

LA INSEMINACION ARTIFICIAL Y SU POSIBLE REGLAMENTACION A TRAVES DE UN INSTRUMENTO INTERNACIONAL

Natacha Panatt Kyling

Profesora de Derecho Internacional Público
Universidad Gabriela Mistral

Es increíble que los seres humanos se preocupen y legislen más sobre materias relativas a la naturaleza, recursos minerales, medio ambiente, etc., que las relativas a su propia evolución, que siempre consideran como problema del pasado. Saber de dónde venimos es muy importante, pero visualizar hacia dónde vamos es, en este momento, imprescindible de conocer.

El ser humano como tal está sufriendo la mayor transformación de su historia. De tal manera que actualmente el cuerpo humano se divide grosso modo en:

- a) Partes renovables y partes no renovables.
- b) Partes naturales y no naturales.

Respecto a los actos jurídicos hay que distinguir si éstos se refieren a partes de personas para ser usadas entre vivas o a disposición de cadáveres, y este último admite, a su vez, una subdivisión que consiste en diferenciar entre el cadáver propio y el de terceros.

Referente a los fines éstos pueden ser: terapéuticos, científicos, pedagógicos o de mera liberalidad.

Esta materia es interdisciplinaria, por cuanto interesan a ella la medicina, la teología, la ética, la sociología, la biotécnica, pero es el derecho el que tiene el deber ya ineludible de reglamentarla, estableciendo los límites a que debe someterse esta revolucionaria realidad, ya que la valorización del ser humano, su dignidad y sus derechos inalienables se encuentran protegidos por instrumentos jurídicos a nivel nacional: Constitución y leyes complementarias y a nivel inter-

nacional: Declaración de los Derechos del Hombre. Su vocación universal recogida en la Carta de Naciones Unidas obliga a que se trate de adoptar un instrumento internacional para reglamentar todos los aspectos planteados en este trabajo, evitando así que algunos países se transformen en centros proveedores de exportaciones no tradicionales de órganos y de partes renovables y no renovables del cuerpo humano.

Debe ser un instrumento internacional el que regule jurídicamente los problemas derivados del avance de la medicina en este campo, para que así las legislaciones nacionales sean coordinadas al tratado celebrado, evitando lo anteriormente señalado y como única manera efectiva de proteger al individuo, donde quiera que éste se encuentre.

Así tenemos que dentro del marco de los derechos de la personalidad se admite el derecho del sujeto a ejecutar:

- a) modificaciones corporales razonables en interés suyo;
- b) modificaciones corporales en beneficio de terceros determinados;
- c) modificaciones corporales en beneficio de la experimentación científica, como
- d) también a disponer de su propio cadáver.

Los actos de disposición se dividirían, a su vez, en:

- a) partes del cuerpo renovables (sangre, óvulos, gametos, médula ósea, cabellos, piel).
- b) partes del cuerpo no renovables y que le permitan seguir viviendo (ri-

ñones, retina, cristalino). Se admite otra clasificación en cuanto a la situación existente y sería:

- I. Partes ya separadas del cuerpo, y
- II. Partes no separadas del cuerpo.

Hasta aquí se puede apreciar el gran campo que se abre, como un desafío contemporáneo, no sólo al Derecho nacional, sino y quizás más importante, por la razón ya explicada, al Derecho Internacional Público.

Respecto a lo primero, me remitiré a un trabajo mío publicado el año 1985, en la Gaceta Jurídica Nº 58, págs. 21 y siguientes, y en parte citado en el libro "Los Derechos Constitucionales" de don Enrique Evans de la Cuadra publicado en 1986, págs. 106 y siguientes, sobre "Problemática Jurídica de la Inseminación in Vitro" y al que me remitiré en esta ponencia en sus acápites más importantes y que analiza las más sobresalientes situaciones de conflicto entre el Derecho existente y las nuevas realidades que hacen imperativo adecuar la legislación vigente al actual estado de cosas.

En conferencia celebrada en Varsovia, en 1988, la International Law Association en su Comité de Medicina Internacional y Derecho Humanitario trató el tema de las nuevas técnicas de reproducción, concentrando así la materia sólo a la donación de óvulos y espermatozoides o gametos, analizando su:

- I. Reglamentación y accesibilidad.
- II. La tenencia y confidencialidad de los registros.
- III. Las exigencias supranacionales que dividió en dos secciones:
 - a) Establecimiento de mecanismo de control.
 - b) Introducción de una cierta protección al embrión.
- IV. La adopción de un instrumento internacional relativo a las nuevas técnicas de reproducción (N.T.R.).
- V. La elección del instrumento internacional, su marco institucional y la forma de dicho instrumento.

Posteriormente se trató de las resoluciones internacionales relativas a N.T.R.

y finalmente al texto de la resolución que propone.

Me llamó la atención que se circunscribiera la ponencia del Comité de Derecho Médico y Humanitario en la donación de elementos de fecundación y no se ampliara a la donación de órganos esenciales para mantener la vida y/o su calidad, como son los trasplantes de riñón, médula ósea, retina, cristalino, sangre, entre personas. La explicación es, quizás, que el donante de óvulos y/o espermatozoides traspasa más que una parte de su cuerpo. Su propósito específico es crear una nueva vida y ese ser va a recibir una carga genética que determinará no sólo su posibilidad de existir, sino que también su aspecto físico, síquico y su potencialidad como receptor y/o transmisor de males hereditarios.

Hay dos clases de inseminación artificial o fertilización asistida o nuevas técnicas de producción (N.T.R.) que son:

- a) la introducción de semen en los órganos genitales femeninos por un medio diverso del contacto sexual, y
- b) la introducción de un óvulo fecundado (gameto) fuera de los órganos femeninos (útero, vagina y/o trompas de Falopio) al cuerpo de la mujer.

En el primer caso, letra a), la concepción se produce dentro de los órganos sexuales femeninos; en el segundo, letra b), la concepción se produce en el laboratorio, después que extraídos semen y óvulos de los respectivos donantes son colocados en una solución química determinada científicamente y una vez que el médico comprueba que se realizó la fecundación del óvulo por el espermatozoide se espera ocho horas y sólo entonces es introducido el gameto al cuerpo femenino que lo acogerá durante el período de gestación.

El método a usar es determinado por el facultativo y depende del problema que provoca la imposibilidad de obtener una fecundación normal.

Podríamos entonces clasificar la inseminación artificial desde el punto de vista de los donantes como:

- I. Inseminación artificial homóloga si la cónyuge recibe el semen de su marido. Jurídicamente no presentaría problemas mayores.
- II. Inseminación artificial heteróloga, si la concepción se realiza con semen u óvulo donado por un(a) tercero(a).
- III. Inseminación artificial combinada, si se junta semen del marido (si los espermatozoides de éste son fértiles, pero débiles o que el fluido vaginal de la mujer no le sea muy propicio, pero tampoco irrevocablemente adverso. O sea, podría producirse la concepción en forma normal, pero las probabilidades que así suceda son escasas), con el de un tercero. Esta situación permite al marido pensar que ese hijo es biológicamente suyo, con toda la carga emocional que esto conlleva. Con mayor razón se utilizará este método en los casos en que por razones solamente psicológicas el embarazo no se produce.

Desde el punto de vista jurídico se asimila a la heteróloga.

Una variante de esta inseminación se produce si el semen es del marido y el óvulo de una tercera persona. Por último, cualquiera de estas posibilidades puede usarse para implantar el gameto en el útero de una mujer que no es la cónyuge y que va a hospedar en su cuerpo al feto durante los nueve meses normales de embarazo.

De tal manera que los involucrados en este proceso de gestación pueden ser:

1. marido que proporciona el semen, que es a la vez padre biológico.
2. donante o padre biológico, que puede ser de identidad conocida o no,
3. mujer que proporciona el óvulo y lo recibe en su cuerpo, o sea, madre biológica completa,
4. mujer que proporciona el óvulo y no lo recibe, madre biológica,
5. mujer que recibe el gameto y lo alberga durante la gestación es madre sustituta que arrienda o presta su útero, pero no es madre biológica, de la misma manera que el marido que no aportó su semen no es padre

biológico, ya que ninguno de ellos transmite su carga genética al no ser utilizados en la concepción ni su óvulo ni su semen, por lo que son extraños a la concepción del hijo.

La procreación, de ser un acto sexual natural en el que intervenían dos personas, se ha transformado por los avances de la medicina en una situación compleja, en la que pueden ser cinco los protagonistas, dirigidos o asistidos por un sexto, que es el médico especialista, investido de poder para determinar quién es o no elegible para este proceso; por eso, como veremos más adelante, es al médico al que las diversas legislaciones hacen directamente responsable de situaciones anómalas y, por otra parte, lo convierten en el guardián de los antecedentes genéticos de los seres nacidos gracias a estas nuevas técnicas de reproducción (N.T.R.).

Desde el punto de vista jurídico debe analizarse la capacidad de las personas para utilizar la inseminación artificial y su reglamentación.

Consentimiento del marido, para fecundar a su mujer con su propio semen o con el de un tercero. Formalidades a que él sometería este acto y tiempo límite en que dicha autorización podría ser revocada.

Consentimiento de la mujer. Capacidad para darlo. Aquí se altera, por lo menos en nuestro país, la regla de que la mujer casada sin separación de bienes es relativamente incapaz y, por lo tanto, debe actuar autorizada por su marido. El Código Sanitario en el Título X, artículo 145 N° 1, autoriza a la mujer a donar sus órganos y tejidos sin autorización del marido, siempre que sea mayor de edad, y en el reglamento del Libro IX del mismo Código N° 240, publicado en el Diario Oficial N° 31.736, del 3 de diciembre de 1983, repite, en su artículo 1º, la misma disposición anterior en lo referente a la mujer casada bajo régimen de sociedad conyugal.

Consentimiento del o de la donante. El reglamento ya citado, en su artículo 17, establece que las donaciones de espermios, óvulos, sangre, médula ósea, huesos, piel, fanéreos, así como a todo producto de la concepción que no lleguen

a nacer vivo, todas las cuales se perfeccionarán por la sola voluntad del donante manifestada sin formalidad alguna. No se hace ninguna mención a la posibilidad de que intervenga dando su consentimiento la cónyuge del marido donante, a pesar de que eso significa que éste sería padre biológico de un hijo nacido fuera del matrimonio. Lo mismo ocurre con la mujer que proporciona su óvulo.

El artículo 145 del Libro IX del Código Sanitario establece que el aprovechamiento de órganos, tejidos o partes del cuerpo de un donante vivo para su injerto o trasplante en otra persona "sólo se permitirá cuando fuere a título gratuito y con fines terapéuticos...". Sin embargo, el artículo 17 del reglamento ya mencionado al determinar que las disposiciones de este reglamento no se aplicarán a las donaciones ya enumeradas, permite, "a contrario sensu", que este tipo de actuaciones puedan ser objeto de comercio lícito. Igual ocurre en otros países, como se señala en otro acápite de este artículo.

Se ha discutido si el donante debe o no mantener un control de su material genético, es decir, si debe saber cómo va a ser utilizado y si este derecho emana de su propiedad sobre los fluidos de su persona, que le daría derecho de determinar el fin de ellos, o es un derecho residual, como lo calificó en la exposición de motivos de la sentencia, en el caso *Parpalaise c/C.E.C.O.S.*, el Tribunal de la Gran Instancia (T.G.I.) de Creteil (1 agosto, 1984, pág. 20321), citado por la profesora Bartha Knoppers, de Canadá, en su ponencia en Varsovia, pág. 39, y que se refiere a la parte de la resolución que expone:

"Estos elementos constituyen un conjunto de testimonios y presunciones que establecen sin equívocos la voluntad formal del marido muerto de dejar a su cónyuge, madre de un niño común, ya sea que la concepción de este niño sobrevenga mientras él viva o después de su muerte".

Este caso se refiere a una pareja joven residente en Marsella, Francia, que descubrieron recién casados que el marido sufría de cáncer y decidieron que ella se dedicaría sólo a cuidarlo, dejando él

espermios en un laboratorio (C.E.C.O.S.) para que ella fuera fertilizada después de su muerte. El problema se suscitó cuando la viuda solicitó que se efectuara el procedimiento establecido para concebir al hijo de su marido y el laboratorio se negó considerando que los espermios no eran parte de la herencia y, por lo tanto, la joven no tenía derechos a ellos. El asunto, que recibió amplia cobertura en los periódicos y revistas francesas, que siguieron muy de cerca el litigio, terminó con la sentencia ya vista. Este asunto llevó a los franceses a discutir vivamente el tema... y a mí a interesarme en él. El tribunal dictaminó, en esa ocasión, el derecho del individuo a disponer sobre el destino que se le daría a esa parte de su ser. Se reafirmó el derecho del hombre de disponer de las partes renovables de su ser, aunque estuvieran ya separadas de su cuerpo, en su testamento. Esta facultad es más clara cuando se dona otra parte del cuerpo, como, por ejemplo, corazón, pulmones, huesos, riñón, retina, médula ósea que se da, sabiendo siempre quién es el receptor cuando se trata de personas vivas y no es así, cuando se dispone del propio cadáver para que sea aprovechado como se estime conveniente. En estos últimos casos estos órganos forman un todo con el cadáver, a diferencia de los fluidos, que deben haberse separado en vida del causante.

Este derecho de controlar los gametos u óvulos requiere que se especifique claramente quién será el receptor y permite al donante mantener este poder en tanto no sean utilizados y, por otra parte, hace al médico jurídicamente responsable si lo aplica a una persona distinta a la expresada por el donante o a la que está implícita en su donación.

TIEMPO DE CONGELACIÓN

El problema planteado por el Síndrome de Inmunodeficiencia (SIDA), que es transmisible a la descendencia de estos enfermos, determinó que los médicos tomaran ciertas precauciones indispensables para evitar que los que lo padecen puedan ser donantes. Todavía no existe un examen físico ciento por ciento se-

guro en cuanto a descubrir esta enfermedad y es por eso que si bien todos son sometidos a los tests de laboratorio, como precaución adicional se congelan los espermios y óvulos por lo menos 180 días en Estados Unidos, un año en otros países, y en Inglaterra se realizan pruebas cada tres meses, hasta que exista la seguridad de que no hay daño en el material genético almacenado.

Esta situación prolonga indudablemente el tiempo en que el donante ejerce su tuición sobre sus gametos, y limita la facultad del médico o del laboratorio de disponer de ellos. ¿Qué pasa si el donante muere en el intertanto? ¿O si la pareja a la que estaba destinado el futuro niño se separa o fallece? ¿O se embaraza naturalmente? Las soluciones dadas por los diferentes trabajos en los distintos países difieren sustancialmente y así se propone:

- a) que en estas circunstancias es el médico, el organismo de depósito (laboratorio y/o clínica) y/o el Estado el que se subroga a la voluntad de los donantes;
- b) otros Estados exigen que, en el momento de la donación, se establezcan las condiciones en que quedaría el gameto o el embrión si ocurrieran las hipótesis anteriores. Y que, sólo en defecto de estipulación expresa, sería el médico o el organismo en que se encuentran depositados los gametos el que decidiría su suerte;
- c) Existe una tercera proposición que postula que los gametos sean automáticamente destruidos o dejar la decisión a los tribunales de justicia.

Hay que recordar que en el caso de embriones congelados cuyos donantes murieron, ocurrido en Australia, cuando falleció el matrimonio chileno que había solicitado su congelación, fue una decisión judicial la que falló que fueran destruidos, no sin que antes se produjera un problema acerca de la herencia dejada por la pareja a sus descendientes vivos. Las medidas anteriores están destinadas a evitar que este caso se repita.

Ya vimos que durante el tiempo de congelación el donante mantiene un de-

recho residual de propiedad y que es médicamente exigible y necesario con el objeto de detectar enfermedades transmisibles, como el SIDA. Por otra parte, a pesar de este derecho no puede permitirse una congelación demasiado prolongada que permita el salto de una o más generaciones, como sería si el embrión es "activado" en momento que sería contemporáneo de presuntos hijos o nietos, lo que también seguramente significaría que nacieran huérfanos de sus padres genéticos, como en el caso australiano recién mencionado.

Una congelación por tiempo indeterminado sería contra el principio de seguridad jurídica necesario en la sociedad, porque impediría saber quiénes son los miembros que constituyen una familia y en el caso de sucesión por causa de muerte los herederos vivos y presentes tendrían la incertidumbre acerca de la eventual presencia de otros seres con igual derecho a la herencia, "presuntos hijos de los causantes", que aparecerían en cualquier momento a reclamar sus derechos. Aplicando las reglas generales del Código Civil, tendríamos que llegar a la conclusión de que los existentes tendrían que adquirir su herencia por prescripción y estarían de buena fe hasta el momento en que se les notificara que existen "parientes" en estado de gametos. Esta insólita situación impediría el normal comercio de bienes mientras se obtuviera la certidumbre de que el o los causantes no dejaron, en laboratorio, óvulos, espermatozoides y/o gametos (gametos son los óvulos fecundados).

Si pensamos que actualmente en Francia existen 72 laboratorios permitidos por el Ministerio de Salud, según declaración del Ministro del ramo aparecida en la Revista "Paris-Match", de la segunda quincena de febrero de 1989, en carta respuesta a una lectora que criticaba el escaso número de centros de esta especialidad (uno por menos de cien mil habitantes en Francia, lo cual el Ministro comparaba favorablemente esta situación con la existente en Alemania y en Inglaterra que cuenta con un porcentaje de uno por cada millón de habitantes) tendremos una idea de la cantidad enorme de personas que utilizan este método de fecundación.

DERECHO DE LAS PERSONAS

Para los efectos anteriores, saber sobre qué embrión o gameto se tienen derechos, es claro que debe llevarse un cuidadoso fichero con los datos exactos. Lo que plantea el problema de saber quiénes tienen derecho a esta información. Indudablemente, que al médico no se le puede discutir el acceso a ella, ¿pero el donante, la mujer que fue inseminada y la persona que nació por este método? De nuevo nos encontramos en situación de distinguir y las soluciones propuestas son distintas:

a) Algunos se inclinan porque el facultativo sea el intermediario entre los otros interesados dándole a él la responsabilidad de entregar los datos a quienes lo considere necesario, o que lo haga en cumplimiento de un requerimiento judicial. En este caso, determina la justicia con conocimiento de causa.

b) Otros piensan que por el hecho de ser un contrato intuito-persona los donantes, por su derecho sobre sus fluidos u óvulos, también deberían tener acceso a la información y, por último,

c) La persona nacida por inseminación asistida tendría el derecho inalienable a conocer sus antecedentes genéticos. Entre otros motivos, porque dada la extensión de esta práctica llega a un momento en que es necesario saber si al contraer matrimonio no se está produciendo un enlace entre consanguíneos. Esta situación, que ha llevado a los tribunales a decidir si a los hijos adoptivos se les debe o no entregar los nombres de sus padres biológicos, se ha dado con frecuencia en Estados Unidos de América (citado por Alberto Di Cio, en "La inseminación artificial y el derecho de familia", Editorial de Belgrano, 1984, República Argentina), por lo que es de presumir que lo mismo podría ocurrir en el problema que estamos tratando.

ACCESIBILIDAD A LAS NUEVAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN (N.T.R.)

Los Estados están contestes en algunos aspectos, como son, por ejemplo: que sólo parejas heterosexuales puedan acceder a este medio con la condición de

que sean declaradas emocionalmente estables por exámenes psicológicos, aunque en otros países se acepta que convivientes puedan ser posibles beneficiarios de las N.T.R. En las naciones más liberales incluso se permite que una mujer soltera pueda fertilizarse con asistencia médica. En todas las circunstancias los médicos aconsejan unánimemente el apoyo psicológico antes, durante y después de todo el proceso.

RECEPTORA NO CASADA

Hay dos posiciones al respecto: la que niega la posibilidad a la mujer no casada, entendiendo por tal a la soltera, viuda, divorciada o anulada, basándose en que la familia debe ser reglamentada por el Estado, ya que es la célula básica de la sociedad y que sus normas deben ser de Derecho Público, estando éste por encima de los deseos personales, por penoso que ello sea y por cualesquiera que sean las circunstancias que impulsen a una mujer a anhelar un hijo.

La otra tendencia sería, por supuesto, la contraria. Se apoya en la realidad de que las madres solteras son aceptadas cada vez más por la sociedad y que una mujer se puede encontrar en diversas situaciones: desde aquella poco agraciada y que jamás ha tenido la posibilidad de atraer a un varón, lo que ya es una situación penosa, hasta la independiente que decide, pudiendo, no casarse, pero sí ser madre. Incluso defendiendo el derecho de la lesbiana a tener un hijo, lo que se basa en que, a pesar de considerárselas madres inapropiadas, los tribunales de menores no les han quitado la tuición por esta sola causal, o las muy pundonorosas incapaces de entregar su intimidad a un hombre, pero sí someterse a una intervención médica.

Hay autores que ven una discriminación en perjuicio de la soltera que va en contra de las garantías constitucionales de igualdad ante la ley, si se utiliza el estado civil para impedir el acceso a avances médicos accesibles a otras mujeres en razón a su vínculo matrimonial, situación que no es definitiva, ya que durante el lapso de gestación pueden convertirse en "solteras", de acuerdo a

la definición amplia de este término que se indica en este mismo subtítulo.

CONDICIÓN JURÍDICA DE LOS GAMETOS

El concepto de la intangibilidad del cuerpo humano se encuentra tanto en el derecho civil romano-germano como en el sajón y por eso se considera que éste no puede estar sujeto a comercialización. Pero, desde hace algunos años a esta parte, tal concepto ha sufrido reiterados embates. Basta recordar el comercio de sangre que se lleva a cabo diariamente.

En todo caso la tendencia es considerar que el cuerpo humano está fuera del comercio y que la entrega de partes de él, renovables o no renovables, debe ser en forma graciosa. Por eso lo que más choca en las madres "por encargo" no es, si se piensa bien, el que porten un feto que biológicamente no es el suyo, sino que lo hagan por dinero y que a veces está destinado a obtener bienes de importancia objetivamente secundaria (ver mi artículo ya mencionado en la Gaceta Jurídica). Pese a lo anterior, se estima conveniente mantener el esquema de no lucrar con el tráfico de espermios y/u óvulos, aunque la existencia de bancos para almacenar estos fluidos atenten peligrosamente con el control y gratuidad que se desea conservar. A pesar de eso es sumamente atractivo y peligroso que se inicie un intercambio entre estos bancos, dando lugar a una categoría de importaciones y exportaciones que todos los Estados tratan de impedir modificando en tal sentido su legislación interna, sujetando a los laboratorios y clínicas comprometidas a una severa vigilancia e imponiendo sanciones a los establecimientos y a los médicos, personalmente. Incluso son a estos intermediarios a quienes se pena en los casos de madres por encargo y no a ellas, ni a la pareja que desea al bebé.

El contrato de donación de gametos debe ceñirse a las reglas generales y entonces adolecerá de objeto ilícito, si así se ha establecido en el derecho interno, en caso de no ser gratuito. Esta es una de las razones por la que el Derecho Internacional Público debe intervenir,

para evitar que algunos países con reglas muy permisivas en la materia se transformen en un paraíso irrestricto y desarrollen el turismo jurídico, como lo que ocurre en el caso del aborto, en que en un viaje de fin de semana el "problema" queda solucionado.

Avisos publicados en diarios en Estados Unidos, en 1978, ofrecían 50 dólares por suministrar semen. Se somete a los interesados a costosas pruebas de laboratorio, sin perjuicio de que los médicos prefieren hombres casados que ya han demostrado su capacidad de procrear hijos sanos. Calculando que estas personas pueden proporcionar este fluido dos o tres veces por semana, se puede concluir que en esa época un hombre podía incrementar su ganancia mensual en alrededor de 600 dólares de la época, que con la inflación mundial deben ser, más o menos, el equivalente a actuales 1.500 o más dólares mensuales, considerando la fecha de esta información¹.

En cuanto a su estatuto jurídico existe el antecedente del Tribunal de la Gran Instancia de Creteil, Francia, que consideró que los espermios del marido eran parte de la herencia de éste, o sea, son objetos de derecho. No existe problema si se trata de trasplantes de órganos, ya que éstos son, sin duda, objetos de derecho.

¿Pero qué pasa con los embriones?

El estatuto jurídico es más difícil de establecer en esta situación. El Derecho Civil, en general, establece una serie de reglas destinadas a proteger la vida del que está por nacer y también sus derechos patrimoniales. Igual hace el Derecho Penal y el del Trabajo, pero la terminología que se aplica varía, considerándolo a veces "el producto de la concepción", "el que está por nacer"; "el que se espera y que nazca", y la interrogante es: ¿Cuándo se está frente a una situación que se comprenda en estas clasificaciones? Cada ciencia tiene su respuesta.

La religión establece que hay vida desde el momento de la concepción.

¹ Citado por Alberto DI CIO en su obra: "La inseminación artificial y el derecho de familia". Editorial de Belgrano, 1984, Argentina, pág. 46.

La filosofía desde la Edad Media se refería a la humanización diferida, o sea, si el bebé nace vivo, se le considera la persona desde su concepción, si no, no. Esta es la llamada "teoría de la animación del feto".

Otra tendencia es que sólo se es persona desde el momento del nacimiento, y es la llamada "humanización del nacimiento".

Ahora la medicina descubrió que sólo hay vida si hay división celular, no antes, y este proceso biológico comienza a los catorce días de la fecundación, lo que evidentemente nos trae a una situación diferente de la que estábamos acostumbrados a aceptar.

En primer lugar, hay que reafirmar ciertos principios básicos para no perdernos en los descubrimientos médicos. Es indispensable reconocerle al embrión un valor intrínseco que le asegure un respeto total, sin olvidar que esto no conlleva ni el derecho ni la seguridad de su preservación a toda costa. Exis en otros derechos que pueden entrar en conflicto con los de él, como son los de la madre. Situación reconocida por la naturaleza que provoca abortos espontáneos, estimando los médicos que es frecuente que la mujer ni siquiera se entere del embarazo cuando éste es interrumpido por una pérdida no provocada en su primer periodo. Hay doctores que sostienen que sólo uno entre cuatro embarazos llega a su término normal y no se puede proteger jurídicamente al embrión más allá de lo que es el curso normal de los acontecimientos; esta opinión es, por supuesto, desde el punto de vista de los médicos. Por eso se implantan en la mujer varios óvulos fecundados, lo que a veces da como resultado nacimientos múltiples en las mujeres sometidas a fertilización asistida. En cuanto a derechos o bienes jurídicos protegidos que pueden entrar en conflicto con la protección del embrión nos remitimos, en primer lugar, a los considerados en el aborto terapéutico, realizado para conservar la vida de la madre. No quiero pronunciarme acerca del aborto efectuado en un feto defectuoso, o sea, el eugenésico, pero no puedo dejar de mencionarlo. Si quiero hacer énfasis en las conquistas de las feministas reconoci-

das en ciertos países referentes al derecho de las mujeres a su propio cuerpo², lo que trae como consecuencia que el feto sea considerado parte de su madre y es ésta la que decide si lo desea o no, y algunas legislaciones aceptan este criterio y reconocen el aborto en sus leyes.

De tal manera que habría que crear una ficción legal que otorgara al feto un derecho especial, inherente a su condición de ser humano en potencia. Una posibilidad sería la de establecer a su favor una personalidad jurídica, pero esta ficción se yuxtapondría con su condición de ser humano; creo que si de adoptara esta idea traería consigo problemas "insólitos" como, por ejemplo, ¿ese ser al nacer sería continuador de la persona jurídica gameto?

Hasta donde he podido documentarme, sólo el Estado de Louisiana, Estados Unidos, decidió por ley de su Senado N° 701, de 1988, que el embrión tiene personalidad jurídica desde su concepción.

Personalmente me parece más idónea la proposición de la profesora Bartha María Knoppers, de la Universidad de Montreal, Canadá³, en cuanto a reafirmar explícitamente en el ordenamiento jurídico de los Estados la noción de la obligación de prudencia hacia el niño que va a nacer. Así se obviaría crear derechos del embrión, recayendo toda la responsabilidad en la obligación de los terceros de protegerlo. De esta manera se impediría, bajo sanción legal, toda manipulación del gameto contraria a la dignidad humana y, por supuesto, su destrucción. Se estipularía que investigaciones médicas serían permitidas a su respecto, siempre que se efectúen de acuerdo a normas establecidas internacionalmente, impidiéndose, de partida, cualquier experimento posterior a los catorce días desde la fecundación del embrión y todos los que no tengan un carácter terapéutico, como, por ejemplo, obtener clones (seres humanos idénticos creados a partir de una célula), híbridos,

² Ver mi artículo ya citado.

³ Conferencia de Varsovia 1988, Comité de Derecho Internacional Médico y Humanitario, pág. 23.

transferencia o alteración de genes y, en general, la protección del embrión encuadrada en la obligación de los terceros de actuar con prudencia a su respecto lo resguardaría de futuras investigaciones imposibles de prever, no sólo por los juristas, sino también por los médicos especialistas en esta área. Lo que hoy es imposible o impensable, es la realidad científica de mañana. Cualquiera enumeración de conducta sancionada por la ley respecto al gameto debe ser considerada sólo a título descriptivo, nunca taxativo, ya que la norma jurídica va detrás de la realidad, creando un vacío entre ellas que redundará en incertidumbre jurídica, por un lado, y, por otro, en situaciones caóticas para la especie humana. Naturalmente que lo anterior estremecerá hasta sus raíces los conceptos del Derecho Penal que exige que la conducta esté tipificada por ley anterior al hecho punible, no pudiendo ser aplicado por analogía. Se estarían creando delitos por actuaciones futuras y desconocidas, lo que indiscutiblemente traerá la resistencia de los penalistas, pero no sé si sólo la aplicación de reglas de responsabilidad civil sean suficientes para evitar conductas imprudentes hacia el gameto. Los grandes centros de investigación médica podrían preferir pagar cuantiosas indemnizaciones de perjuicios con tal de proseguir sus trabajos científicos. Hay un límite peligroso producido por la falta de reglamentación de los experimentos en animales, ya que al tener éstos éxito, tientan a los científicos con la posibilidad de repetirlos en seres humanos. La inseminación artificial y la producción de híbridos realizadas en animales empezó hace más de un siglo y, en éste, se perfeccionó hasta hacer posible su utilización en el ser humano. El mecanismo empleado es sencillo para los especialistas, pudiendo, igual que el aborto, ser usado en centros médicos o, incluso, en consultas de facultativos, en las cuales es muy difícil su control. Por lo que insisto en que la protección del gameto debe abarcar desde la regularización de la experimentación permitida hasta la sanción civil y/o penal, si no se cumple con los requisitos exigidos para su manipulación, que se refieran a las reglas éticas que deben

ser respetadas, debiendo los centros médicos correspondientes ser supervigilados para tener la certeza de que cumplan con las normas establecidas, obligándose a presentar informes periódicos sobre sus actividades actuales y futuras. La responsabilidad legal debería hacerse efectiva no sólo a las personas jurídicas (laboratorios, clínicas, centros médicos, etc.), sino que también a las personas que se involucren en actuaciones prohibidas, específicamente médicos, enfermeras y personal especializado, en general. Es la única manera de evitar lo que en Derecho Comercial se conoce como los "sitting-in director", o sea, los responsables legales de personas jurídicas que están dispuestas a sufrir sanciones penales, pero que la sociedad que representan puede seguir funcionando perfectamente sin ellos. Esta situación se da también en los casos de los periódicos que continúan publicándose a pesar de que su editor responsable esté en prisión, detenido y/o incomunicado.

Lo anterior pide naturalmente dos legislaciones concurrentes, una a nivel interno y otra a nivel internacional, con el objeto de coordinar las legislaciones nacionales e impedir que algunos Estados se transformen en asilo de ciertas conductas no recomendables en la manipulación genética del embrión.

De todos los organismos internacionales, es la Organización Mundial de la Salud, que tiene como una de sus metas "favorecer la cooperación entre los grupos científicos y profesionales que contribuyen al progreso de la salud", a la que le corresponde proponer convenciones, acuerdos y/o reglamentos, hacer recomendaciones concierntes a las cuestiones internacionales de la salud y velar por la ejecución de ellos. Tal tarea puede ser asignada de hecho a la Organización que respondiendo así al fin que la constituyó: "estimular y guiar la investigación en el dominio de la salud", debe asumir la responsabilidad de enunciar los principios relativos a las nuevas técnicas de reproducción.

FORMAS DEL INSTRUMENTO

De las tres formas convencionales, tratado, reglamento y recomendación, el

informe del Comité de Derecho Internacional Médico y Humanitario de la International Law Association se inclinó por la de la recomendación ya que las dos primeras son sumamente lentas en su procedimiento y es difícil obtener de Estados tan dispares en concepciones religiosas y de costumbres un consenso sobre esta materia. Mientras que una recomendación que formule ciertas líneas directrices en la materia ha demostrado ser un medio bastante efectivo de reglamentación internacional.

Dicha reglamentación, naturalmente, se apoyaría en la Declaración de los Derechos del Hombre, de 1948, y en los Pactos de Derechos Humanos que aseguran y defienden la dignidad del hombre, independiente de toda calificación jurídica del ser humano.

Aquí me remito al texto de resolución propuesto por el Comité de la International Law Association y que transcribo:

“Artículo 1º. La Seguridad del Material Genético Humano.

El patrimonio genético de cada uno, desde su concepción debe ser protegido a fin de asegurar su individualidad, así como la continuidad del género humano.

Toda experimentación o manipulación genética debe ser hecha con un fin terapéutico y sometida al consentimiento y al control de un comité de ética.

Artículo 2º. La dignidad humana.

El embrión, ser humano independiente de toda calificación jurídica, tiene el derecho al reconocimiento de la dignidad inherente a todo miembro de la familia humana.

Toda experimentación en un embrión que no tenga un fin terapéutico debe ser prohibida.

Artículo 3º. La inviolabilidad de la persona humana.

El donante debe, en el momento de la donación, declarar su voluntad respecto a la utilización de sus gametos o embriones, conforme a los principios propios de cada país.

La decisión del donante compromete al médico o al organismo de depósito.

Artículo 4º. La intangibilidad del cuerpo humano.

La comercialización y el tráfico de gametos o embriones debe ser prohibida, en conformidad a los principios propios de cada país.

Artículo 5º. Sanciones.

Toda violación a los principios enunciados anteriormente debe ser reprimida con sanciones efectivas”.

Hasta aquí el texto de la resolución. Es corto, preciso y debería ser aceptado por la Organización Mundial de la Salud, para que los Estados miembros adecuen su legislación a estos principios básicos de protección del embrión y del material genético.

Sólo una legislación uniforme, mundial, puede proteger a la raza humana para que ésta continúe tal cual la conocemos. De esta manera los habitantes de los países subdesarrollados podrían evitar que valiéndose de la pobreza de sus ciudadanos se obtengan óvulos, espermatozoides, gametos o embriones humanos para experimentos y/o manipulaciones genéticas inconvenientes.