



Protección

de los embriones humanos

Emilssen González de Cancino

Las técnicas genéticas y de reproducción humana asistida han colocado en el terreno de quienes se dedican a las ciencias de los valores y las normas problemas insospechados, profundos y trascendentes.

En esta ocasión nos ocuparemos de aquellos que aparecen en un nivel que podríamos llamar de técnica normativa, en relación con los embriones humanos.

Esto no quiere decir que desestimeemos la importancia de la perspectiva filosófico-jurídica; solamente que, para rendir tributo al tiempo, es necesario hacer una elección limitada. El título de la intervención es un primer punto que desvela el sentido de nuestra postura: somos partidarios de la protección de los embriones de nuestra especie.

Consideramos que, puestos a la tarea de preparar o dictar normas que regulan los temas concernientes a dicha protección, los juristas encuentran varios interrogantes esenciales.

1. *Hoy por hoy parece imprescindible tomar medidas legislativas.* El primero de los interrogantes se refiere a la conveniencia de realizar esta tarea y a la oportunidad para emprenderla.

En cuanto a la adopción de definiciones, reglamentación civil o administrativa de ciertas actividades, reconocimiento de efectos civiles, por ejemplo, se puede optar por esperar que la cambiante reali-

dad lleve ante los jueces casos concretos de interés jurídico para que, por la vía jurisprudencial, considerada menos segura pero más próxima a la realidad del aquí y el ahora, se vayan formulando principios o, cuando menos, puntos de apoyo para que el legislador pueda decidir si interviene o no y en qué sentido. Cabe esperar también una discusión doctrinal libre y abierta, o el debate en comisiones, de expertos o mixtas, es decir, de expertos y legos, creadas *ad hoc*. De hecho, varios caminos se han recorrido en distintas latitudes. Italia, país de derecho legislado, se movió, hasta el año pasado, al vaivén de providencias judiciales y debates doctrinales bastante abiertos y cuenta con una Comisión Nacional de Bioética. En Estados Unidos, país de derecho consuetudinario, florecen, junto a las decisiones de los jueces, las opiniones de numerosos comités cuyos integrantes muestran la heterogeneidad propia de la nación. En Colombia estamos en el momento de la discusión doctrinal, con escasos participantes, y de los apresurados proyectos de ley.

Hace algunos años nos parecía mejor esperar que los problemas jurídicos que pudieran presentarse en relación con la aplicación de las biotecnologías fueran analizados por la doctrina y la jurisprudencia, para poder contar con argumentos más maduros en el momento de proceder a su tratamiento legislativo¹; salvo en penal. Sin embargo, hoy, a la vista de lo que

* Resumen de la ponencia presentada por la autora en las Jornadas de Reflexión sobre el Genoma Humano, organizadas por la Fundación Ramón Areces, en Madrid.

1 EMILSSEN GONZÁLEZ DE CANCINO. "Los contratos de gestación sustitutiva", en *Medicina, ética y delito*, Bogotá, 1992.



ha pasado en nuestro país², opinamos en muchos puntos los procedimientos parlamentarios, necesariamente más abiertos y democráticos que los administrativos, deben sentar los principios generales.

2. Para legislar hace falta una visión sistemática. El segundo gran problema se refiere a la *sedes materiae*. ¿Cuál será la materia adecuada para alojar las normas correspondientes? ¿Serán suficientes las normas deontológicas de las profesiones relacionadas con las ciencias y las técnicas implicadas en el acercamiento de los gametos, la conservación de los embriones y su traslado al hábitat materno? ¿Bastarán las previsiones propias del derecho civil o será aconsejable acudir al derecho administrativo, o, incluso, a la *ultima ratio* que representa el derecho penal? ¿Tal vez el camino sea un estatuto autónomo de cubrimiento general, como en España? ¿Quizá resulta más manejable un conjunto de normas que podríamos considerar de ensamblaje modular, como en Francia? Si sólo nos fijáramos en las numerosas críticas que ha merecido la legislación española sobre el tema, parecería que su elección no es la más afortunada. En cualquier caso, hacemos un voto por la coherencia y por un grado razonable de plenitud en el conjunto, en todos los sistemas jurídicos.

3. El estatus jurídico de preembriones y embriones determinará el rango de las normas de protección. En tercer lugar, es necesario decidir el rango que corresponderá a estas normas dentro de la pirámide normativa: ¿ley ordinaria o estatutaria? El problema se planteó en España en la sustentación del recurso de inconstitucionalidad que se interpuso contra la Ley 42 de 1988 sobre donación y utilización de embriones y fetos y de sus células, tejidos y órganos. El Tribunal Constitucional recordó que la afirmación del principio democrático según el cual “toda mayoría cualificada, como lo es la prevista para la Ley Orgánica, debe mantenerse en términos de excepción a la regla”, se había manifestado en anteriores providencias suyas. Decidió que “no basta con que una determinada exigencia dirigida al legislador, como la que hoy nos ocupa, se encuentre comprendida en uno de los preceptos constitucionales en los que al mismo tiempo se contenga también alguno de estos derechos fundamentales y libertades públicas para que se extienda a aquellos también el ámbito de la citada reserva de ley orgánica [...] la referencia del artículo 81.1 de la C. E. no se hace a los contenidos generales de los preceptos afectados sino directamente a los derechos fundamentales y libertades públicas [...] el entendimiento estricto de esta reserva de ley orgánica que viene haciendo este tribunal impide que la misma se amplíe más allá del ámbito propio del derecho fundamental, en este caso el derecho fundamental de todos a la vida, a otras exigencias dirigidas al legislador y contenidas en los preceptos de la mencionada sección 1.ª, en este caso al bien jurídico constitucionalmente protegido que es la vida del *nasciturus*, tal como ha quedado recogido más arriba”³.

Como ya se puede intuir, es en este punto que al profano le parecerá apenas cuestión de nombre, en donde se apoya el eje central del debate en torno de la

protección del embrión; eje que hunde sus raíces en criterios filosóficos y biológicos e involucra juicios éticos y de moral religiosa. En palabras de ROMEO CASABONA: “Es un debate filosófico de primera magnitud, que perdura en el tiempo, está muy condicionado ideológicamente y, por consiguiente, no exento de una aproximación al mismo, provista de prejuicios y, probablemente, condenado a no ser resuelto o –siendo más precisos– a serlo de acuerdo con los diferentes puntos de vista adoptados como punto de partida, lo que significa desacuerdos en los resultados”⁴. No vamos a entrar en el viejo debate de las relaciones entre la moral y el derecho, sólo resaltamos que los problemas esenciales del hombre superan la estrechez de las especialidades y obligan a miradas totalizadoras.

Cuando el Tribunal Constitucional español distingue entre el derecho fundamental de todos a la vida y el bien jurídico constitucionalmente protegido que es la vida del *nasciturus*, está tocando el meollo de la consideración relativa a la naturaleza del fundamento de la protección del embrión: ¿se le protege porque es una persona; porque llegará a serlo, porque se le puede equiparar al *nasciturus*, o, bien, porque es un bien de valor inestimable, o porque su vida es un bien constitucionalmente protegido?

En este caso bien vale la pena recordar la opinión de OLIVECRONA para quien “la clave de la discusión, cuando parece no tener fin, se encuentra en que la serie de ideas sobre la adquisición de un derecho, sobre las consecuencias con respecto a la conducta de los demás, se halla firmemente establecida en lo que se refiere a los derechos antiguos y bien conocidos, y cuando, mediante la legislación, se introducen derechos nuevos, o, añadiríamos nosotros, se debaten éstos en la doctrina y la jurisprudencia –se les aplican las mismas pautas mentales”⁵.

2 Una resolución 01628 de la Secretaría de Salud Bogotá, D. C. autorizó en abril de 1994, de manera indirecta, la investigación sobre embriones humanos, sin reglamentación de ningún tipo.

3 Tribunal Constitucional. Sentencia 212 del 19 de diciembre de 1996, *BOE* n.º 19, suplemento, pp. 32-43.

4 ROMEO CASABONA, *Del gen al derecho*, Bogotá, 1996, p. 355.

5 OLIVECRONA. *El derecho como hecho. La estructura del ordenamiento jurídico*, Barcelona, 1980, p. 1990.

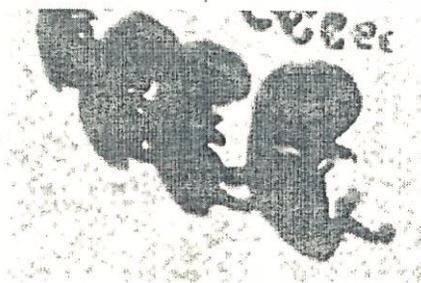
La aparición de conceptos nuevos en política o filosofía y la irrupción de novedades ontológicas han provocado quiebres revolucionarios en el desarrollo jurídico. ¿No se podría considerar ahora una revisión de la teoría de los derechos subjetivos para acordar la protección del embrión humano? ¿Podría acuñarse un postulado novedoso? La invocación del Tribunal Constitucional español a los bienes constitucionalmente protegidos parece ir en esta dirección.

4. El lenguaje jurídico ha perdido precisión. La elección del lenguaje y la redacción de las disposiciones se cuentan también dentro de los problemas que acosan al legislador en estos asuntos, de manera especial por el protagonismo que, querámoslo o no los juristas, tienen en este caso las ciencias y técnicas biológicas y médicas.

Justamente NORMAN FORD ha señalado que una de las grandes dificultades para determinar el estatus jurídico del embrión se basa en la utilización de un lenguaje precientífico que mantiene al derecho atado a un esquema fáctico que las ciencias biológicas, en el estado actual de su desarrollo, han superado.

¿Pensaría don ANDRÉS BELLO, a finales de la centuria pasada, que su definición de persona como individuo de la especie humana podía resultar tema de discusión porque, antes de cierto plazo, el ser que se forma por la unión de los gametos, que el no dudó en llamar concepción, como ya lo habían hecho los romanos, no alcanza las características de unidad y unicidad esenciales para hablar de un individuo?

5. El derecho, como la ciencia, es dinámico. Nos preguntamos, además por el alcance temporal y espacial que deberán tener las normas, ¿la elección óptima será un acuerdo internacional? ¿Serán útiles y suficientes normativas continentales o nacionales? Para el jurista europeo sólo debe importar la normativa comunitaria, ¿o deberá aprovechar la difusión que sus ideas alcanzan en otros continentes para contribuir a una



protección universal? ¿Qué decidir en cuanto a la vigencia temporal? Estamos tan acostumbrados a legislar con vocación de eternidad o, por el contrario, para períodos de emergencia y coyuntura, que nos parece difícil utilizar fórmulas más flexibles, de fácil afinación frente a los desarrollos científicos positivos o que permitan un rápido cambio de sentido cuando se prevean algunos negativos. En este caso un ejemplo interesante se encuentra en el artículo 11, apartado 2.º de la ley 35 de 1988, en España, porque al anunciar que la conservación de óvulos no será autorizada a los bancos de gametos sino cuando la ciencia demuestre que existen las debidas garantías sobre la viabilidad de los óvulos después de la descongelación, abre un plazo que estimula el debate, sin poner en peligro bienes valiosos y sin acudir a prohibiciones apresuradas.

¿Cuál será el objeto de protección? ¿Los embriones formados *in vivo* e *in vitro* o solamente estos últimos? ¿El embrión y el preembrión? ¿Sobre qué conductas se legislará: producción, conservación, utilización de embriones? ¿Lo que atañe a la reproducción, o también lo que se relaciona con la investigación y la experimentación?

6. ¿Cómo empezar? Es imposible presentar los fundamentos más o menos

completos de una postura personal en pocos renglones, pero esbozaremos algunos como contribución al debate.

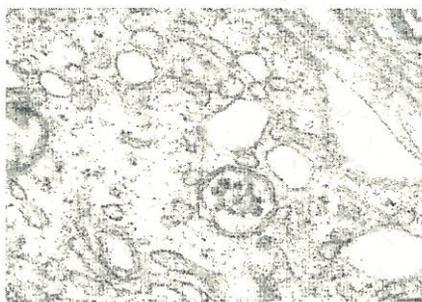
En principio, con base en el desarrollo que el tema ha tenido en distintas latitudes y en instrumentos internacionales diversos, resulta, según mi juicio, relativamente más fácil decidir qué debe prohibirse. Conductas tales como la producción de quimeras, el intercambio genético entre especies cuando una de ellas es la humana; la introducción de un embrión humano en hábitat animal o la operación inversa; la comercialización del embrión humano y su utilización para fabricar cosméticos; cualquier procedimiento que tienda a la selección de la raza; la utilización de la ingeniería genética con finalidad diferente de la terapéutica o a la investigación científica han merecido el reproche ético y jurídico en repetidas ocasiones y numerosos cuerpos normativos.

En todo caso, a la hora de solucionar judicialmente un caso concreto, tampoco se parte, por lo menos en los países occidentales, de la tabula rasa. Conquistas de su cultura son la conciencia vivísima que sus ciudadanos han alcanzado sobre los derechos humanos, sobre la centralidad de la persona para los sistemas y ordenamientos jurídicos y la consagración constitucional de ciertos principios que informan, cuando menos, la interpretación de todas las normas. De tal manera que postulados constitucionales tales como todos los "hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes"⁶, o el reconocimiento del derecho a conocer el origen y el carácter de vínculo familiar que hacen el artículo 115 del Código del Menor⁷ y la disposición

6 Constitución Política de Colombia, artículo 42, apartado 6.º: Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes. Apartado 5.º: La ley reglamentará la progeneración responsable.

Apartado 6.º: La pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos, y deberá sostenerlos y educarlos mientras sean menores o impedidos.

7 Código del Menor Colombia, artículo 115: Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior, todo adoptado tiene derecho a conocer su origen y el carácter de su vínculo familiar. Los padres juzgarán el momento y las condiciones en que no resulte desfavorable para el menor conocer dicha información... Parágrafo: El adoptado, no obstante, podrá acudir ante el Tribunal Superior correspondiente, mediante apoderado o asistido por el defensor de familia, según el caso, para solicitar que se ordene el levantamiento de la reserva y el acceso a la información.



similar de la Constitución española, inciden directamente en la decisión del juez a la hora de solucionar los conflictos a propósito de los embriones.

La literatura jurídica nos permite afirmar que es opinión casi unánime la necesidad de expedir normas para proteger los embriones humanos. Sólo algunas voces, desde el terreno de los genetistas o de los biólogos moleculares, nos dicen que con tantas dudas y elucubraciones sobre la tarea de tales científicos las generaciones futuras nos verán tan ingenuos como el osito Winnie Pooh⁸.

A pesar de esto, en el momento de tomar decisiones para acordar tal protección, los puntos de vista se multiplican y distancian.

Gracias a las nuevas tecnologías biológicas, los embriones pueden estar vivos dentro o fuera del útero femenino. La posibilidad de observar, segundo a segundo, el proceso de desarrollo de los óvulos fecundados ha servido de base para introducir legislativamente un tratamiento diferente para el óvulo fecundado antes de la anidación o durante los primeros 14 días de desarrollo.

Por lo anterior, en cada punto de reflexión, se hacen diferencias entre preembrión o embrión preimplantatorio y embrión a secas, y en cada una de estas categorías se da importancia a la condición de vivo o muerto, así como a la viabilidad o su carencia.

Un punto que merece la atención de los juristas es el de los embriones, mejor dicho, preembriones, sobrantes o supernumerarios.

Pero, con todo, el punto más urticante en este campo es el de la tentación eugénica, tanto en su vertiente de política estatal o comunitaria como en el de las decisiones familiares o individuales; en

este último caso con fundamento en el resultado del análisis que se exige al profesional médico con base en esperanzas y temores creados o explotados por la presión publicitaria de las multinacionales que los comercializan. La selección del sexo también puede apuntar en esta dirección. En Colombia, por ejemplo, se presentó, con amplio despliegue en los medios de comunicación, el proceso de selección de embriones para lograr el nacimiento de un niño del sexo deseado por los padres y se guardó silencio respecto del destino de los que no fueron elegidos.

Con relación a los embriones también se prohíbe modificar el patrimonio genético no patológico, y permitir el desarrollo extracorpóreo mas allá de catorce días. A partir del decimoquinto serán embriones que para sobrevivir, por ahora, necesitan la transferencia al útero. Si tenemos en cuenta que no se acepta la ectogénesis y que a partir de ese día la mayoría de los autores habla ya de la existencia de un ser que de ninguna manera puede calificarse como cosa, se explica contundentemente este requisito.

Cuando los embriones *in vitro* no son viables, las autorizaciones se amplían. Sin embargo, siempre conviene mantener de manera nítida la prohibición de intercambio genético con otras especies y de cualquier manipulación de aquellas a las que aludimos en el apartado relativo a las prohibiciones.

Como es obvio, las intervenciones de investigación, experimentación, diagnósticas o terapéuticas, deben ajustarse a las condiciones y requisitos previstos en la deontología profesional y en la *lex artis* para todo acto médico.

Son más los cabos que están sueltos que los que han podido atarse; confiamos en que el estudio y la reflexión cotidianas sobre temas tan complejos vayan despejando las sombras.

7. A manera de colofón. Yo creo que el derecho está evolucionando paulatinamente para superar los retos que le plantean las nuevas tecnologías. Ya en otras épocas ha provocado sus propias rupturas para acompañar, acelerar o controlar el cambio.

Si los criterios éticos se están desplazando de la convicción a la responsabilidad⁹, los juristas también tienen experiencia en adecuar a los cambios tecnológicos y a su potencialidad de daño las medidas para lograr su resarcimiento; en cambio, todavía hace falta un gran esfuerzo en materia de prevención, máxime en campos como el de la biotecnología en el cual los perjuicios suelen ser irreparables y pueden extenderse a lo largo de muchas generaciones o comprometer, incluso, la supervivencia de la especie.

Por último, más allá del terreno jurídico, si las preocupaciones ecológicas nos hicieron sentir como un accidente temporal en la marcha de la naturaleza, los descubrimientos biotecnológicos nos devolvieron la esperanza en la inmortalidad; como compensación nos cargan con una responsabilidad colosal. Las gentes del derecho nos hemos preocupado desde antiguo por la posteridad; las biotecnologías actuales han suministrado fundamento a la conciencia de nuestra intemporalidad como miembro de la especie; esto se reflejará en las instituciones jurídicas; el ajuste puede ser un poco largo pero no es imposible.

8 El profesor LACADENA me hizo, en el coloquio que siguió a las intervenciones del magistrado RUIZ VADILLO y mía, una pregunta inquietante, sobre todo por la autoridad de quien la formuló y todo lo que ello significa: ¿No cree que los juristas se afanan en vano por prohibir lo que los científicos no van a dejar de hacer?

9 EMILSEN GONZÁLEZ DE CANCINO. *Los retos jurídicos de la genética*, Bogotá, 1996, pp. 49 a 91.

Amigo lector: Sus opiniones nos serán útiles y gratas. Las esperamos en el Centro de Estudios sobre Genética y Derecho, oficina A-407, Universidad Externado de Colombia, calle 12 n.º 1-17 este, o en la dirección de correo electrónico <deromano@uexternado.edu.co>.