

Problemas de la fecundación extracorpórea*

EMILSSEN GONZÁLEZ DE CANCINO**

Resumen: El avance de la técnica y la experiencia médica trae consigo nuevas exigencias para el jurista en su tarea cotidiana de producir un derecho mejor en consonancia con la cambiante realidad de la sociedad contemporánea; exigencias que se traducen en arduos problemas jurídicos con sus naturales implicaciones éticas. En materia de fertilización extracorpórea el desarrollo médico trajo como consecuencia que muchos de los embriones obtenidos en el laboratorio no fueran transferidos al útero, por razones de conveniencia o de necesidad; en consecuencia, un buen número permaneció en los laboratorios en estado de criopreservación. Sobre esos seres era y es posible actuar con muy diversos fines, o abstenerse de hacerlo; en otras palabras, existe la posibilidad, que en ocasiones se torna necesidad, de tomar decisiones que los afectan, con lo cual entramos en el ámbito jurídico. La autora pone en evidencia los problemas de mayor relevancia a los que se enfrentan el jurista y el legislador ¿Los embriones *in vitro* serán diferentes de aquellos que se encuentran dentro del útero? ¿Serán entidades idénticas con el mismo estatus moral y jurídico? ¿Las definiciones tradicionales se han quedado cortas? ¿Han acertado los legisladores a la hora de definirlos? La autora también señala que la presencia de embriones congelados en los centros de fertilidad puede dar origen a numerosos conflictos, tanto cuando se logra tener el hijo deseado empleando un número menor del obtenido, como cuando el deseo de procrear desaparece, se frustra

* Versión revisada de la Ponencia presentada en el XVII Congreso Latinoamericano de Derecho Romano, Lima 18, 19 y 20 de julio de 2011.

** Profesora de Derecho Romano y Derecho Civil en la Universidad Externado de Colombia, Directora del Departamento de Derecho Romano, del Centro de Estudios sobre Derecho y Genética y de la Especialización en Derecho Médico de la misma Universidad. Correo electrónico: deromano@uexternado.edu.co

Fecha de recepción: 23 de julio de 2011. Fecha de aceptación: 28 de agosto de 2011

o se individualiza de manera diferente en los progenitores; otra cuestión es también la de la selección del espermatozoide o los embriones en razón del sexo, en resumen, debates y conflictos que plantean la necesidad de establecer criterios jurídicos para determinar los sujetos legitimados para decidir su destino y la clase de decisiones que les corresponden. Estos y otros, que incluso involucran las relaciones entre la biotecnología y el mercado, son los interrogantes que están en el centro de la discusión en esta actual y compleja materia.

Palabras Clave: Crio Conservación - Embrión *in vitro* - Fertilización Extracorpórea

Problems of extracorporal human fertilization

Abstract: The advance of technology and medical expertise certainly brings with it new demands on the interpretation of law in line with the vicissitudes of contemporary society, while these requirements in the context of advances in medical expertise, result in problems with legal and ethical implications. These same advances indicated that it was not necessary, even that was not convenient to transfer to the uterus of all embryos, which then meant that a good number remained in the laboratory in a state of cryopreservation. But most of that being was and is possible to act with very different purposes, or refrain from doing so in other words, it is possible that sometimes becomes necessary, to make decisions that affect it, so then we're in the legal matter, and here the author highlights the most important problems facing the jurist and the legislator: Do *in vitro* embryos will be different from those in the uterus? Are they identical entities with the same moral and legal status? Are traditional definitions have fallen short? Legislators have successful define them? The author also notes that the presence of frozen embryos at fertility centers can give rise to numerous conflicts, both when it is desired to have the child achieved using a smaller number of obtained, as when the desire to procreate is gone, frustrated or individualized differently in the parents. Another question is also the selection of sperm or embryos based on sex, or if the embryos in the laboratory have not been transferred to the uterus, that is, decisions about the future of embryos transferred and the options open as to the legitimacy of the subjects that may decide his fate. These and others, even involving the market pressure, are the questions that are at the heart of the discussion on this present and very complex matter.

Keywords: Cryopreservation - Embryo Transfer – In Vitro Embryo

La fertilización extracorpórea humana o FIVTE pone a nuestro alcance la posibilidad de obtener embriones en el laboratorio, facilitando el encuentro de los gametos de dos personas vivas o muertas en una caja de Petri. La técnica implica una revolución médica: la existencia de embriones vivos fuera del cuerpo de una mujer. Así surge una primera pregunta: ¿Serán diferentes de aquellos que se encuentran dentro del útero?

Quizá en un principio la permanencia de los embriones en esa situación se contempló como transitoria porque la finalidad de su obtención era la de transferirlos al útero materno para procurarle a los padres el hijo que la naturaleza les negaba¹. Con el propósito de aumentar las probabilidades de éxito, en los tratamientos de fertilidad se fecundaban numerosos óvulos.

El avance de la técnica y la experiencia médica indicaron que no era necesario, incluso que no era conveniente realizar la transferencia al útero de todos los embriones; entonces un buen número permaneció en los laboratorios en estado de crio conservación.

Sobre ese ser era y es posible actuar con muy diversos fines, o abstenerse de hacerlo; en otras palabras, existe la posibilidad, que en ocasiones se torna necesidad, de tomar decisiones que lo afectan, con lo cual entramos en el ámbito jurídico; el punto, como era natural, se introdujo también con enorme fuerza en el campo de la bioética, una disciplina que aún no tiene la tradición milenaria del derecho.

Se trata de decisiones en las que la voluntad tiene delante una variedad de opciones que ya no surgen de hechos o procesos estrictamente naturales. En palabras de Gilberto Cely: hemos arrancado una gran porción al azar y lo hemos convertido en moralidad². Otra gran pregunta sería si también debemos convertirlo en derecho y más aún, en leyes. Se trata de un interrogante que periódicamente se coloca en el foco del debate y que trata con gran profundidad Stefano Rodotà³ en su libro *La vida y las reglas*, cuya versión española vio la luz el año pasado en la Editorial Trotta.

En países como Colombia, el comienzo de la personalidad jurídica se sitúa en el nacimiento con vida⁴, por lo tanto, los problemas prácticos en relación con el estatus jurídico de un ser antes de dicho acontecimiento solían estar vinculados a los temas del aborto, en el área penal, y de la sucesión, en la privada. En esta última, más que sobre la condición del embrión se discutía sobre la del *nasciturus*, que en el caso de la fecundación natural comprendía el embrión y el feto.

Pero los embriones *in vitro* han vuelto mucho más complejos los problemas. La mayoría de ellos se obtienen a partir de los gametos femenino y masculino de manera coincidente con la fertilización natural; sin embargo, es posible que algunos

¹ Recordamos la primera bebé probeta del mundo, Luisa Brown, nacida en Inglaterra (Doctor EDWARDS, 1978), así como a la primera latinoamericana que nació mediante esta técnica en Colombia, DIANA CAROLINA MÉNDEZ (Doctor LUCENA, 1985).

² G. CELY, *La bioética en la sociedad del conocimiento*, Bogotá, 3R Editores, 1999.

³ S. RODOTÁ, *La vida y las normas*, Madrid, Trotta, 2010.

⁴ Código civil colombiano, artículo 90: La existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre.

La criatura que muere en el vientre materno, o que perece antes de estar completamente separada de su madre, o que no haya sobrevivido a la separación un momento siquiera, se reputará no haber existido jamás.

se estén obteniendo a partir de la técnica de transferencia nuclear⁵. Lacadena⁶ ha llamado gaméticos a los primeros y somáticos a los segundos. ¿Serán entidades idénticas con el mismo estatus moral y jurídico? ¿Las definiciones tradicionales se han quedado cortas? ¿Han acertado los legisladores a la hora de definirlos?

En un terreno menos filosófico, más ligado a la práctica, se reconoce que la presencia de embriones congelados en los centros de fertilidad puede dar origen a numerosos conflictos, tanto cuando se logra tener el hijo deseado empleando un número menor del obtenido, como cuando el deseo de procrear desaparece, se frustra o se individualiza de manera diferente en los progenitores. A pesar de los avances científicos y las prescripciones legislativas, llevar a cero el número de los llamados embriones sobrantes es casi imposible. Siempre podemos encontrar una mujer que se niega a la transferencia, se enferma o muere antes de que ésta se realice. En ese momento surgen las preguntas por la clase de decisiones que pueden tomarse, por las razones sobre las cuales deben fundamentarse y por las personas legitimadas para hacerlo.

Si nos situamos en un momento anterior, el debate se centrará en los problemas vinculados con la selección de los gametos. Aun en la fertilización conyugal u homóloga será posible escoger el espermatozoide fecundante en función de calidades como el sexo, la ausencia, por lo menos probable, de algunas enfermedades de transmisión genética, o la presencia de ciertos factores que se consideran deseables. Si se elige entre varios donantes o trata de buscarse el más idóneo, el abanico se amplía. Una primera solución general no prohibicionista apunta hacia la autorización de las elecciones con finalidad terapéutica, pero bien sabemos que la línea entre ésta y las actuaciones médicas de simple mejora no siempre es fácil de trazar, incluso puede ondular según la especialidad médica desde la cual se le contempla y, por supuesto, los especialistas en fertilidad apostarán por la selección de aquellos que les permitan mejorar las probabilidades de "llevar un niño sano a la casa de sus pacientes".

Capítulo especial se dedica en esta materia al asunto de la selección del espermatozoide o los embriones en razón del sexo. Suele otorgarse valoración positiva a la que tiene como propósito impedir la presencia de enfermedades ligadas a ese factor; las inquietudes surgen, en el plano demográfico, por el desconocimiento de los efectos de un posible desequilibrio entre los géneros; en el plano de la realidad histórica contemporánea, por la experiencia China y el "feminicidio" que

⁵ Hablamos sólo de posibilidad por cuanto al parecer nadie ha presentado la evidencia científica suficiente sobre la obtención de embriones humanos por medio de la técnica de transferencia nuclear.

⁶ J.R. LACADENA, *Genética y bioética*, Madrid, Desclée de Brower, p. 207.

⁷ La ley alemana sobre protección de embriones del 13 de diciembre de 1990, en el parágrafo 8 trae la siguiente definición: Se entenderá por embrión en el sentido de la presente Ley ya el óvulo humano fecundado, susceptible de desarrollo a partir de la fusión de los núcleos, además, cualquier célula totipotente extraída de un embrión que en caso de concurrencia de las condiciones necesarias sea susceptible de desarrollarse hasta convertirse en un individuo.

allí ha tenido lugar⁸; en el derecho, por la forma de definir claramente qué es lo que se busca con ella pues en ocasiones puede aparecer como la satisfacción de un capricho hipócritamente calificado de dolencia psicológica de los padres⁹.

La terapia de los genes podría facilitar en el futuro el tratamiento de algunas enfermedades en el embrión con lo cual el margen de selección se reduciría, mas los riesgos implícitos en la manipulación de las células germinales han motivado que se la prohíba o sujete a limitaciones¹⁰. En este caso también cobran importancia los temas de responsabilidad por los daños, con énfasis especial en los problemas atinentes al nexo causal, la titularidad de las acciones de resarcimiento, por activa y por pasiva, y la previsión de los riesgos.

Otro motivo para la selección embrionaria, muy polémico, por cierto, es la búsqueda de un bebé que pueda ser donante, por ejemplo de médula ósea, para curar a un hermano ya nacido y enfermo. El procedimiento implica, en forma necesaria, el descarte de embriones sanos pero que no son compatibles con el destinatario del trasplante; así las cosas, la razón terapéutica funciona a favor de una persona ya nacida, no del embrión, circunstancia que dota de mayor profundidad y dificultad a los interrogantes jurídicos y éticos¹¹.

Volvamos a los embriones en el laboratorio que no han sido transferidos al útero de la mujer que los "encargó" –si el ordenamiento nacional le permite hacerlo sin pareja– o de la que forma aquella en que quería tener un hijo. Las posibilidades

⁸ Al respecto resulta interesante la Ley 57 de 1994 de India sobre técnicas de diagnóstico prenatal (regulación y prevención de su utilización abusiva), en especial el artículo 6, b: Ninguna persona llevará o permitirá cualquier técnica de diagnóstico prenatal, incluyendo la ecografía, a fin de determinar el sexo del feto.

⁹ Caso Mataró: Ante el juzgado de la localidad barcelonesa de Mataró se presentó el caso de una mujer de 45 años, madre de 5 hijos varones, que pretendía que le fuera aplicada una técnica de selección de sexo, con la finalidad de tener una niña. Alegaba, como causa legitimadora de la aplicación de técnicas de reproducción asistida, la gran depresión que tenía por no ser madre de una niña. Era un deseo que había tenido desde siempre, incrementado por la idea de que una hija suya la cuidara en su vejez. Ese deseo, así como la depresión, se habían agravado al nacer su último hijo, pues a través de un diagnóstico prenatal erróneo se le había dicho que esperaba una niña.

El juez dictó Auto favorable a la selección de sexo el 2 de agosto de 1990 y el fiscal lo recurrió solicitando a la vez su suspensión. Finalmente, la Audiencia Provincial de Barcelona revocó el auto del juzgado de Mataró y dictaminó que "la madre es para el hijo y no el hijo para la madre".

Consultado en <http://federacionuniversitaria69.blogspot.com/2008/08/seleccin-de-sexo-espaa.html> el 16 de agosto de 2011.

¹⁰ La ley alemana sobre protección de embriones, en el parágrafo 5. 1, dispone: Quien modifique de modo artificial la información hereditaria de una célula humana de la línea germinal será sancionado con pena privativa de libertad de hasta cinco años o con pena de multa. La ley española 14 de 2006 sobre técnicas de reproducción humana asistida, establece en su artículo 13 que las técnicas terapéuticas podrán aplicarse en el preembrión siempre y cuando (...) no se modifiquen los caracteres hereditarios no patológicos ni se busque la selección de los individuos o de la raza.

¹¹ La legislación española acepta esta posibilidad. En Colombia, el Juez 36 Penal del Circuito de Bogotá, actuando como segunda instancia en una acción de tutela, ordenó a una EPS médica el pago de los gastos requeridos para la aplicación de la fertilización *in vitro* con esta finalidad, y la práctica posterior del trasplante pertinente.

que se abren en cuanto a la legitimación de los sujetos que pueden decidir su destino, creo que se limitan a tres: o se atribuye a los Centros de fertilidad, a un ente establecido al efecto, o, como yo me inclinaría, a las personas vinculadas con ellos genéticamente si no los cubre el anonimato, o a quienes solicitaron su obtención dentro de un programa de fertilidad, si intervinieron donantes anónimos.

En el caso de las parejas surgen grandes inconvenientes cuando se presenta el desacuerdo, más todavía si la comunidad de vida se ha roto por muerte, divorcio o separación de cuerpos. Una aproximación lógica sería preferir a quien opta por la vida, sin embargo, en algunos casos, ambos, varón y mujer, optan por ella pero por diferentes motivos y acudiendo a soluciones o vías diversas lo cual hace menos fácil encontrar la solución ideal o, por lo menos, más justa –en tales hipótesis la naturaleza dota la mujer de una ventaja: la posibilidad de gestar y alumbrar por sí misma, mientras el varón tendría que acudir a una madre gestante–. Con base en esto se ha planteado como mejor solución el atribuirlos a la mujer, aunque también se ha insinuado su reparto equitativo¹².

En algún caso¹³ la jurisprudencia norteamericana ha enfrentado el conflicto desde la ponderación del derecho a procrear –concepto muy utilizado por los jueces de Estados Unidos en casos de esta índole– en su modalidad afirmativa, con el mismo en su modalidad negativa, y les ha otorgado, en apariencia, un peso igual. Bien miradas las cosas, el argumento podría equivaler en muchas ocasiones a concederle poder de veto al cónyuge que esgrime la cara negativa de su derecho.

A propósito de esto resulta necesario recordar que el varón no puede obligar a la mujer a gestar y alumbrar hijos conjuntamente después de finalizada la unión porque cometería un delito contra la libertad o la autodeterminación¹⁴; la mujer no está autorizada para “imponerle” hijos al varón que ya no desea ser padre o no quiere serlo con ella. Tampoco podemos dejar de preguntarnos qué pasaría si uno de ellos o ambos no están vinculados genéticamente a los embriones en disputa o si quien pide que se respete el derecho que expresa afirmativamente puede renunciar válidamente, en nombre de los futuros hijos, a la filiación que les correspondería con el otro miembro de la pareja, con el propósito de remover cualquier obstáculo a la solución favorable a su petición de transferir los embriones para obtener el nacimiento de un hijo¹⁵.

Por lo que hace a las decisiones sobre el futuro de los embriones no transferidos, en algunos países¹⁶ se ha prescrito un abanico dentro del cual los “padres” pueden

¹² Alternativas sugeridas por los jueces en el caso *Davis Vs. Davis* fallado en la Corte Suprema del Estado de Tennessee, cuando no exista un acuerdo previo entre los cónyuges.

¹³ Justamente el citado caso *Davis vs. Davis*.

¹⁴ Delito tipificado en el artículo 187 del Código penal colombiano.

¹⁵ En Colombia, el Estatuto de Registro Civil (Decreto 1260 de 1970, artículo 1.º), cerraría el paso a esta posibilidad por cuanto establece que la asignación del estado civil corresponde a la ley y (...) se deriva de los hechos, actos y providencias que lo determinan y de la calificación legal de ellos.

¹⁶ Es el caso de la Ley española 14 de 2006, artículo 11, 4.

elegir: a) prolongar la crioconservación por un término no superior a la vida fértil de la mujer con el fin de obtener la reproducción única o posterior de la pareja; b) "donarlos" a otras parejas; c) destinarlos a la investigación; d) descongelarlos sin más o para aprovechar algunas estructuras para la investigación.

De nuevo el ovillo se enreda y la conciencia jurídica y moral se ponen a prueba. La opción (a) sólo retrasa la hora de encarar el problema o representa la comodidad de dejar que la naturaleza decida.

En caso de elegir (b) los juristas nos preguntamos cuál es el sentido que en estas hipótesis damos al término donación, o si será necesario encarar el tema como una adopción y cuáles deberían ser sus reglas. Desde lo sustancial tornamos al interrogante por el estatus del embrión –si es persona, el camino será la adopción; si se trata de una cosa, bastará la donación–. Desde el procedimiento, si lo tratamos como donación, reconoceremos, en principio, que no lo consideramos persona; si lo sometemos a las reglas de la adopción, haremos lo contrario.

La investigación suscita polémicas de gran calado si ella implica la obtención de los embriones con esa finalidad específica, o la muerte de los embriones; Habermas¹⁷ ha llegado a hablar de investigación "consumidora de embriones".

Quizá en un intento por superar los desacuerdos relativos al estatus del embrión, un nuevo sujeto de protección se ha hecho presente: la especie; de tal manera que la prohibición de ciertas conductas sobre los embriones se basarán en ese fundamento¹⁸. La prudencia aconsejaría recordar que en sistemas poco democráticos el concepto puede tomar en manos del poder la misma forma proteica y evanescente que los de orden público o seguridad nacional.

El descongelarlos sin más o para el aprovechamiento de algunas de sus estructuras, como es obvio, es la forma retórica de designar su muerte.

Las dificultades anteriores no se hacen visibles solamente en la fecundación extracorpórea sino también en la inseminación artificial, pero como es casi unánime la consideración de los gametos y los embriones como realidades biológicas, morales y jurídicas diferentes, con un grado de complejidad mayor en los embriones, los debates en este punto son más ardientes y se vinculan con mayor frecuencia a puntos de vista ideológicos y religiosos.

Los embriones fuera del útero, como resulta obvio, pueden transferirse a cualquier útero, por lo tanto, pronto aparecieron las madres subrogadas, sustitutas, gestantes, de alquiler, etc. Los numerosos problemas jurídicos que presenta el empleo de la inseminación artificial o de la fecundación extracorpórea en esta modalidad comienzan por saber con quiénes se establecen los vínculos de filiación y, en consecuencia, por qué los demás participantes son ajenos a las relaciones con el niño, es decir, quien es propio y quien extraño, cuestión medular desde el punto de vista antropológico y psicológico.

¹⁷ J. HABERMAS, *Sobre el futuro de la naturaleza humana*, Barcelona, 2001.

¹⁸ J. HABERMAS, *Ibidem*.

La mayoría de los abogados afirman que la filiación es un concepto jurídico y tal vez tengan toda la razón; lo verdaderamente interesante es saber cuál es la base de las decisiones legales al respecto: ¿serán factores genéticos, antropológicos, políticos, o sociales? No creemos que hayan sido o puedan ser elecciones caprichosas del legislador; demasiada historia acompaña al concepto y el vínculo involucra convicciones sociales casi siempre ancestrales que incidirán de manera directa y con gran peso en las variaciones que la legislación introduzca en los sistemas tradicionales de filiación en cada país o en un grupo poblacional determinado¹⁹.

En el terreno de los acuerdos se discute sobre su denominación y su naturaleza jurídica, sobre las obligaciones adquiridas por las partes contratantes, su naturaleza y exigibilidad²⁰, sobre la licitud del objeto y de la causa y hasta sobre las conductas que merecen sanción penal.

Dentro del sistema tradicional que atribuye la filiación con base en los genes —o, como antes se decía, en la sangre—, la doctrina puede distinguir entre la verdadera sustitución de maternidad y el denominado alquiler de vientres y, por este camino, decidir que el objeto es ilícito cuando la madre gestante aporta el óvulo pero no cuando se limita a “alquilar” el útero²¹.

Con base en la concepción de la causa como la función económico-social que cumple el contrato, algunos autores la reputan lícita si la madre gestante ayuda a poner en práctica el derecho constitucional a la reproducción de una mujer que no puede concebir o llevar a término el embarazo, e ilícita en los demás casos²².

Si se acepta esta postura, ¿será lícito el contrato que encarga a una mujer la sola gestación de un embrión para entregar el niño que alumbre a una pareja homosexual masculina?

Si las cosas no son sencillas a la luz de los derechos nacionales, más difícil resulta la resolución de los conflictos que corresponden al derecho internacional privado²³. Quizá en el sistema jurídico latinoamericano no se presenten los contrastes que podemos contemplar, por ejemplo, en el espacio europeo, mas la

¹⁹ R. FOX, *Sistemas de parentesco y matrimonio*, Madrid, Alianza, 1972.

²⁰ En España el artículo 10 de la Ley 14 DE 2006 prescribe: 1- Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero. En el Reino Unido, la disposición del *Surrogacy Arrangement Act* de 1985, Chapter 49, F 41 S dice: *No surrogacy arrangement is enforceable by or against any of the person making it.*

²¹ El artículo 10.2 de la Ley española 14 de 2006 establece que la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto; el numeral 3 del mismo artículo deja a salvo la posible acción de paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales. Con base en la interpretación combinada de los dos apartados podríamos decir que en la ley se vislumbra una distinción entre las dos posibilidades, en cuanto a la filiación, no en cuanto a la calificación del contrato. F. ALARCÓN, *El negocio jurídico de maternidad por sustitución en la gestación*, en Primer Seminario Franco-Andino de Derecho y Bioética, Bogotá, 2003, pp. 125-139.

²² F. ALARCÓN ROJAS, *El negocio jurídico de maternidad por sustitución en la gestación*, ob. cit.

²³ Un dramático botón de muestra es el caso de los británicos que celebraron con una pareja ucraniana acuerdo de gestación sustitutiva.

globalización en el terreno de las biotecnologías es un hecho y, además, el llamado turismo reproductivo, sea con desplazamiento de las personas para obtener gametos o embriones y servicios, sea sin desplazamiento personal, acaece cada vez con mayor frecuencia.

Hasta ahora hemos contemplado la presencia de terceros –sean donantes de gametos, madres de alquiler o sustitutas, donantes de embriones– sin que ella signifique que tres personas contribuyan biológicamente a la formación del embrión; nuevos experimentos han hecho posible que dos mujeres y un hombre lleguen a ser “padres” biológicos con el fin de evitar problemas de salud con causa en la mitocondria del óvulo de la mujer que será madre. ¿Tendremos que afirmar que la filiación se reduce cada vez más al dato del ADN nuclear? En el ámbito probatorio ¿se pierde la posibilidad de establecer con cierta certidumbre linajes maternos²⁴?

La generación de embriones mediante clonación con finalidad reproductiva cuenta con la oposición casi unánime de los países de Occidente; un verdadero desacuerdo existe, en cambio, frente a la que tiene como propósito obtener células madre embrionarias con las cuales adelantar investigaciones que se esperan fructíferas para el alivio de enfermedades neurodegenerativas, la diabetes, el cáncer y las lesiones medulares. Los partidarios de la prohibición universal de esta última²⁵ sólo han logrado la promulgación de algunas declaraciones redactadas en lenguaje bastante ambiguo, pero no la firma de un convenio de alcance internacional²⁶. La vía seguida en su época por la administración Bush en 2001, consistente en prohibir el empleo de dineros de los contribuyentes para financiar esta línea investigativa es objeto de reproches, por cuanto parece contrario a la ética dejar tal actividad en manos del capital privado, porque los productos que se obtengan estarán fuera del alcance de los más necesitados ya que las empresas tratarán de recuperar en corto tiempo las cuantiosas inversiones en I+D+I que realicen para obtener tanto procedimientos como productos terapéuticos que luego protegerán mediante patentes y otros instrumentos del sistema de propiedad intelectual.

Normas tan importantes como la Decisión 486 de 2000 o régimen común sobre propiedad industrial de la Comunidad Andina de Naciones (artículo 15), o la Directiva Europea sobre la protección mediante patentes de las innovaciones biotecnológicas prohíben la protección mediante patentes de los embriones humanos.

²⁴ Sobre estos temas las tendencias feministas muestran todo un abanico de posturas; quizá podamos representar sus extremos en CARMEL SHALEV autora del libro *Nascere per contratto*, Milán, 1992 y en MARÍA MIES y VANDANA SHIVA, autoras, entre otros, del libro *La praxis del ecofeminismo*, Barcelona, 1998.

²⁵ No nos referimos solamente a la doctrina; la Resolución del Parlamento europeo de 07-09-00 sobre la clonación humana, en el numeral 10 “Reitera que debería establecerse una prohibición universal y específica a nivel de las Naciones Unidas sobre la clonación de seres humanos en cualquier fase de su formación y desarrollo”.

²⁶ Declaración de las Naciones Unidas sobre la clonación humana de 8 de marzo de 2005.

Hoy en día tal vez el punto más arduo atinente a los embriones *in vitro* sea el de los denominados *admixed embryos* o *cybrids* autorizados en Inglaterra en 2010. Una cosa es afirmar, dentro de un contexto de responsabilidad por el futuro del planeta que el antropocentrismo debe ser superado y una muy distinta pensar que esta afirmación equivale a decir que el hombre es intercambiable, fungible, equivalente a cualquier individuo de las especies irracionales. Es verdad que el ordenamiento inglés prevé numerosas cautelas para evitar que tales embriones sean transferidos a un útero, así como para impedir su desarrollo más allá del día catorce a partir de la fecundación, pero eso no impide formularnos interrogantes sobre la esencia del proceso y, de todas formas, coloca sobre la mesa de los juristas preguntas tales como cuál es su naturaleza biológica y jurídica y, en consecuencia, si llegaran a encontrarse en un país sin legislación especial, si se les aplicarían las leyes relativas a las personas, o las normas que protegen los animales. ¿El reconocimiento de personalidad jurídica quedará mediado por la necesidad de probar que se es humano?

A estas alturas estamos en capacidad de comprender que los problemas éticos y jurídicos atinentes a los embriones *in vitro* son verdaderamente trascendentales porque tocan los cimientos de nuestra cultura —no sólo de la jurídica—, y de nuestra conciencia.

¿Qué podemos encontrar en el Derecho romano que nos resulte de utilidad para resolver esos problemas en cuanto corresponda a nuestra competencia y nuestra misión?

La actuación de los juristas clásicos, con todas las características que los estudiosos han puesto de relieve, dentro de las cuales nos parecen de la mayor importancia la libertad, es decir, la búsqueda, tanto de los principios, como de las soluciones prácticas con independencia del poder político y del económico²⁷, y el tener en cuenta la realidad en la que están inmersos. Lo primero es cada vez más difícil pero dificultad no es imposibilidad²⁸.

En relación con la fecundación extracorpórea y, podría decirse que en relación con todos los progresos biotecnológicos, la presión del mercado es un elemento bastante poderoso. Su fuerza se ejerce utilizando todos los canales que le son propios: publicidad, diseminación de información en los medios digitales, películas, libros, etc. Por momentos, ante la realidad que crean los medios, se desvanecen formas más tradicionales de resolver dilemas en materia de salud reproductiva, y quizá podamos afirmar que en el plano médico se utilizan las técnicas de procreación humana asistida y otras tantas novedades, sin respetar el principio de intervención terapéutica gradual.

²⁷ M. BREONE, *Techniche e ideologie dei giuristi romani*, Napoli, *Scientifichie italiane*, 1971; J. IGLESIAS, *Las Fuentes del Derecho Romano*, Madrid, Civitas, 1989; E. GONZÁLEZ DE CANCINO, *Algunas características de la jurisprudencia romana en la época clásica*, en *Externado*, n.º 2 (Julio 1982), pp. 51-67.

²⁸ D. 45. 1. 137. 4.

Sea que nos desempeñemos en un país que posea normas especiales sobre estos temas, sea que lo hagamos en uno carente de legislación especializada, los juristas no podemos ignorar los interrogantes y sacarle el cuerpo a los debates por más arduos que estos sean; además, como romanistas estamos obligados a superar lo meramente procedimental para buscar el camino de las soluciones dentro del marco del *bonum et aequum*²⁹.

Con frecuencia los juristas modernos, cuando existen normas, sean de origen parlamentario o provengan de los tribunales llamados de cierre, asumen el papel de meros intérpretes; creemos que cuando están de por medio asuntos tan trascendentales como los que estamos tratando, su papel debe ser más activo, a riesgo de quedar, como dice GALLO "aplastados por las elecciones del legislador"³⁰. Entonces, los principios asumen, en manos de la doctrina, el papel de máxima importancia³¹.

El de la dignidad (*dignitas* y *humanitas*) del hombre, de la mujer, de la especie humana; principio recogido en la mayoría de las Constituciones del mundo occidental y en las Declaraciones internacionales, que en la actualidad suele concretarse como específico derecho fundamental protegido mediante remedios procesales concretos³². La Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos de la UNESCO exhorta a los Estados³³ a identificar y prohibir las técnicas contrarias a la dignidad humana, tales como la clonación y la manipulación de la línea germinal humana.

Los de *fides* y *bona fides* del cual se derivan tantas reglas de comportamiento que constituyen elementos estructurales de la cultura que nos acompaña desde los tiempos clásicos³⁴.

La permanencia y ejercicio del *officium* que es el "modo excelente de ser hombre –*bonus vir*–", "la actividad propia del *bonus vir*"³⁵.

²⁹ J. IGLESIAS, *Derecho romano y esencia del derecho*, en *Estudios*, Madrid, 1985, p.84; F. GALLO, *Un modelo de romanista*, en *Roma e America*, n.º 10, 2000, p. 238.

³⁰ F. GALLO, ob. cit.

³¹ De "luz clarificadora de los principios", habla M. P. BACCARI, *Concepito: l'antico diritto per il nuovo millennio*, Torino, 2004, p. 24.

³² Así se expresa, por ejemplo, en la Sentencia T-881/2002 de la Corte Constitucional colombiana.

³³ Las Declaraciones se consideran *soft law*, es decir, que los jueces no pueden basarse en ellos para sus sentencias; sus normas no son equiparables a las normas de las fuentes jurídicas reconocidas; sin embargo, constituyen herramientas importantes para la formulación de las mismas por parte del legislador, de manera que en la comunidad internacional pueden tener la misma fuerza que las declaraciones de derechos humanos fueron tomando con los años hasta el reconocimiento constitucional casi unánime de los derechos fundamentales que ellas enunciaron. Al respecto puede consultarse la obra de N. LENOIR y B. MATHIEU, *Les normes internacionales de la bioéthique*, Paris, PUF, 2004.

³⁴ M. L. NEME, *La buena fe en el derecho romano*, Bogotá, Externado, 2010, que iluminarían la solución, por ejemplo, de los casos en los cuales quienes han expresado su consentimiento para la fecundación con semen de donante pretenden impugnar la paternidad.

³⁵ I. CREMADES UGARTE, *El officium en el derecho privado romano*, León, Universidad de León, 1988, p. 19.

El contenido en el pasaje de Hermogeniano que encontramos en D. 1. 5. 2: *ius hominum causa constitutum est*.

Las buenas costumbres como medida de la licitud de los actos.

La comparación y contraste de los tres principios fundamentales que enuncia ULPIANO en D. 1. 1. 10. 1³⁶ con los de la bioética principialista y la personalista deben constituir un filón de pensamiento de gran importancia en la tarea de análisis y reflexión sobre los problemas de la fertilización extracorpórea.

Además, la romanística ha producido obras de gran calado a propósito de temas como el *nasciturus*, los principios generales, las virtudes y deberes del ciudadano; para mencionar sólo algunos de los más conocidos en nuestros países, recordemos los estudios de PIERANGELO CATALANO, JUAN IGLESIAS, ANTONIO FERNÁNDEZ DE BUJÁN, MERCEDES GAYOSSO, que pueden ser una guía preciosa para orientar nuestras reflexiones sobre la fecundación extracorpórea desde la óptica romanística.

³⁶ D. 1. 1. 10. 1: Los principios del derecho son estos: vivir honestamente, no hacer daño a otro, dar a cada uno lo suyo. ULPIANO, Reglas, libro 1.