



Reproducción humana asistida: entre dilema y prohibición

*Breves comentarios a la ley italiana 40 de 2004
sobre procreación médica asistida*

*José Félix Chamie**

Primera parte

La reciente ley italiana sobre reproducción humana asistida es seguramente un modelo que, además de reflejar las creencias morales mayormente difundidas y que en su momento eran políticamente las más fuertes, coloca en evidencia el complejo paradigma que se encuentra en la base de la discusión en la materia: las técnicas de Procreación Medicamente Asistida (PMA) inciden, transformándolo y redefiniéndolo, en uno de los momentos de la existencia humana con mayor connotación y significado: la transferencia de la vida, y lo que está en juego es nada más y nada menos que el valor por nosotros atribuido a la vida humana misma, y, a su inicio;



* Profesor asistente de derecho romano en la Universidad Externado de Colombia, actualmente doctorando en "unificación e integración del derecho de las obligaciones y de los contratos" en la Università di Roma Tor Vergata.

se trata de la cuestión del juicio que puede o debe formularse sobre el embrión: ¿es un sujeto, una cosa, algo intermedio, o un semi-sujeto?, una cuestión difícil de afrontar y una problemática que no deja de resultar evidente en las varias prohibiciones del dictado positivo de la Ley 40 en términos de restricción a la libertad reproductiva, así como el inevitable conflicto entre derechos del embrión y derechos de la madre gestante.

Italia fué el último país europeo en colmar el vacío legislativo 50 años después de los primeros proyectos de ley y de las primeras sentencias sobre procreación médica asistida. El modelo propuesto por la Ley 40 puede llamarse “neutral” su fundamento está en el pluralismo ético, modelo expresado mediante una ley dócil, sobria, que si bien parte de una visión descriptiva de pluralismo, evoca sin embargo como fundamento ético el subjetivismo¹, quizás evidente en el largo elenco de prohibiciones previstas fundamentalmente en favor del embrión. La ley 40 tiene pues una matriz prohibitiva sea en cuanto a los valores sea en cuanto a la técnica legislativa utilizada².

El dilema

La Ley 40 se presenta como ultima ratio siempre que no exista otra forma para remover las causas impeditivas de la procreación (art. 4.º comm. 1); su finalidad es la de favorecer la solución de los problemas derivados de la esterilidad o de la infertilidad humana, asegurando los derechos de todos

los sujetos involucrados, incluido el concebido (art. 1.º comm. 1). Ya aquí surgen dos observaciones fundamentales:

1. En cuanto a “remover las causas impeditivas” y “solucionar los problemas”, puesto que la procreación artificial es una técnica de sustitución, paliativa, no de reparación, no es terapéutica, tanto vale decir que la Fertilización In Vitro (FIV) es una nueva forma de procrear³; las técnicas de PMA, en particular las de procreación artificial, no se limitan a asistir o ayudar al acto reproductivo, sino que se sustituyen a éste, configurándose como un nuevo modo de procrear⁴; de manera que considerar la PMA como terapia pone en dificultad la justificación del catálogo de prohibiciones de la ley, y con éste, entre otras, revela su esencia definitiva: la particular defensa de un cierto estatus del embrión.
2. En cuanto al reconocimiento de “los derechos de todos los sujetos involucrados, incluido el concebido”, surge el dilema fundamental: ¿qué entiende la ley por “concebido”?, y la respuesta parece ser, si a éste último se le pone al mismo nivel de los demás sujetos involucrados, que lo considera persona sujeto de derechos; pero, cabe preguntarse, ¿hay una diferencia, y si la hay cuál es, entre embrión, concebido y nasciturus en el texto de la ley? Acaso no resulta necesario primero demostrar que el embrión es sujeto-persona y titular de derechos subjetivos, principalmente del derecho a la vida?

Para la biología, los seres humanos son organismos pluricelulares⁵, así, el embrión es un organismo en

1. L. ROMANO. “Tecnica e procreazione: il punto di vista del ginecologo”, en *Tecnica e procreazione: desideri, diritti e nuove responsabilità a margine della legge n. 40 del 2004* (a cura di M. Furnani), Rubbetino, Bologna, 2004, p. 12.

2. Pueden distinguirse tres tipos de políticas públicas en la materia: prohibitivas, permisivas y regulatorias; la Ley 40 se ubica en la primera, que se opone a cualquier tipo de investigación sobre el embrión pues la considera una interferencia con un proceso natural, un presumible acto repulsivo con carácter de manipulación de un ser humano incipiente; ésta posición se asocia con fuertes prescripciones y recomendaciones como la prohibición de la experimentación prenatal, de donde las células estaminales, necesarias para la experimentación con fines médicos, no podrán ser desarrolladas a partir de embriones sino p. ej. del tejido óseo o muscular del individuo; prohíbe también la clonación de organismos humanos en general, cerebrados o no, para acentuar así la individualidad humana y su carácter único, al igual que reconoce el pleno de derechos para adultos, niños, embriones y cigotos: v. D. SOLTER. *Embryo research in pluralistic Europe*, Springer-Verlag, Berlin-Heidelberg-New York, 2003, 5.1.1., pp. 206 y ss.

3. Cfr. M. CHATEL. *Il disagio della procreazione* (trad. it.), Saggiatore, Milano, 1995, pp. y 72 ss.

4. M.G. FURNARI. “Tecnica e procreazione: desideri, diritti e responsabilità”, en *Tecnica e procreazione: desideri, diritti e nuove responsabilità*, cit., 63.

5. “Cualquier sistema viviente es el resultado de la conexión de muchos niveles de integración delimitados por fronteras [...] La existencia de las fronteras define la individualidad biológica y permite concebir el organismo como una composición las más de las veces compleja, de elementos más simples (órganos y células); el problema es descubrir cuál es la relación que existe entre los mecanismos hereditarios y la génesis de un organismo; es un problema que no se pone para las células más simples, a menudo desprovistas de núcleo, que obedecen a reglas de multiplicación por división de una célula madre en dos células hijas: en éste caso particular la

desarrollo desde su comienzo en el huevo hasta que se han diferenciado todos sus órganos; la fase embrionaria comienza el día 15 después de la concepción y continúa más o menos hasta la semana 8, período durante el cual se lleva a cabo la diferenciación de tejidos; la semana 8 marca el comienzo del período fetal y el final del período embrionario, pero la ley entiende por embrión en sentido estricto aquél no implantado (embrión *in vitro* o extrauterino), y, sin duda, el concebido en la terminología tradicional es también el embrión, solo que implantado, es decir, es en últimas el nasciturus (qui in utero sunt, in toto paene iure civili intelleguntur in rerum natura esse: Iulianus libro LXIX digestorum = D. 1, 5, 26).

La ley habla del “concebido” únicamente en el capítulo I (Principios Generales) art. 1.º al reconocerle los mismos derechos que a todos los sujetos involucrados, y evidentemente no afronta su definición; más adelante en el capítulo III (Disposiciones concernientes a la tutela del nasciturus), define el estado jurídico del “nacido” (art. 8.º) y prohíbe el desconocimiento de la paternidad y el anonimato de la madre (art. 9.º); a su vez que poco antes en el artículo 6.º sobre consentimiento informado habla de la mujer, el hombre y el “nasciturus”. Más adelante, en el capítulo VI (Medidas de tutela del embrión), se refiere a los “embriones humanos”, y sin afrontar su definición, presente hace un catálogo de prohibiciones y límites a la aplicación de las técnicas sobre ellos (arts. 13 y



14)⁶, reconociendo así a éstos el derecho a la vida. Se observa que la terminología del legislador es oscilante debido precisamente a los áduos problemas que presenta identificar el inicio de la vida humana y su relación con la categoría jurídica de persona⁷; según la ley, el concebido es entonces sujeto de derecho, y, parece entenderlo como equivalente de nasciturus más que de un embrión no implantado; el problema es delicado, pues no puede negarse que el embrión *in vitro* es siempre algo distinto –o al menos se haya en situación bien distinta– del concebido (si se entiende éste como embrión *in vivo*), pero la cuestión es terminológica, puesto que concebido es tanto uno y otro, la atención está en la posibilidad de desarrollo prenatal, los dos la tienen en potencia, sólo que el embrión *in vivo* la ejecuta ya, y aquel *in vitro* espera para ello el implante como dato de hecho de importancia decisiva, además de que su indefensión es mucho mayor.

morfogénesis se limita a la célula misma, y la individualidad biológica es siempre transitoria. Pero, la existencia de un organismo pone un problema más profundo, el de la existencia de la vida misma. Hay un desarrollo diacrónico de las características hereditarias que da lugar a células diferenciadas, a una morfología particular, a una organización compleja, y, más allá de ésto, a la formación de una individualidad que colectivamente asocia células (bien diferenciadas y a menudo autónomas) en un conjunto único del cual es posible definir la individualidad en sí, separándola de aquello que le es extraño”. A. DANCHIN. “voce <<Organismo>>”, en *Enciclopedia Einaudi*, vol. xv, Torino, Ed. Einaudi, 1982, pp. y 469 ss.

6. Acorde con el artículo 18.1 de la Convención de Oviedo de 1997 suscrita por Italia: “1. Cuando la experimentación con embriones <<in vitro>> esté admitida por la ley, ésta deberá garantizar una protección adecuada del embrión”.

7. “Dos semanas después de la concepción se produce la división gemelar que puede dar origen a dos individuos en vez de uno, ¿cómo se entiende la existencia de un individuo que dura dos semanas y que luego puede transformarse en dos?” C. LALLI. *Libertà procreativa*, Napoli, Liguori Editore, 2004, p. 43. Para la ciencia es posible decir claramente cuándo todavía no se es persona, y, cuándo inequívocamente sí; pero queda el interrogante: ¿cuándo se da el momento preciso de la transición?

Para la ley, en definitiva, el embrión in vitro es, en el contexto, el concebido (arts. 1.º, 6.º, 13 y 14), es persona y no proyecto de vida humana.

Las prohibiciones

Conforme al artículo 4.º el acceso a las técnicas está permitido sólo cuando se verifique que no existe otra manera para remover las causas impositivas de la procreación⁸ –circunscrito a los casos de esterilidad o de infertilidad– (art. 4.º comm. 1); así, desde el punto de vista subjetivo pueden acceder a las técnicas sólo las parejas mayores de edad de distinto sexo, cónyuges o compañeros, en edad potencialmente fértil, ambas en vida (art. 5.º), ello tendría su base en el concepto de familia como principio antropológico y estructura institucional primaria que hace posible una formación auténtica de la identidad de los hijos⁹ y asegura al nasciturus el derecho a conocer sus propios orígenes biológicos con fines

diagnósticos, psicológicos y terapéuticos; acorde con ésto, prohíbe la ley el recurso a técnicas de PMA de tipo heterólogo (art. 4.º comm. 3)¹⁰ ¿eliminando así riesgos mercantiles?); de ésta manera, la mujer soltera, o aquélla que no sea “potencialmente fértil”, así como las parejas del mismo sexo, no tienen acceso a las técnicas, y, es que ciertamente debe haber un límite; pero, cabe la pregunta, si se piensa en la mujer soltera, ella puede tener un hijo naturalmente, ¿por qué no también artificialmente?¹¹.



8. “En consecuencia las técnicas de PMA no pueden tergiversar la naturaleza misma de la procreación, sino que deben servir de ayuda cuando espontáneamente no puede ponerse en marcha el mecanismo reproductivo”. A. LOIODICE. *La tutela dei soggetti coinvolti nella procreazione medicalmente assistita*, Comunicazione per il Convegno sulla ‘Procreazione medicalmente assistita’, Accademia Nazionale dei Lincei, Roma 31 de enero 2005.
9. G. GAMBINO. “Desideri, diritti e responsabilità: un primo commento a la legge n. 40/2004”, en *Tecnica e procreazione: desideri, diritti e nuove responsabilità*, cit., 36.
10. Nótese que la Unión Europea reglamenta ya, en materia de requisitos técnicos para la donación, la obtención y evaluación de células y tejidos humanos [Directiva 2006/17/CE de la Comisión, del 8 febrero de 2006, en aplicación de la Dir. 2004/23/CE del Parlamento Europeo y del Consejo], los criterios en caso de donación por persona exterior a la pareja, para el uso de células reproductoras fuera del ámbito de la pareja, es decir, fecundación heteróloga.
11. Solo que, ¿cómo hacerlo? necesitaría un gameto masculino, la posibilidad de su donación, o la utilización de un embrión ya existente ¿adopción de embrión criopreservado? ¿su donación?, y la aceptación de una forma de fecundación heteróloga. Evidentemente debe revisarse ésta situación a la luz del principio constitucional de igualdad sustancial (art. 3.º comm. 2, Const. Pol. It.), y, valorar, además de la razonabilidad de las limitaciones dispuestas por la ley, el grado de relevancia constitucional de los intereses concurrentes, la idoneidad lógica, la no excesividad y la proporcionalidad del medio, cfr. R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura de), *Commentario alla Costituzione*, vol. 1, Torino, Utet, 2006, p. 99.

Publicación del CENTRO DE ESTUDIOS SOBRE GENÉTICA Y DERECHO

Directora: Emilssen González de Cancino

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>.