncia a favor de las técnicas FIVET, y establece que el acceso al tratamiento en estos centros debe ser prioritariamente a parejas heterosexuales de vida estable, aunque no estén unidas legalmente en matrimonio (20).

Considera oportuna la ovulación inducida y la fecundación de varios óvulos, pues sólo así puede hacerse la selección del embrión óptimo para ser implantado con éxito, y evita repetir la extracción de los óvulos en un segundo intento (21).

En el reporte se reconoce como sinceros los argumentos en contra de la FIVET, pero sus miembros opinan que tal punto de vista refleja aspectos de la conciencia individual, mientras que el informe debe reflejar razones de carácter público ya que se trata de encausar una forma pública de acción (22).

Se recomienda la fecundación con semen del marido siempre que sea posible y cuando existan obstáculos físicos por parte de alguno de los cónyuges para llevar a término una concepción normal. En principio la Comisión no encuentra ninguna razón ética en contra de esta práctica dentro del contexto del matrimonio. La única reserva expresada es contra la mujer viuda, que quisiera quedar embarazada después de la muerte de su esposo, cuyo semen se conservara en algún banco.

Se piensa que tal embarazo podría causar graves trastornos psicológicos, tanto a los niños como a la madre viuda (23).

El reporte sugiere al Gobierno británico que reconozca legalmente la fecundación artificial con semen de donante, la donación de óvulos femeninos y la donación de embriones humanos a mujeres infértiles (24). Considera además, que una completa prohibición de la compra-venta de gametos y embriones sería inapropiada, pues históricamente la inseminación artificial con donante es una práctica generalizada en el país y bajo el auspicio de la Seguridad Social. Para evitar convertir la donación de gametos en una actividad lucrativa e inmoral, y que no se dé la especulación, se recomienda que se llegue a una solución donde el donante reciba "justa remuneración" (25).

La Comisión rechaza la tesis que equipara esta práctica con el adulterio, ya

que no implica relación alguna entre la madre y el donante del semen en virtud del completo anonimato que se exige. Además se parte del hecho de que el marido aceptará el hijo como si fuera suyo. No obstante tales prácticas deberían estar controladas legalmente, estableciendo criterios de selección de donantes y limitando el número de hijos nacidos por donante. De no ser así la técnica debería ser considerada como legalmente delictiva (26).

La donación de óvulos corre igual suerte que la donación de semen, con la única diferencia que implica mayores riesgos por la técnica de extracción de los óvulos y por ende, el anonimato podría ser difícil de mantener (27).

Durante el tratamiento se recomienda el mayor anonimato posible, asesoramiento adecuado tanto legal como moral o espiritual. El consentimiento preferiblemente debe ser por escrito. Tratándose de FIVET con donante, sea de óvulo o de embrión, la tercera persona deberá permanecer desconocida para la pareja receptora (28).

En relación con la donación de embriones se aducen en contra las mismas razones que para la donación de semen y de óvulos, es decir la introducción de un tercero extraño en la intimidad de la relación conyugal. Los que apoyan esta práctica aducen que se trata de una adopción prenatal, con la ventaja de que la pareja receptora vive la experiencia del embarazo y del parto. El punto de vista del Warnock Report es que esta práctica es la forma menos satisfactoria de donación pues acarrea múltiples interrogantes morales, y por lo tanto es de suponer que será utilizada en un número muy reducido de mujeres.

Sobre si es éticamente aceptable el que se produzca embriones para fines exclusivamente científicos, o si sólo se han de utilizar los sobrantes, la Comisión adopta una postura fatalista, reconociendo que, una vez que se ha puesto el pie en un terreno tan resbaladizo, resulta muy difícil detener todos los peligros (29).

De esta manera, el reporte autoriza la investigación sobre los embriones conseguidos por FIV durante los primeros 14 días contados a partir de la fecundación. El término embrión es utilizado para referirse al resultado inmediato de la fecundación del óvulo por el espermatozoide (30). La Comisión estima, con el desacuerdo de tres de sus miembros, que los

adelantos que se han llevado a cabo no hubiesen sido posibles sin la investigaciones sobre embriones, y por ello pide que se continúen en el futuro. Se estima que el uso de embriones debe ser permitido hasta el momento en que empieza a configurarse el sistema nervioso central o hasta el comienzo de la actividad funcional para no causar dolor al embrión; de ahí el límite de 14 días.

El Warnock Report se pronuncia formalmente en contra de la "maternidad alquilada" o "madres sustitutas", pues se trata de una práctica a todas luces inmoral (31). Establece también que pueden darse casos en que la maternidad por encargo sea una opción aceptable. Por ejemplo, en el caso de trastornos graves pévicos sin solución quirúrgica, dos hermanas pueden convenir en la maternidad por encargo, sin que medie remuneración alguna. La Comisión opina que es éticamente inaceptable el que una mujer, físicamente capaz de gestar, encargue a otra ese trabajo por que no desea las molestias del embarazo, es decir "subrogación por conveniencia". La explotación humana es casi inevitable, y ello ha sido la preocupación primaria del Reporte (32). Para el informe Warnock la creación de bancos de congelación y descongelamiento de semen humano y de embriones para su uso en la FIVET son realidades prácticas con buenas perspectivas para el futuro. En principio, no encuentra ninguna objeción moral contra esas prácticas, pues lo que existen son problemas técnicos en cuanto a los riesgos de dañar los gametos y embriones durante el proceso (33). La Comisión considera razonable el que se fije un tiempo límite para la conservación del material biológico y recomienda que se haga una revisión de los depósitos cada 5 años y si la persona depositaria ha muerto, el derecho a disponer de los gametos correspondería a la autoridad responsable de los depósitos (34).

Las técnicas de cruzamiento entre la especie humana y otras especies, la clonación, el desarrollo completo de embriones humanos fuera del ambiente natural para el estudio de anomalías genéticas (ectogénesis), o el uso del útero de hembras animales para llevar a término la gestación de fetos humanos, deberán contar con autorización legal especial, pero en principio son permitidas (35). Según la mentalidad de la comisión el control sobre esas prácticas lo ejercerá la moralidad, mediante la repugnancia sen-

timental que pudieran inspirar, la ansiedad o intranquilidad del público, que habrá de evitar que tales prácticas se comercialicen y se conviertan en medios lucrativos. Por último se recomienda el establecimiento de una autoridad específica sanitaria como una exigencia esencialmente ética, para conceder las oportunas licencias y ejercer los controles necesarios sobre las actividades médicas antes descritas, con el fin de mitigar la infertilidad humana y contribuir al progreso científico de la embriología.

Para Niceto Blázquez las recomendaciones del Warnock Report son: "...una aplicación práctica de la ética tradicional anglosajona utilitarista... en conjunto se trata de una obra síntesis magistral de puritanismo victoriano y de frivolidad masónica inspirada en el mito del progreso de la ciencia" (36). Para este autor la ética del reporte recibe una influencia considerable de la moral de algunos grupos feministas de discutibles formas de pensar y vivir, y hasta de grupos relacionados con la homosexualidad; se prescinde por principio de la moral cristiana y más exactamente de la católica de tal forma que los puntos en común son mera coincidencia (37).

Nos parece que en realidad las recomendaciones que se hacen en el reporte Warnock carecen de la profundidad ética que se esperaba, y de una sólida fundamentación en principios éticos coherentes con la dignidad humana. Se adoptan puntos de vista que dan la impresión que tratan de satisfacer los deseos de ciertos grupos implicados en las nuevas técnicas. Las recomendaciones que nos da el Informe se basan, casi con exclusividad, en las prácticas actuales, y no en la contraposición de esta realidad con principios filosóficos y éticos que nos permitan enmarcar los límites dentro de los cuales debe mantenerse la investigación y los avances genéticos. No obstante, constituye, un aporte valioso como primer intento de regulación de las técnicas FIVET.

D. EL REPORTE WALLER.

En marzo de 1982 se estableció en Victoria, Australia, un Comité de expertos en medicina, filosofía, leyes y genética con el fin de que se evaluaran las repercusiones de la FIVET. Bajo la dirección del profesor de leyes Louis Waller, la comisión rindió dos informes, el primero en Agosto de 1983 y el segundo en Agosto de 1984.

Tales informes inician con el reconocimiento y legitimación del matrimonio y la familia como la unidad esencial de la sociedad. Por ende las técnicas FIVET deben practicarse esencialmente entre cónyuges (38 y 39).

El comité recomendó que los procedimientos FIVET se realizaran en hospitales debidamente autorizados con el fin de revisar y supervisar los términos y condiciones de los procedimientos (40).

Establece como moralmente aceptable la fecundación artificial con gametos donados, y el niño así nacido debe tenerse para todos los efectos como legítimo. Acepta además, la fecundación de mujeres solteras. Declara inmoral todo tipo de pago a los donantes que no fuese de transporte o gastos médicos en los que incurriese con motivo de la donación (41).

Establece que las parejas participantes, tanto donadoras como receptoras, deben ser cuidadosamente seleccionadas, así como recibir consejo e información sobre todos los detalles del procedimiento, sus riesgos, posibilidades de fracaso, el uso de embriones congelados en un segundo intento, etc.

Consejeros especialmente entrenados deben orientar tanto a los padres como a los donantes. Se recomienda el anonimato de los padres genéticos, aunque debe mantenerse toda la información de los donadores registrada y controlada por la Comisión de Salud. Ha de facilitarse el acceso a esta información en casos de requerirse por motivos genéticos o de salud en general (42).

Con base en los valores éticos, espirituales y emocionales de la comunidad debe prohibir la experimentación con embriones, y únicamente se permite el congelamiento de estos para crio-preservación, siempre que se cuente con el debido asesoramiento y consejo profesional.

En relación con los bancos de gametos y la congelación de embriones, recomienda que en ausencia de instrucciones de los donadores, en caso de muerte de estos, tanto los gametos como los embriones deberían ser destruidos (43).

La comisión declaró ilícita la clonación, la fertilización de óvulos humanos con gametos de animales, el uso de gametos de niños, la mezclas de espermas en la inseminación artificial con

donante y en la fecundación *in vitro* heteróloga (44).

La práctica de las madres sustitutas se prohíbe por considerarse inhumana, pues constituye la compraventa de un niño. El estatuto del niño establece una

presunción irrefutable en el sentido de que la mujer que gesta y cumple con las labores de parto es legalmente la madre del infante.

La comisión recomienda que este tipo de técnica sea permitida únicamen-

te en el seno familiar, donde el servicio se presta por amor y no por dinero; así una mujer puede acceder a gestar la criatura que su hermana físicamente no puede gestar (45).

II. FECUNDACIÓN *IN VITRO* Y TRANSFERENCIA EMBRIONARIA EN EL DERECHO PENAL

Por el momento no se ha dado aún una valoración jurídico penal de las repercusiones que podría tener la FIVET. No obstante, el camino ha sido abierto, al menos en parte, por las consideraciones que sobre la inseminación artificial, desde el punto de vista penal, han hecho otras legislaciones.

Dada la relevancia de los bienes jurídicos en juego, hay acuerdo en que debe existir, para determinados supuestos, el respaldo de la ley penal.

A. LA FIVET COMO HECHO PUNIBLE.

Dada la novedad de las consecuencias de la técnica FIVET nos encontramos con que, en nuestro código penal, no existe artículo alguno en el que algunas conductas ilícitas pudieran adecuarse típicamente. Es menester entonces, determinar en primer término la necesidad de la punibilidad de ciertas conductas involucradas en las técnicas FIVET, de tal forma que se considere la creación de nuevos tipos penales que se adecuen a la problemática planteada.

a. Necesidad de su tipificación.

Sobre este particular pueden señalarse tres direcciones: 1) Los que dejan la cuestión a la aplicación de las reglas comunes del código penal; 2) Los que tratan de establecer normas específicas que sancionen sólo casos muy especiales; y 3) Quienes pretenden sancionar toda clase de fecundación artificial. La primera corriente la siguen la mayoría de los códigos penales, la segunda corresponde a los códigos de Brasil y Colombia, mientras que la última dirección es la seguida por los proyectos alemanes e italianos (46).

Hemos concluido, que no existe motivo legal alguno para oponerse a la fecundación artificial homóloga, siempre y cuando, hayan consentido en la realización de la técnica ambos esposos. La fecundación heteróloga es aceptada

legalmente, a pesar de sus reservas éticas.

En 1960 y 1962 se presentó en Alemania un proyecto de ley relativo a la prohibición casi total de realizar inseminación artificial, con la única excepción, de cuando fuere realizada por un médico, con el consentimiento de ambos cónyuges y con gametos de los esposos. Este proyecto no fue acogido por el legislador alemán (47).

El código penal de Brasil de 1969 limita la sanción de la inseminación artificial a casos muy especiales, y además, ubica el delito entre los que lesionan la autonomía personal.

En el mismo sentido, el legislador colombiano sancionó penalmente la inseminación artificial sólo en casos muy especiales (48).

Ante la falta de normativa expresa para la fecundación *in vitro*, la regulación existente sobre la inseminación artificial, ha servido de base para que, algunos juristas consideren que ambas técnicas podrían identificarse desde el punto de vista jurídico-penal, pues consideran irrelevante si el óvulo se introduce ya fecundado en el útero, o si, la fecundación se realiza dentro de éste (49). No compartimos esta posición, ya que, si bien es cierto la FIVET y la inseminación artificial comparten algunos problemas jurídicos, no menos cierto es que, muchos de éstos son exclusivos y particulares de la fecundación extrauterina.

Por otra parte, el carácter restrictivo de la materia penal no permite analogías, por lo que el hecho debe adecuarse al tipo penal en su totalidad, de lo contrario, no hay delito. Es por ello necesario la creación normas especiales sobre la fecundación *in vitro* y transferencia embrionaria.

Conforme a lo examinado en el aparte anterior, lo indispensable en la realización o ejecución del proceso FIVET, sea éste homólogo o heterólogo, es el consentimiento de los cónyuges libre-

mente manifestado. De tal forma que la normativa penal, ha de contemplar principalmente, los casos en que la fecundación se efectúa sin el consentimiento de alguno de los cónyuges, de ambos, o contra su voluntad, cuando se efectúa sin tener prescripción médica (cuando no existe un problema de esterilidad que superar), en mujeres solteras, viudas o divorciadas, entre parejas no casadas y en personas en relaciones homosexuales o lésbicas.

En este sentido López Bolado afirma: "Siempre que haya disenso o ausencia expresa o presunta de consentimiento, sea de la mujer o del marido, pareciera que el acto debe ser contemplado taxativamente en una próxima reforma legal que incrimine estas acciones violentas, intimidatorias, engañosas o fraudulentas" (50).

Proponemos en efecto, que se tipifique como delito penal la "fecundación artificial o *in vitro* no consentida", sea ésta homóloga o heteróloga.

b. Bien jurídico tutelado.

Una de las mayores dificultades que se ha encontrado es determinar cuál es el bien jurídico a tutelar. Existen varias alternativas a considerar.

1. La autonomía personal.

Se ha afirmado que en el caso de falta de consentimiento la acción sería contraria a la facultad del cónyuge de determinar libremente sobre su conducta y fines reproductivos. La cuestión es sumamente importante pues todo hijo que nace en el matrimonio se presume del matrimonio, donde rige para todos los efectos la máxima "pater est quae nuptiae demonstrant", así para muchos autores es primordial en la paternidad la llamada "voluntad creacional", es decir, "...el propósito de convertirse en padre sin el cual no existiría la filiación legítima" (51).

No creemos que sea realmente el bien a tutelar, ya que, en el caso de la mujer soltera, viuda o divorciada no existe cónyuge que deba dar su consentimiento, y sin embargo debe considerarse punible la FIVET realizada sobre tales personas.

2. Delito contra la familia.

Conforme lo establece el proyecto de código alemán, éste es el lugar más conveniente para ubicar este delito, pues da lugar a una protección más amplia y adecuada, ya que no hay duda que la conducta sancionada lesiona los intereses de la familia, de los cónyuges y de los menores a ser engendrados bajo el amparo familiar.

La fecundación heteróloga, en el caso de que los gametos de los cónyuges sean aptos para la reproducción, es condenable por razones de índole moral y legal. La FIVET se admite como medio para superar la imposibilidad de tener hijos en forma natural, no para fines de carácter eugenésicos u otros.

3. Delito contra la libertad sexual.

Se ha esgrimido esta tesis con base en que la fecundación realizada contra la voluntad de la mujer viola la libertad de ésta de disponer de sus bienes sexuales (52). Estos delitos requieren como elemento de hecho indispensable, el acceso carnal por lo que no se adecúa el hecho al tipo.

En definitiva, creemos que el bien jurídico a tutelar ha de ser, en efecto, la familia y el bienestar de los menores.

c. Elementos constitutivos del hecho punible.

El delito tendría como sujeto pasivo el cónyuge que no ha consentido en la técnica. Sujeto activo sería el practicante responsable del proceso, sea éste médico, biólogo, genetista o microbiólogo. Con la posibilidad según el caso, de que el ilícito se cometa en coautoría u otro tipo de participación secundaria (instigación - complicidad).

El contenido injusto del delito viene determinado por la lesión al bien jurídico tutelado, en este caso la familia y el bienestar de los menores. En el tanto se lesione este bien, y no exista causa de justificación, la FIVET no consentida será antijurídica.

En relación con la culpabilidad, el sujeto activo imputable (médico, biólogo, microbiólogo o genetista) deberá actuar

con dolo, no obstante creemos, en virtud del deber de diligencia del médico y de los responsables de la técnica, podría configurarse de modo culposo. Tal será el caso donde el médico no constate, por negligencia, que ambos cónyuges hubiesen otorgado su consentimiento. Ya vimos, que dicho consentimiento no debe presumirse y ha de exigirse ciertas formalidades, entre las cuales, se encuentra la manifestación expresa y por escrito. Así como el médico debe verificar el estado clínico del paciente y no dejarse llevar por su sólo dicho, en igual forma, debe verificar que se haya otorgado el consentimiento informado. Para Romero Soto, es posible que exista error eximente de culpa, si se piensa que se cuenta con el consentimiento y en realidad no es así (53).

Para que medie dolo el practicante debe tener conocimiento de los elementos de hecho descritos en el tipo penal. Además, debe conocer que la conducta a realizar es prohibida por ley. El aspecto volitivo del dolo consiste en querer el resultado, o, aceptarlo como posible (art. 31 C.P.).

La conducta punible consistiría en la extracción del óvulo, del semen, fecundarlo *in vitro* e implantarlo en el útero, sin el debido consentimiento de ambos cónyuges. El problema que ha surgido es determinar el momento de consumación del delito. Hay dos posibilidades: 1. En el momento de la anidación exitosa, es decir, cuando se compruebe el embarazo, o; 2. Una vez concluida la técnica de la implantación, independientemente del resultado.

Para Romero Soto "se trata de un delito instantáneo... se perfecciona mediante un solo acto que es, ...el de introducir el semen o el óvulo fecundado en la matriz sin que sea necesario que continúe el proceso de embarazo" (54 y 55).

Sebastián Soler ha definido el delito instantáneo como aquel "en el cual la acción que lo consuma se perfecciona en un sólo momento" (56).

Para Sanguino Madariaga el Derecho Penal debe evitar la turbatio sanguinis en la familia, lo cual no se lograría incriminando la fecundación como tal, sino sancionando aquellos comportamientos que precisamente tienden a lograrla, en la medida en que ponen en peligro la estabilidad de la familia (57).

En relación con la tentativa del delito, Romero Soto afirma que el "iter criminis" descrito, admite sin lugar a dudas

fragmentación, y hace factible en consecuencia la tentativa (58). Efectivamente, cuando la acción es detenida por causas independientes del agente, una vez iniciada la ejecución del delito, la acción es punible de acuerdo al artículo 24 del C.P. (59). Ahora bien, cuándo inicia la ejecución del delito? La respuesta es, con la ejecución de actos directamente encaminados a lograr la fecundación *in vitro*. Pues bien cuándo sucederá esto? Tenemos varias posibilidades: 1) Cuando la mujer ingresa en el centro o clínica donde se practicará la técnica, 2) Una vez realizados los exámenes médicos preliminares, 3) Con la ejecución de la primera laparoscopia, o si se utiliza la extracción con equipo de ultrasonido, con la extracción de los óvulos, 4) Cuando se logra en el cultivo de laboratorio la fertilización de los huevos y se prepara a la implantación. Creemos que los dos primeros puntos constituyen actos preparatorios impunes, de tal forma que la ejecución del delito inicia con la extracción del útero de los óvulos que serán fecundados e implantados posteriormente. No cabe duda que, a partir de ese momento todos los demás actos van directamente encaminados a la consumación del delito.

Habría de preverse una agravante para los casos de fecundación de mujeres solteras, viudas o divorciadas, cuando se realice sobre una menor de edad, y cuando se recurra a la técnica no siendo terapéuticamente necesario, ya sea con fines eugenésicos u otros.

d. Consentimiento Informado.

El consentimiento de ambos cónyuges excluye el tipo penal a que nos hemos referido, y por ende, es imprescindible determinar su cobertura, y las vicisitudes que pueden afectarlo.

El consentimiento en materia penal ha sido definido como "una manifestación unilateral de voluntad expresa o tácita, que acepta una conducta ajena relacionada con determinado interés de la persona" (60).

El consentimiento informado tiene como fundamento el aquiescencia de los participantes (cónyuges y terceros donantes de gametos en su caso) después de haberles sido explicada la técnica, sus implicaciones y los eventuales riesgos.

La mayoría de los autores destacan en este aspecto la responsabilidad profesional del médico encargado de la técnica (61): "...el médico es el personaje

fundamental en material de inseminación artificial...es el llamado a aconsejar a quienes decidan a adoptar este método..." (62). Esta responsabilidad profesional es extensiva a los casos de fecundación *in vitro* y transferencia embrionaria.

En este sentido Mosset Iturraspe ha manifestado: "El primer deber del médico en la relación que se crea con el paciente es el de advertencia o información. El médico debe hacer saber al paciente cual es su diagnóstico... con este conocimiento el enfermo estará en condiciones de dar su consentimiento..." (63).

Los participantes aceptan una acción centrada, no en ellos mismos sino en el embrión o la futura criatura.

Esta situación, de dar consentimiento sobre un centro de imputación diferente de uno mismo, es decir, sobre el embrión, es una de las mayores objeciones de algunos teólogos morales católicos-romanos y protestantes (64). May, por ejemplo, sostiene que los padres están arriesgando los intereses del embrión por su propio deseo de tener un hijo (65). Fletcher por su parte, argumenta que las necesidades humanas tienen prioridad sobre los derechos del embrión, y que, al consentir los padres la FIVET, tienden a una paternidad planeada responsablemente (66). Para la mayoría de los autores los representantes del futuro embrión pueden emitir su consentimiento en nombre de su representado (67), no sólo para la realización de la técnica, sino además en aquellos casos en que se deba realizar algún tipo de tratamiento terapéutico prenatal, o investigaciones de carácter terapéutico.

En todo caso, para conseguir el consentimiento plenamente informado se necesitaría la transmisión de una educación científica de años, lo que es imposible. Se ha intentado delinear el consentimiento informado tratando de estandarizarlo. Así, las cortes estadounidenses han declarado que los médicos tienen el deber para con el paciente de darle un conocimiento estandarizado e informarle de los riesgos materiales y beneficios que puede incurrir la terapia (68). El problema es determinar qué tanto debe el médico decirle al paciente? Remitiéndonos a la legislación extranjera, el código penal colombiano sanciona la inseminación artificial que se realice sin el consentimiento de la mujer (69), y contempla agravantes para los casos en que se tratare de mujer casada o de soltera

menor de 16 años. No requiere, el legislador colombiano, el consentimiento del marido, lo que indica que éste no es considerado ofendido cuando se practica inseminación sobre su esposa sin su consentimiento (70). Puede que el legislador al ubicar el delito dentro de los ilícitos contra la libertad individual, haya considerado irrelevante el consentimiento del marido, pues es la mujer la que va a llevar adelante el embarazo. No obstante, nos parece más acertado, considerar que el bien jurídico a proteger es la familia y por ende la falta del consentimiento del esposo o la práctica de la fecundación contra su voluntad ha de ser punible, ya que se lesionan sus derechos fundamentales de esposo y padre. Recordemos que él será el padre legítimo hasta tanto no desconozca la paternidad.

e. Necesidad de nuevos tipos penales.

Los procedimientos efectuados en la realización de la FIVET crea numerosas situaciones que no pueden ser ajenas al derecho penal. Entre otras tenemos las siguientes:

1. Maternidad sustituta o subrogada.

La práctica de la maternidad subrogada o sustituta conlleva un ilícito de gran contenido injusto por las repercusiones para la sociedad, el orden público, la moral y la dignidad de la vida humana. De ahí, la necesidad de que el derecho penal sancione todo tipo de agencia, asociación o personas físicas que se dediquen a tales fines, sea, la contratación, pago, intermediación, facilitación y comercialización de madres sustitutas y de embriones.

En otras legislaciones, se aplica la norma penal que sanciona a toda persona que dé o reciba dinero u otros bienes a cambio de la entrega de un menor en adopción (71). El Estado de Michigan, de Estados Unidos, aprobó en 1983 una disposición que prohíbe a toda persona formar parte de un contrato de maternidad sustituta, estableciendo como pena para quien viole el precepto, prisión de 90 días y/o multa de \$10.000,00; dependiendo de si hay reincidencia la privación de libertad puede aumentar hasta 5 años de prisión. Similar disposición y postura asumió el estado de New Jersey (72).

Romero Soto se cuestiona la posibilidad de denunciar a la madre por estafa

en caso de que, desde el momento del contrato o antes, hubiera tenido el propósito de no entregar al niño. Afirma que "si existe una contraprestación en dinero a cambio de la entrega del niño, podría pensarse en un delito de estafa por la presencia del dolo, aún cuando no faltarían quienes pensarán que se trata de un simple caso civil de incumplimiento del contrato" (73). Nos parece que no existe en la hipótesis adecuación al tipo penal. El problema aquí es determinar la idoneidad del ardid, pues la simple mentira no es constitutiva de engaño en sentido penal. El engaño consiste en afirmar una cosa contraria a la realidad o mantener a una persona en error. Qué tan idóneo puede ser la afirmación de la sustituta de que va entregar al niño, a sabiendas la pareja contratante de que, legalmente ella se lo puede dejar, sin que exista posibilidad jurídica de reclamar el niño? En el caso, el engaño (ardid) no es apto para producir el error, máxime que desde el inicio los contratantes tienen conocimiento de la posibilidad de no devolver al niño.

2. Destrucción y uso de embriones para fines comerciales y de industria.

La técnica de la FIVET conlleva en algunos centros y clínicas el uso de la técnica de la superovulación, teniendo como resultado la fecundación de más de un óvulo, es decir, varios embriones, los cuales no son todos implantados por los riesgos de embarazo múltiple. ¿Qué hacer con esos embriones "supernumerarios" o sobrantes? ¿Qué pensar de la destrucción de estos embriones que se encuentran en la caja petri? La comisión que estudia las posibles modificaciones a la legislación de Ontario, propuso que los embriones supernumerarios deben ser controlados por los dadores de los gametos; en caso de desacuerdo el problema debe ser referido a un tercero; en caso de muerte de uno de los cónyuges el sobreviviente decide; luego del deceso de ambos la clínica tiene el poder de decisión, ya sea que decida destruirlos o congelarlos por un máximo de tiempo fijado por ley (74). Es evidente que se trata al embrión como una mercancía de libre disposición, sin respetar el valor vida que él representa, lo que nos parece contrario al derecho.

El problema de los embriones fuera del útero no se reduce a unos cuantos días o a su congelación. Son utilizados

también, con propósitos exclusivamente científicos (investigación y experimentación). En 1961, el Dr. Daniele Petrucci mantuvo un embrión ectogénico por 59 días en la Universidad de Bologna y lo perdieron debido a un error de laboratorio (75).

¿Qué pensar de los avances en el llamado "útero artificial"? ¿Qué hacer cuando dentro de poco tiempo la gestación del nuevo ser pueda llevarse a cabo totalmente fuera del seno materno? ¿Se necesitará entonces de una nueva regulación penal que proteja la vida de esos embriones *in vitro*?

Para Arson de Glinberg la creación de nuevos tipos incriminatorios penales para los casos de destrucción del embrión *in vitro* "...no sólo menoscaban el progreso de la ciencia médica sino que se correrá el peligro de que el ejercicio de la medicina contenga una serie de precauciones tan represivas que quién decida poner al servicio de la humanidad su ciencia, opacará sus actitudes con una conducta de eterna sospecha..." (75).

En el estado actual del Derecho, es improbable que sanciones penales puedan ser aplicadas como resultado de la destrucción del embrión *in vitro*, aún si tal destrucción es producida con dolo. Empero, el valor vida protegido por el derecho penal está representado, aunque sea en forma efímera, también en los embriones fuera del útero materno por lo que debería obligarse a los centros y clínicas FIVET a fecundar únicamente el número de óvulos que luego serán nuevamente implantados al seno materno.

Zannoni ha dicho: "...el descarte de embriones constituye, se mire por donde se mire, una forma de destrucción de vida humana, genéticamente ya perfecta..." (76).

Por otra parte, el creciente comercio de gametos y embriones, conservados en bancos, provoca inquietudes alarmantes para el futuro de la sociedad. El comercio, tanto del germen de la vida, como de la vida misma, ha de ser contemplado dentro de nuestra normativa penal.

3. Experimentación fetal.

Se ha denunciado desde hace ya algunos años, el uso de fetos humanos vivos para fines experimentales y/o terapéuticos (77). Un trabajador de una clínica de abortos en Londres denunció que dicha clínica había estado vendiendo fetos vivos a un investigador médico que

intentaba llevarlos a la madurez estableciendo un enlace con la circulación de un perro. Luego, cuando estaban totalmente desarrollados, los destruía (78). Nos enfrentamos ante la disyuntiva de si tales manipulaciones fetales constituyen o no delito, ya sea para mantenerlos vivos o darles muerte luego de la experimentación.

El reporte Warnock establece un límite para la manipulación embrionaria de 14 días, y añade que la experimentación y la investigación fetal sólo debe permitirse bajo un permiso especial, por lo que el uso no autorizado de fetos constituye un acto criminal (79). En Inglaterra el sentimiento es que los médicos sólo lleven a cabo experimentos con embriones humanos cuando demuestren que el conocimiento que se busca, no puede lograrse mediante otros métodos o utilizando animales (80). El parlamento Europeo en la Asamblea de Estrasburgo emitió resolución favorable a la fecundación *in vitro*, no obstante prohíbe la experimentación con embriones vivos (81).

En Francia se ha penalizado la experimentación e investigación sobre los fetos, basados en un profundo respeto del carácter sagrado de la vida humana (82). No obstante, la mayoría de los países, siguen la línea expuesta por los reportes Warnock y Waller, en el sentido de permitir la experimentación limitada sobre los embriones humanos.

El respeto al embrión y al feto como vida humana diferenciada y en desarrollo merecedora de tutela jurídica, impone a los legisladores a promulgar leyes penales que prohíban su experimentación, investigación (83), manipulación y cualquier otro uso o destino contrario a la dignidad de la vida humana (84). En relación con las investigaciones con fines terapéuticos, han de sujetarse a lo dispuesto por el Reglamento para las Investigaciones y Experimentaciones en Seres Humanos, la Declaración de Helsinki y el Código de Nuremberg. Sobre este particular Romero Soto, ha dicho: "Existe, en consecuencia, un vacío penal que debe ser llenado para impedir esos actos consistentes en la manipulación de embriones y fetos vivos bien sea para mantenerlos en ese estado, ora para darles muerte, o ya para introducirles células nuevas o quitarles parte de materia" (85).

Además sería importante que la calidad científica y ética de la investigación sea sometida a verificación por algún

órgano colegiado escogido especialmente para dicha tarea.

4. Otros tipos.

La clonación y la paternidad múltiple podría tener graves consecuencias para el orden social en general y para el derecho penal en particular, tales como el plagio en el primer caso, y atentado contra el estado civil en el caso del segundo (art. 182, inciso 3. C.P.).

Para algunos autores el derecho penal debe dar respuesta a un mayor número de inquietudes, entre las que se mencionan las siguientes: prácticas de las técnicas FIVET en centros no autorizados; comercio con gametos o embriones; ruptura del anonimato; implantación de embriones humanos en úteros de animales de otra especie; y especial penalización por su carácter profesional a los practicadores de la técnica.

Estos supuestos requieren de mayor estudio de los especialistas penales a fin de procurar la adecuada regulación, estructuración y ubicación de los tipos penales.

B. VALORACIÓN DE LA FIVET A LA LUZ DE LOS TIPOS PENALES EXISTENTES.

a) Aborto.

Nuestra legislación tiene dos formas de definir el aborto: 1) la definición clásica que proviene del derecho francés, donde el aborto es la interrupción ilegítima del embarazo, y, 2) la definición que proviene del derecho alemán, donde aborto es dar muerte al feto (86).

Alfredo Etcheberry define el aborto como "toda maniobra destinada a interrumpir el embarazo impidiendo que él llegue a su término natural, cual es el nacimiento del producto de la concepción" (87).

Para Jiménez de Asúa lo importante es que se produzca el "aniquilamiento del producto de la concepción" (88). En sentido similar Soler, considera que el elemento esencial del delito consiste en la muerte del feto (89).

1. Embriones supernumerarios o sobrantes.

Podría calificarse de aborto la destrucción de un óvulo fecundado en la probeta? La hipótesis ha sido planteada por Eduardo Zannoni, quién sostiene: "...hoy existe una nueva posibilidad de aborto que no supone la muerte del embrión en

el seno materno, y, por ende, la interrupción del embarazo. Se trata de la destrucción del embrión viable mediante implantación en el útero, en la etapa en que aún se encuentra fuera del seno materno y sujeto a la manipulación de laboratorio" (90).

Para Zannoni es posible aplicar la figura del aborto toda vez que, en la mayoría de las legislaciones, no existe una definición normativa del mismo, y su concepto ha sido perfilado doctrinal y jurisprudencialmente, por lo que no hay obstáculo para reformular el concepto recogido (91). Al hablar nuestro código de "vida intrauterina" (arts. 118 y 119 C.P.) se descarta por completo la posibilidad de considerar la propuesta de Zannoni.

El supuesto no se adecua a la figura del aborto según nuestro código penal, que, de por sí, utiliza una terminología inadecuada, ya que realmente lo que el tipo penal contempla, es lo que Carrara ha llamado feticidio "El que causare la muerte de un feto..." (art. 118). Empero, el artículo 119 del Código Penal (C.P.) sanciona a la "mujer que consintiera o causare su propio aborto", definiendo éste como la interrupción del embarazo, siguiendo al efecto la doctrina francesa. A pesar de la ambigüedad terminológica del artículo 118 del Código Penal, se ha interpretado que en el concepto técnico penal: "existe feto desde la concepción del nuevo ser en el seno materno, y no sólo desde que pasa el período embrionario, que dura hasta fines del tercer mes de embarazo" (92).

La definición del aborto como interrupción del embarazo supone, que el embrión o feto se encuentre en el seno materno, de allí que la destrucción del embrión *in vitro*, antes de su implantación no constituye aborto en el sentido típico. No es posible aplicar la normativa del aborto al caso expuesto, ya que sería analogía "in malam partem".

El mismo Zannoni, reconoce la imposibilidad penal de extender el tipo del aborto, como es concebido actualmente, a los casos de destrucción del embrión fuera del útero, y entonces formula una segunda observación en el sentido de que: "...es imperioso recoger penalmente el tipo que reprima el aborto mediante la destrucción del embrión *in vitro*, en las mismas condiciones que el que reprime la destrucción del feto en el seno materno, interrumpiendo el embarazo" (93). "...cada embrión es la síntesis incipiente

de la individualidad genética del ser humano: su destrucción por descarte importa —por qué no decirlo— un nuevo modo de aborto eugenésico..." (94).

Lo importante y esencial para Zannoni, en todo tipo o forma de aborto es, la destrucción provocada del embrión humano (95).

El criterio de López Bolado es similar al de Zannoni, y manifiesta: "...el daño causado a ese fruto procreado no está previsto como delito cuando todavía no ha sido introducido en la madre, por que, en este caso, no hay maniobras abortivas ni, tampoco, se puede hablar de homicidio. Esta premisa nos lleva a preguntarnos si no será necesaria la creación de nuevos tipos incriminatorios penales para los casos de destrucción del ser inseminado artificialmente y fecundado en lugar extrauterino" (96). Santos Ruiz es de la opinión que, el concepto jurídico de aborto debe ser revisado en virtud de la aparición y ejecución de los modernos métodos de fertilización artificial (97). Para Rodríguez Castro, en el delito del aborto el bien jurídico tutelado es la vida del feto, y por ello se podría llegar a la conclusión de que, hipotéticamente, el supuesto de la destrucción de un embrión conseguido *in vitro*, es susceptible de inclusión dentro del ámbito del aborto (98). Una posible reforma en este sentido debe ser ampliamente discutida, pero en todo caso la propuesta no puede desecharse a priori, pues lo cierto es que el bien jurídico tutelado en el aborto es la vida del ser en desarrollo con independencia de la madre. Lo que hay que determinar es sí, el tipo es adecuado para tutelar sólo la vida intrauterina, o, por el contrario, podría incluirse la reforma que sugieren Zannoni y López Bolado. No obstante, etimológicamente aborto proviene del latín *ab-ortus* que significa mal parto (99), de tal manera que de prosperar la propuesta dicha, se debería pensar en otro tipo penal diferente del aborto.

2. Lavado uterino o embrionario.

Una de las nuevas técnicas desarrolladas de reproducción no coital involucra la recuperación no quirúrgica de un embrión por medio de lavado. Consiste en la recolección de un embrión por medio de lavado uterino de una mujer, y la posterior transferencia del embrión al útero de la futura gestante. La técnica se emplea principalmente cuando hay "donación" del embrión, ya sea de una

pareja totalmente ajena; cuando se ha utilizado el óvulo de una tercera inseminada con el semen del marido, para ser luego transferido a la esposa infértil, y en los casos de maternidad subrogada o sustituta. La técnica se ha denominado Transferencia Embrionaria a Subrogada (TES).

La TES pone en peligro el bienestar o supervivencia del embrión al retirarlo del útero de la dadora. En este caso, no cabe duda de que se da una remoción por la fuerza del embrión del útero de la dadora con el fin de implantarlo en la mujer receptora.

En este supuesto de lavado uterino consideramos que se adecua el hecho al tipo penal de interrupción del embarazo, pues el embrión yace en el útero de la dadora, la que médico-legalmente está, para todos los efectos, embarazada.

El lavado uterino es un medio que perfectamente puede catalogarse de abortivo. De tal forma que, la remoción del embrión constituye aborto de acuerdo con la definición francesa de interrupción del embarazo contemplada en el art. 119 del C.P.

3. "Aborto eutanásico".

Quisiéramos aprovechar estas líneas para manifestar nuestro parecer en relación con el llamado "aborto eugenésico", que a nuestro modo de ver, debería llamarse "eutanásico".

a. Eugenesia.

Primero que todo, es necesario aclarar el significado y los alcances del término "eugenesia".

Proviene de las palabras griegas *eu* que significa "bueno" y *genesis* que deriva de genes por lo que se ha interpretado como engendrar o vida. Eugenesia es por lo tanto engendrar bien o buena vida (100). Francisco Galton, creador de la eugenesia, la define de la siguiente forma: "El estudio de los agentes bajo los control social que pueden mejorar o empobrecer las cualidades raciales de las futuras generaciones ya fuere física o mentalmente" (101).

La eugenesia trata la aplicación de las leyes de la genética al mejoramiento de la raza humana. En la antigua Esparta los niños defectuosos eran destruidos arrojándolos a precipicios, con el fin de que la raza se mantuviera fuerte (102 y 103). Así, todo el desarrollo de la ingeniería genética ha girado en torno a la idea de deterioro del "pool" genético humano.

Los bancos de semen (Banco de Semen de Premios Nobel), donde se selecciona a los dadores, tienen fines eminentemente eugenésicos (104). La eugenesia ha sido dividida en en dos tipos: negativa y positiva. La negativa busca eliminar las cualidades genéticas indeseables (taras genéticas) de la sociedad. La eugenesia positiva involucra el esfuerzo para desarrollar cualidades genéticas física y mentalmente superiores (105). Además, se trata de aprovechar al máximo las constituciones genéticas óptimas (106). La eugenesia pura puede ser deseable. Ciertamente, la prevención de nacimientos de niños malformados, incapacitados o enfermos es encomiable. Ahora bien, por definición la eugenesia se refiere a la vida, no a la muerte. En sentido estricto, la eugenesia negativa ha de consistir en evitar la procreación o transmisión de genes deletéreos, sin implicar la muerte o desecho de los afectados (107). Manifestamos que por definición eugenesia se refiere a la vida y no a la muerte. En realidad, cuando estamos pensando en muerte debemos hablar de "eutanasia" que etimológicamente significa buena muerte. Este último término se ha utilizado para enmarcar el homicidio de personas viejas y enfermas de gravedad (homicidio por piedad), pero perfectamente puede referirse a jóvenes, niños o fetos que por estar defectuosos es "preferible" matarlos, según algunos grupos. La eutanasia actualmente se amplía a seres humanos con limitaciones físicas o psíquicas, porque se juzga que su vida no tiene valor o porque son un peso para la sociedad (108). Por ende, el aborto eugenésico en realidad debería llamarse "eutánásico" ya que es el término que hace referencia a la muerte (Eutanasia: buena muerte).

b. Aborto eugenésico o eutanásico.

Según el Dr. Alfonso Acosta "Aborto eugenésico es el que se hace con el fin de evitar la transmisión de taras" (109). El Dr. Acosta sostenía que el aborto eugenésico no es lo más recomendable, en su lugar debe pensarse en la esterilización del cónyuge con alto riesgo de transmitir enfermedades hereditarias (110 y 111). Según lo anterior, el aborto eugenésico debería practicarse cuando, de acuerdo con los actuales conocimientos de la genética, el fruto de la concepción sería un descendiente enfermo o tarado (112). El abuso en la técnica del diagnóstico

prenatal ha hecho cometer errores inadmisibles a los médicos en otros países, donde el aborto está legalizado, y por ende no tienen ningún obstáculo para, una vez detectado que el feto está defectuoso, sin importar el tipo de lesión, practicar el aborto (como ejemplo tenemos el aborto de un feto no afectado, debido a un aumento falso de la concentración de fetoproteína-alfa en el líquido amniótico) (113). Muchos de los argumentos en favor del aborto eutanásico, se han centrado en si el Estado y los padres tienen derecho, o al menos un interés apremiante, en la prevención de niños genéticamente defectuosos. De permitir el aborto eutanásico estaríamos en el umbral de una era en que las personas deficientes serían discriminadas del resto, según palabras de Kass (114). No podemos justificar ningún tipo de matanza invocando razones eugenésicas (eutanasia). Engisch ha dicho que "al jurista le parece grotesca la idea de que el derecho a vivir sea función de la utilidad social o tal vez condicionada a la coyuntura" (115). "...tratándose del más sagrado de los bienes, superior a todos los restantes, en su favor debe resolverse forzosamente todo conflicto, debiendo primar siempre el derecho a la vida sobre el derecho a la muerte" (116).

c. Alteración de estado civil.

La posible tipificación del delito del artículo 182 C.P. se ha debatido en los casos de fecundación artificial heteróloga. La doctrina italiana se ha planteado la pregunta de si es o no obligatorio decir la verdad, o si por el hecho de guardar silencio sobre la verdad se comete el ilícito penal en cuestión (117). El artículo 345 del Código Penal francés castiga la "suposición de niño", en los casos en que los padres declaran al niño como suyo para evitar los procedimientos de adopción. El ilícito en estos casos es relativamente fácil de demostrar por la falta del alumbramiento. Sin embargo, la doctrina dominante sostiene que no se comete el delito de alteración del estado civil del menor toda vez que, a pesar de tratarse de fecundación heteróloga incluso sin el consentimiento del esposo, mientras éste no impugne la paternidad, lo cubre la presunción de paternidad de hijo habido en matrimonio (118). De igual forma, cuando se utilizare óvulo de otra mujer, la ley (119) considera que la madre legal es la gestante, por lo que en ambos casos falta la antijuridicidad de la acción.

d. Coacción.

El artículo 193 C.P. tiene como bien jurídico tutelado la libertad de determinación. El hecho consiste en coaccionar a alguien a hacer, no hacer o tolerar algo, es decir, a proceder sin voluntad alguna o con voluntad viciada por coacción. El consentimiento del cónyuge infértil basado en la persuasión y/o violencia del cónyuge fértil, no es válido, el delito de coacción se configura, y el cónyuge que ejerciera la violencia sea física o moral ha de ser procesado por dicho delito. Por otra parte, la mujer que consiente bajo coacción está siendo obligada a tolerar algo que, en otras circunstancias, tal vez no toleraría. En el proyecto de código penal español de 1980, se comparó la inseminación heteróloga sin el consentimiento de la mujer o mediante el empleo de violencia o amenaza, con el contenido de ilicitud de la violación o del abuso sexual (120).

e. Lesiones.

El bien jurídico tutelado en el delito de lesiones es la integridad corporal y la salud mental. Abarca daño en el cuerpo y en la salud. En el proceso de la FIVET el practicante podría cometer sobre la mujer los tipos penales descritos en los artículos 123, 124, 125 y 128 del C. P. si se le dañare por impericia los órganos reproductores (lesión de los ovarios). No obstante, por el fin del proceso, posiblemente, el hecho se adecue típicamente al delito de lesiones culposas (art. 128 C.P.) pues los demás tipos requieren de dolo. El problema radica en determinar si la consecución del embarazo podría considerarse un daño en la salud de la madre o al menos un debilitamiento persistente en la salud, en aquellos casos de fecundación no consentida por la gestante. Por enfermedad se entiende un estado patológico que se aparta de lo normal y que existe mientras dicho estado se manifiesta en forma latente durante el tratamiento. El debilitamiento persistente en la salud consiste, en la disminución sustancial de la misma pero sin perderla totalmente. Para Hans Luttger, el daño en la salud consiste conceptualmente en "la producción o agravación de una enfermedad corporal o psíquica —aunque sea transitoria, o sea, que se refiere a un estado patológico—" (121). No puede el embarazo ser considerado un "estado patológico". Se trata de un estado biológico normal, en el cual los malestares propios del embarazo son fenómenos

colaterales, que no son de ningún modo, daño en la salud física o debilitamiento persistente de la misma. Por otra parte, podría configurarse el delito de contagio venéreo, ya que el artículo 130 C.P. no establece como único medio el contacto sexual, y por ende, deja abierta la posibilidad para la transmisión de enfermedades venéreas a través de transfusión de sangre, o, como en el presente caso, por intermedio del líquido seminal. El tipo de las lesiones no incluye los daños que se le puedan ocasionar al feto en el útero. No obstante, resulta interesante hacer notar que el derecho penal alemán adelanta el inicio de la calidad de persona plena al momento en que inicia el nacimiento, allí donde aún se podría considerar un feto (122). De tal manera que, es dable la configuración de los delitos de homicidio o lesiones por actos cometidos durante el nacimiento (123), a pesar de esto "...el legislador histórico no ha considerado seriamente, durante generaciones, la posibilidad de innovar incluyendo una norma penal sobre las lesiones al feto" (124).

f. Incesto.

La fecundación heteróloga guardando los donadores el anonimato, favorece los casos de relaciones incestuosas. En el tanto no exista una reglamentación rigurosa, perfectamente un mismo donador podría tener gran cantidad de hijos, los que entrarían al medio social en un tiempo más o menos parecido. Si bien el artículo 174 C.P. exige el conocimiento de la relación de parentesco para la adecuación del tipo, no menos cierto es que, a pesar de ello, las posibilidades de relaciones incestuosas, principalmente en un país pequeño como el nuestro aumentan.

g. Profanación de cadáver.

Cuando se trata de un feto expulsado vivo del seno materno aún antes de la viabilidad, la mayoría de los autores opinan que que su manipulación irrespetuosa constituye el delito de profanación de cadáver contemplado en el artículo 207 del C.P. (125).

Ahora bien, qué pasa con el feto expulsado muerto? Es cadáver? Creemos que, en virtud de la relevancia jurídica del embrión, de sus efectos jurídicos parciales, debería ser tutelado por el tipo penal de profanación de cadáver.

CONCLUSIONES.

En relación con esta segunda parte de esta separata, es dable concluir lo siguiente:

1. Los embriones mantenidos *in vitro* merecen el mismo status jurídico del embrión intrauterino, de tal manera que debe ser protegido por el derecho con la misma rigurosidad. No es lícito, por ende, destinar estos embriones a experimentos o investigaciones, que tengan un fin diferente del terapéutico. De igual forma, el producir embriones para fines comerciales y de la industria (cosméticos) debe ser condenado y sancionado penalmente.

2. El consentimiento libre e informado debe constar por escrito, ante notario público y testigos, con el fin de garantizar seguridad jurídica al nuevo ser. Si la FIVET se practica sin o contra el consentimiento de uno o de ambos cónyuges se considera un hecho punible, y para tal efecto ha de incluirse nuevos tipos o figuras en nuestro derecho penal.

3. La técnica deberá prohibirse en forma absoluta para mujeres solteras, viudas, divorciadas, parejas en unión libre o parejas en relación de homosexualismo o lesbianismo. De igual manera queda vedada la técnica para aquellas parejas que no tienen una prescripción médica. La normativa penal ha de prever una agravante cuando se realizare la FIVET sobre alguna de estas personas.

4. Todo comercio de esperma, óvulos o embriones ha de ser prohibida por ley. Los bancos de esperma y de embriones son contrarios a la moral y las buenas costumbres.

5. La congelación de embriones es contraria al respeto y la dignidad que merece toda persona humana. La congelación del embrión ha de tenerse como último recurso para evitar su destrucción en caso de que la pareja receptora muera cuando éste se encontrara aún *in vitro*, y deba entonces el embrión ser "adoptado prenatalmente" por otra pareja infértil.

7. Ha de preverse sanción penal para todo tipo de agencia, asociación o personas físicas que se dediquen al establecimiento de madres sustitutas, es decir, a la contratación, pago, intermediación, facilitación y comercio de madres subrogadas y/o embriones.

8. En el campo penal es necesario una reforma al Código en el título de los delitos contra la familia, a fin de incluir como delito la "fecundación *in vitro* no consentida". Además, ha de buscarse el

medio legal de proteger penalmente al embrión que se encuentra *in vitro* pues la situación no se adecúa al tipo del aborto y tampoco puede considerarse como homicidio. Actualmente los embriones fuera del seno materno no tienen protección penal adecuada.

10. El lavado uterino con el fin de remover por la fuerza el embrión con el objeto de implantarlo en el útero de otra mujer, si causare la muerte del embrión, constituye el delito de aborto.

11. La pareja que conforme a la ley ha sido sometida a fecundación *in vitro* heteróloga no comete el ilícito de alteración de estado pues actúan bajo la presunción legal de paternidad, por lo que el hecho no es antijurídico.

12. Las donaciones de gametos, deben limitarse a un número restringido por ley, con el fin de evitar alto riesgo de relaciones incestuosas.

13. En virtud de la relevancia jurídica que para el ordenamiento implica el embrión y feto humano, sus restos deberían ser protegidos por el tipo penal de profanación de cadáver. El proyecto platónico de selección del género humano se está materializando mediante las actuales técnicas de reproducción humana artificial, debe encontrar cierto freno en el Derecho, el que ha de tener como tarea fundamental, la elaboración de principios básicos claros y consistentes. La tarea no será fácil. En un lado de la balanza tendremos a los científicos y parejas infértiles exigiendo la legalización o permisión absoluta de las técnicas; en el otro platillo, estarán los moralistas, tradicionalistas y principalmente los valores que ha sostenido y defendido nuestra sociedad por siglos. No obstante, en la fiel de la balanza ha de estar, siempre y en todo momento, el respeto al valor y la dignidad de la vida humana. La manipulación genética, se vuelve arbitraria e injusta cuando degrada al ser humano convirtiéndolo en un simple objeto instrumentalizable.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. RODRIGUEZ LUÑO, Ángel, y LÓPEZ MONDEJAR, Ramón, *La fecundación in vitro*, Madrid, Ediciones La Palabra S.A., 1986, p. 87.
2. *Los valores y el Derecho*, Antología de Filosofía del Derecho II, Ciudad Universitaria Rodrigo Facio, Facultad de Derecho, II semestre, 1986, p. 4.
3. RODRIGUEZ Y LÓPEZ, *op. cit.*, p. 89.
4. *Comunicación personal con el Dr. Hernán Collado*, 19 de julio de 1988.

5. LEJEUNE, Jerome, *Genética, ética y manipulaciones*, España, Academia Pontificia de Ciencias, 1986, p. 1; WINCHESTER, A.M., *Genética*, México, Compañía Editorial Continental S.A., 1978, pp. 76-77; O'DOGHERTY, J.L. y VALLE, J., *La fecundación in vitro*, Madrid, Editorial Folletos M.C., octubre, 1985, p. 9 y p. 21; SANTOS RUIZ, Ángel, *Instrumentación genética*, España, Ediciones La Palabra S.A., 1987, p. 97.
6. RODRÍGUEZ Y LÓPEZ, *op. cit.*, p. 93.
7. SANTOS, *op. cit.*, p. 95.
8. RODRÍGUEZ Y LÓPEZ, *op. cit.*, p. 97.
9. SANTOS, *op. cit.*, p. 94. Esta tesis no afecta desde el punto de vista ético la valoración del embrión como ser humano. Es en el campo del Derecho Positivo donde ha generado más controversia pues se ha pretendido tomar como punto para fijar la personalidad del embrión, tal y como se verá en el apartado correspondiente.
10. *Ibidem*, p. 97.
11. Ver nota 9 de esta página.
12. O'DOGHERTY y VALLE, *op. cit.*, p. 24.
13. O'DOGHERTY y VALLE, *op. cit.*, p. 25.
14. RODRÍGUEZ Y LÓPEZ, *op. cit.*, p. 107.
15. JONES, citado por SANTOS, *op. cit.*, p. 109.
16. Mc CORMICK, citado por RODRÍGUEZ Y LÓPEZ, *op. cit.*, pp. 110-111.
17. SANTOS, *op. cit.*, pp. 100-101.
18. SANTOS, *op. cit.*, p. 100.
19. BLÁZQUEZ, Niceto, *Ética de la reproducción humana según el Warnock Report Studium*, Ed. Institutos Pontificios de Teología y Filosofía, Fasc. 3, 1984, p. 401.
20. *Ibidem*.
21. *Ibidem*, p. 406.
22. BLÁZQUEZ, Niceto, *Ética de la reproducción humana...*, p. 401.
23. *Ibidem*.
24. *Ibidem*, p. 400.
25. BLÁZQUEZ, Niceto, *Ética de la reproducción humana...*, p. 404.
26. *Ibidem*, p. 405.
27. *Ibidem*, p. 409.
28. BLÁZQUEZ, Niceto, *Ética de la reproducción humana...*, p. 401.
29. *Ibidem*, p. 401.
30. *Ibidem*.
31. ANNAS, George and SHERMAN, Elias, *Social Policy Considerations in Non-Coital Reproduction, Genetics and the Law III*, Boston, Mass., 1985, p. 154.
32. BLÁZQUEZ, Niceto, *Ética de la reproducción humana...*, p. 412.
33. BLÁZQUEZ, Niceto, *Ética de la reproducción humana...*, p. 414.
34. *Ibidem*, p. 415.
35. *Ibidem*, p. 419.
36. BLÁZQUEZ, *Ética de la reproducción humana...*, p. 422.
37. *Ibidem*.
38. WALLER, M.L., *The Waller Report and Australian Legislation, Artificial Procreation, Genetics and the Law III*, Institut Suisse de Droit Comparé, 1986, p. 134.
39. La lista de espera de parejas para recibir los procedimientos FIVET varía entre 240 y 4.000 por año. Un total de 9.520 parejas están en tratamiento o esperan tratamiento en Australia. WOOD, C. y TROUNSON, A., *Current State and Future of IVF, Clinics In Obstetrics and Gynaecology*, vol. 12, No. 4, December, 1985, pp. 156-157.
40. WALLER, *op. cit.*, p. 136.
41. *Ibidem*, p. 140.
42. WALLER, *op. cit.*, p. 140; ANNAS y SHERMAN, *op. cit.*, p. 154.
43. ANNAS y SHERMAN, *op. cit.*, p. 155.
44. *Ibidem*, p. 154.
45. WALLER, *op. cit.*, p. 141.
46. ROMERO SOTO, Luis E., *Inseminación artificial y fecundación artificial y sus relaciones con el Derecho Penal*, Revista del Colegio de Abogados Penalistas del Valle, Colombia, Ed. Señal, No. 8, 1983, p. 21.
47. *Ibidem*, p. 22.
48. *Ibidem*, p. 23.
49. ROMERO SOTO, *op. cit.*, p. 26.
50. LÓPEZ BOLADO, Jorge, *Los médicos y el Código Penal*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 1981, p. 174.
51. DÍAZ DE GUJARRO, citado por ROMERO SOTO, *op. cit.*, p. 25.
52. *Ibidem*, p. 26.
53. ROMERO SOTO, *op. cit.*, p. 30.
54. *Ibidem*, p. 29.
55. Ver también SANGUINO MADARIAGA que el comportamiento se agota en un sólo momento. SANGUINO MADARIAGA, Alirio, *La inseminación artificial en el Código Penal colombiano*, Revista Nuevo Foro Penal, Bogotá, Ed. Temis, No. 30, Oct.-Dic., 1985, p. 471.
56. SOLER, Sebastián, *Derecho Penal argentino*, Buenos Aires, Editorial Tea, tomo III, 1978, p. 153.
57. Ver SANGUINO MADARIAGA, *op. cit.*, p. 453.
58. ROMERO SOTO, *op. cit.*, p. 29.
59. Algunas legislaciones como la alemana no sanciona la tentativa en los casos de Inseminación Artificial no consentida. Sin embargo hay que tener en cuenta que los actos de ejecución en una y otra son muy diferentes. Mientras que en el primero los actos dirigidos a su consumación son irrelevantes, en la FIVET hay que extraer los óvulos, lo cual requiere necesariamente de anestesia total, y por lo tanto conlleva riesgos para la mujer. LUTTGER, Hans, *Medicina y Derecho Penal*, Ed. Edersa, traducción del alemán por Dr. Enrique BACIGALUPO, 1984, p. 28.
60. MARTÍNEZ ZÚNIGA, citado por SANGUINO MADARIAGA, *op. cit.*, p. 466.1. Para Mc CLELLAN lo importante es que los médicos comprendan mejor y aprecien la relevancia de respetar los derechos de las todas las personas, ricos, pobres, incapaces o capaces, deben esforzarse por obtener de buena fe el consentimiento informado de los pacientes.
61. Mc CLELLAN, Frank M., *Informed Consent to Medical Therapy and Experimentation, The Journal of Legal Medicine*, vol. 3, No. 1, March, 1982, pp. 91-92.
62. DÍAZ LYNCH, citado por LÓPEZ BOLADO, *op. cit.*
63. MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Responsabilidad civil del médico*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1979, p. 27.
64. ARSON DE GLINBERG, Gloria Hilda, *Fertilización in vitro y la Ley XXVI. Conferencia de la Federación Interamericana de Abogados*, Buenos Aires, 9-15 mayo, 1987, p. 14.
65. MAY, citado por ARSON DE GLINBERG, *Fertilización in vitro y la Ley XXVI*, p. 14.
66. FLETCHER, citado por ARSON DE GLINBERG, *ibidem*.
67. Ver KIEFFER, George, *Bioética*, España, Editorial Alhambra S.A., 1983, pp. 277-278.
68. Mc CLELLAN, *op. cit.*, pp. 114-115.
69. Artículo 280 Código Penal colombiano, citado por ROMERO SOTO, *op. cit.*, p. 28.
70. *Ibidem*.
71. SILVA RUIZ, Pedro F., *La familia y los avances científicos: Inseminación artificial y fecundación extrauterina*, Revista Judicial, San José, No. 40, Dic. 1987, p. 30.
72. DICKENS, Bernard, *Surrogate Motherhood: Legal and Legislative Issues, Genetics and the Law III*, Boston, 3.^{er} National Symposium on Genetics and the Law, 1985, p. 202.
73. ROMERO SOTO, *op. cit.*, p. 27.
74. BAUDOIN, J.L., *Les problèmes juridiques de la procréation artificielle. Aperçu comparatif de la situation en Amérique du Nord, Procréation Artificielle, Génétique et Droit*, Zurich, Institut Suisse de Droit Comparé, 1986, p. 124.
75. ARSON DE GLINBERG, *Fertilización in vitro y la Ley XXVI*, p. 11.
75. DAVIES, Iwan, *Fabricated Man: Dilemma Posed by Artificial Reproductive Techniques*, Northern Ireland Legal Quarterly, vol. 35, No. 4, Winter, 1984, p. 371.
76. ZANNONI, Eduardo A., *Inseminación artificial y fecundación extrauterina. Proyecciones Jurídicas*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1978, p. 95.
77. SANTOS RUIZ, *op. cit.*, pp. 107-108.
78. DAUBE, David, *Legal Problems in Medical Advance*, Jerusalén, Hebrew University, 16.^{er} series, 1971, p. 6.
79. Véase BLÁZQUEZ, *Ética de la reproducción humana...*, p. 419; y SANTOS RUIZ, *op. cit.*, p. 231.
80. SANTOS RUIZ, *op. cit.*, p. 232.
81. *Ibidem*, p. 235.
82. BAUDOIN, *op. cit.*, p. 125.
83. El Reporte Warnock diferenció la investigación científica pura de la aplicada. La primera busca el incremento y desarrollo de los conocimientos acerca del embrión humano en su origen y desarrollo; la segunda, por el contrario, se ordena al diagnóstico y terapia del embrión, con miras a mitigar el problema de la infertilidad. La FIVET la ubica dentro de la investigación científica aplicada. BLÁZQUEZ, *Ética de la reproducción humana...*, p. 416.

84. En igual sentido ver ROMERO SOTO, *op. cit.*, p. 32.
85. ROMERO SOTO, *op. cit.*, p. 32.
86. Actualmente el aborto es un procedimiento relativamente seguro, fácil y controlado, realizado por especialistas que utilizan varios métodos, entre ellos, dilatación y curetaje, en el primer trimestre; para abortos posteriores usan infusión intraamniótica de salina, urea o soluciones postaglandinas, o ejecución de dilatación y evacuación.
87. ETCHEBERRY, Alfredo, *El Derecho Penal en la jurisprudencia*, Chile, Ed. Samuel Muñoz Vera, tomo IV, p. 52.
88. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Libertad de amar y derecho a morir. Ensayo sobre eugenesia y eutanasia*, Buenos Aires, Ed. Depalma, séptima edición, 1984, p. 264.
89. SOLER, *op. cit.*, tomo III, p. 91.
90. ZANNONI, *op. cit.*, p. 93-94.
91. *Ibidem*.
92. NÚÑEZ, citado por ZANNONI, *op. cit.*, p. 92.
93. ZANNONI, *op. cit.*, p. 94.
94. *Ibidem*, p. 95.
95. *Ibidem*, p. 94.
96. LÓPEZ BOLADO, *op. cit.*, p. 178.
97. SANTOS RUIZ, *op. cit.*, p. 220.
98. RODRÍGUEZ CASTRO, citado por SANTOS RUIZ, *op. cit.*, pp.220-221. Cf. MUÑOZ CONDE, citado por SANTOS, *ibidem*, p. 221.
99. LÓPEZ BOLADO, *op. cit.*, p. 107.
100. Ver ORTIZ VAGLIA, Gilda, *El Aborto*, Revista de Ciencias Jurídicas, San José, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho y Colegio de Abogados, No. 26, May.-Agost. 1975, p. 158. Véase también JIMÉNEZ DE ASÚA, *op. cit.*, p. 4.
101. GALTON, citado por ORTIZ, *op. cit.*, p. 156; JIMÉNEZ DE ASÚA, *op. cit.*, p. 4; y WINCHESTER, *op. cit.*, p. 549.
102. WINCHESTER, *op. cit.*, p. 553.
103. La selección natural elimina los genes menos aptos y perpetúa los más adecuados y fuertes. En los seres humanos la selección natural opera de modo que los genes defectivos son eliminados ya sea por que el individuo muere o por que no tiene capacidad de reproducirse. Durante siglos la selección natural fue intensa. No obstante, la medicina preventiva actual tiende a reducir los efectos de la selección, poniendo en peligro la especie actual y la futura. WINCHESTER, *op. cit.*, pp. 550-551. En virtud de lo anterior, podríamos pensar y entender que ciertos grupos estén especialmente interesados en la generalización del aborto eutanásico, con el fin de compensar o suplantar, al menos en parte, lo que antes hacía la selección natural.
104. Ver ANDREWS, citada por TERRA, *op. cit.*, p. 292; ANNAS, *op. cit.*, p. 152.
105. STEEVES, Sharon M., *Artificial Human Reproduction: Legals Problems Presented by the Test Tube Baby*, Emory Law Journal, vol. 28, No. 4, Fall, 1979, pp. 1060-1061.
106. SANTOS RUIZ, *op. cit.*, p. 214.
107. Sobre esta base la esterilización con fines eugenésicos podría ser un medio para eliminar la transmisión de taras sin tener que llegar a la destrucción de la vida, y de un nuevo ser genéticamente perfecto. Ver CASTILLO GONZÁLEZ, Francisco, *La esterilización voluntaria en Costa Rica*, San José, Ed. Pasdiana, pp. 11 y ss.
108. Recientemente en Francia la Asociación para la Prevención de la Infancia Mनुsválida presentó un proyecto de ley en que propone la eutanasia de los recién nacidos deficientes. El artículo en mención dice: "Un médico no cometerá crimen ni delito si no suministra las curas necesarias para la supervivencia de un recién nacido de menos de tres días, en el caso de que el niño presente una enfermedad incurable o se prevea que no podrá tener nunca una vida digna de ser vivida". MONGE, Fernando, *Cuando la vida humana es sometida al control de calidad. Debate sobre la eutanasia de los recién nacidos deficientes*, Madrid, Boletín Acepresa, No. 47, 23 diciembre de 1987, p. 1.
109. ACOSTA, Alfonso, citado por ORTIZ VAGLIA, *op. cit.*, p. 157.
110. ACOSTA, citado por ORTIZ VAGLIA, *op. cit.*, p. 157.
111. El aborto autorizado por motivos eugenésicos existe en los países de: Argentina, México, Uruguay, Dinamarca, Alemania, Cuba, Ecuador y Brasil. JIMÉNEZ DE ASÚA, *op. cit.*, p. 281.
112. *Ibidem*, p. 322.
113. MILUNSKI, *op. cit.*, p. 57.
114. KASS, citado por KIEFFER, *op. cit.*, p. 170.
115. ENGISCH, citado por LÓPEZ BOLADO, *op. cit.*, p. 104.
116. *Ibidem*, p. 59.
117. ROMERO SOTO, *op. cit.*, p. 30.
118. Ver ROMERO SOTO, *op. cit.*, p. 30.
119. Al menos así se debería legislar.
120. LUTTGER, *op. cit.*, p. 24.
121. LUTTGER, *op. cit.*, p. 34.
122. LUTTGER, *op. cit.*, p. 64.
123. *Ibidem*, p. 71.
124. *Ibidem*, p. 72.
125. Ver ROMERO SOTO, *op. cit.*, p. 32.