

TÉCNICAS DE PROCREACIÓN ASISTIDA

Roberto ANDORNO

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Las leyes europeas sobre procreación asistida.* III. *Las normas sobre procreación asistida en los países latinoamericanos.* IV. *Conclusión.*

I. INTRODUCCIÓN

Las técnicas de procreación asistida plantean complejos interrogantes éticos y jurídicos que derivan de la dificultad para determinar cuál es el trato debido en justicia al embrión humano; cuáles son los límites que pueden y/o deben fijarse a las técnicas en función del interés general, y en especial, del interés de los niños concebidos a través de ellas; de los dilemas generados por el uso de gametos de donantes anónimos, etcétera. Me permito comentar que fue precisamente con estos dilemas con los que me inicié en las cuestiones bioéticas hace ya más de quince años, sobre todo con mi tesis doctoral, en la que tuve el honor de ser dirigido por el profesor François Chabas, de la Universidad de París XII (París-Val de Marne).¹

Si bien todas las cuestiones de bioética suscitan grandes debates, los diversos aspectos de las técnicas de procreación asistida son especialmente controvertidos, y por ello no resulta nada fácil regularlos en un instrumento internacional. Si legislar a nivel nacional sobre el tema ya

* Investigador en el Instituto de Ética Biomédica de la Universidad de Zurich, Suiza. Fue miembro del Comité Internacional de Bioética de la UNESCO. Correo electrónico: andorno@ethik.uzh.ch

¹ Véase mi tesis: *La distinction juridique entre les personnes et les choses à l'épreuve des procréations artificielles*, París, L G D J, Bibliothèque de droit privé, 1996.

es problemático (y prueba de ello es que ningún país latinoamericano cuenta con una legislación específica y sistemática sobre la materia), ¿cómo será posible adoptar normas comunes a varios países (en nuestro caso, del continente americano)? Cabe recordar que, por ejemplo, en el ámbito europeo, las posiciones de los diversos países en la materia son totalmente opuestas e inconciliables. Christian Byk describió muy ilustrativamente este panorama hace ya unos años con la expresión “un paysage éclaté” (es decir, un paisaje fragmentado).² Justamente esta disparidad de respuestas normativas explica el que la Convención Europea sobre Derechos Humanos y Biomedicina (Convención de Oviedo), aprobada en 1997, prácticamente no trate el tema de la procreación asistida, como luego voy a destacar.

En síntesis, la pregunta central que habría que plantearse aquí es la siguiente: de elaborarse un instrumento interamericano sobre cuestiones de bioética, ¿deberían incluirse en el mismo normas específicas sobre procreación asistida? Si la respuesta es afirmativa, ¿cuán detalladas deberían ser tales normas? En otras palabras, ¿hasta qué punto es posible lograr un consenso regional en esta delicada temática?

Es de presumir que los organizadores de este importante coloquio entienden que algunas normas sobre la materia deberían incluirse en un instrumento interamericano, porque de otro modo ni siquiera se hubiera propuesto el tema. Partiendo de esta base, desde ya adelanto que, en mi opinión, las normas sobre procreación asistida que eventualmente se incluyan en tal instrumento deberían consistir en principios muy generales, inspirados en el marco legal ya existente a nivel nacional o regional, debiendo evitarse entrar en una detallada regulación del tema.

Es mi intención, primero, hacer una breve síntesis de las legislaciones existentes en Europa sobre procreación asistida (I), y segundo, brindar un panorama general de las normas legales vigentes en Latinoamérica que tienen relevancia en materia de procreación asistida (II). Sobre esta base, y a modo de conclusión, quisiera hacer algunos comentarios generales acerca de un eventual instrumento interamericano de bioética, y, en particular, acerca de la posible inclusión en él de ciertos principios sobre procreación asistida.

² Byk, Christian, “La bioéthique en Europe: un paysage éclaté”, *Juris-Classeur Périodique (JCP)*, *La Semaine Juridique*, 1991, art. 3526, pp. 293-298.

II. LAS LEYES EUROPEAS SOBRE PROCREACIÓN ASISTIDA

En Europa existen dos grupos de legislaciones sobre procreación asistida, con posiciones totalmente opuestas. En forma esquemática, se puede decir que estos dos grupos reflejan un conflicto entre lo que se podría llamar, por un lado, la “primacía del libre acceso a las técnicas” y, por el otro lado, la “primacía de la protección de la vida embrionaria y del interés del menor”.³

a) El primer grupo se integra con leyes de inspiración netamente *individualista* cuyo objetivo primordial es satisfacer el deseo de obtener un hijo a través de las técnicas. La idea dominante es, por ello, la de la permisibilidad de las diversas variantes de fecundación asistida. En función de este objetivo, no se fijan condiciones particulares para el acceso a las técnicas (por ejemplo, que se trate de una pareja estable, y no de una mujer sola; que ambos se encuentren en edad de procrear, etcétera). Por el mismo motivo, la vida humana embrionaria no es considerada merecedora de una protección particular, y por ello se autoriza la selección, congelamiento y destrucción de los embriones resultantes de la fecundación *in vitro*, e incluso su uso con fines de experimentación. Tampoco se da prioridad al interés del menor en contar con un padre y una madre legal que coincidan con su padre y madre biológicos, al legitimarse el uso de gametos de donantes. Ejemplos paradigmáticos de este tipo de legislación son las leyes españolas 35 y 42 de 1988 (hoy reemplazadas por la ley 14 de 2006, Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida) y la ley británica de 1990 (*Human Fertilisation and Embryology Act*).

b) El segundo grupo de leyes, si bien aceptan las técnicas de procreación asistida, intentan encontrar un equilibrio entre éstas y la exigencia ético-jurídica de brindar un mínimo de *protección a la vida humana embrionaria y de tutelar los intereses del niño* que resulte concebido a través de las técnicas. Así, por ejemplo, en relación con el primer aspecto, estas leyes fijan un límite máximo al número de embriones que pueden obtenerse en cada tentativa (normalmente tres), debiéndose transferir los

³ Véase mi artículo “Les droits européens face à la procréation médicalement assistée: primauté de la technique ou primauté de la personne?”, *Revue internationale de droit comparé*, núm. 1, 1994, p. 141-152. Disponible en Internet en: <http://www.persee.fr> (escribir “Andorno” en la casilla de búsqueda).

tres a la madre biológica, con lo que evita de raíz el problema insoluble de los embriones “sobrantes” y del desdoblamiento de la maternidad; también se prohíbe la experimentación con embriones y su selección (diagnóstico preimplantatorio, DPI). En relación con el segundo aspecto, se prohíbe o al menos se desalienta el uso de gametos de donantes anónimos, ya que esta práctica genera una fragmentación de la paternidad y/o maternidad entre diversos individuos, lo cual no parece ser lo más beneficioso para el interés del menor. Justamente por este motivo, la práctica del anonimato de los donantes de gametos y la imposibilidad para el hijo de rastrear la identidad de su padre o madre genéticos comienzan a ser vistas en los últimos años como violatorias de la Convención sobre los Derechos del Niño, de las Naciones Unidas, de 1989, que dispone que el niño tiene derecho, “en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos” (artículo 7).⁴ En este grupo de legislaciones, que enfatizan principalmente la protección del embrión y del interés del niño concebido por las técnicas, se destacan sobre todo la ley alemana de protección de los embriones del 1990⁵ y las leyes adoptadas en Austria (1992)⁶, Suiza (1998)⁷ e Italia (2004).⁸

Como es lógico, dada esta disparidad de posiciones legales, el Consejo de Europa no ha podido lograr un consenso de fondo en la materia al

⁴ Véase un exhaustivo estudio sobre el conflicto entre la práctica del anonimato de los donantes de gametos y el interés del niño en: Blith, Eric y Farrand, Abigail, “Anonymity in donor-assisted conception and the UN Convention on the Rights of the Child”, *The International Journal of Children’s Rights*, 2004, vol. 12, pp. 89-104. Este conflicto explica el que en los últimos años varios países (Gran Bretaña, Países Bajos, Suecia, Austria, etcétera) hayan abandonando el principio del anonimato de los donantes de gametos y obliguen a los donantes a revelar su identidad a sus “hijos”, una vez que estos últimos hayan alcanzado una cierta edad y lo soliciten expresamente.

⁵ Ley de protección de los embriones (*Embryonenschutzgesetz*), del 13 de diciembre de 1990. En castellano en: <http://www.revistapersona.com.ar/Persona57/57Andorno.htm>

⁶ Ley de medicina de la reproducción (*Fortpflanzungsmedizingesetz*) del 4 de junio de 1992.

⁷ Ley federal sobre la procreación médicaamente asistida (*Loi sur la procréation médicalement assistée*) del 18 de diciembre de 1998. Disponible en Internet en: http://www.admin.ch/ch/rs/c810_11.html

⁸ Ley núm. 40 del 19 de febrero de 2004 (*Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*). En Internet (en italiano) en: <http://www.parlamento.it/parlam/leggi/040401.htm> Véase una traducción castellana de los artículos principales de la ley en: <http://www.revistapersona.com.ar/Persona57/57Andorno.htm>

momento de elaborar la Convención sobre Biomedicina y Derechos Humanos. Es por ello que este instrumento se limita a incluir las siguientes normas relacionadas con la procreación asistida:

1. Se prohíbe la generación deliberada de embriones humanos con fines de experimentación (artículo 18, inciso 2). Es importante observar que la Convención no prohíbe la experimentación con embriones, sino sólo la producción deliberada de embriones con tal fin. Por ello, no contradicen a la Convención los países que autorizan la experimentación con los embriones “sobrantes” de los procedimientos de fecundación *in vitro*. En cambio, en mi opinión, esta norma constituye un obstáculo para la denominada “clonación terapéutica” (o “clonación con fines de investigación”), dado que prohíbe toda obtención deliberada de embriones con tal fin, sin distinguir si el procedimiento para la obtención de los embriones es una fecundación *in vitro* o una transferencia de núcleo (clonación).
2. Se prohíbe que las técnicas de fecundación asistida se empleen para seleccionar el sexo del hijo, salvo cuando se trate de prevenir una enfermedad hereditaria grave ligada al sexo (artículo 14).
3. En relación con la clonación humana, si bien la Convención misma no incluye ninguna norma al respecto, en 1998 se aprobó un Protocolo adicional que prohíbe la clonación con fines reproductivos. Por clonación se entiende “toda intervención que tenga por objeto crear un ser humano genéticamente idéntico a otro ser humano, vivo o muerto” (artículo 1). Por su parte, con la expresión “ser humano genéticamente idéntico” se hace referencia a un ser humano “que posee en común con otro el conjunto de sus genes nucleares” (artículo 2).

III. LAS NORMAS SOBRE PROCREACIÓN ASISTIDA EN LOS PAÍSES LATINOAMERICANOS

Como he señalado antes, los países latinoamericanos, a diferencia de los europeos, carecen de leyes sistemáticas sobre procreación asistida.⁹ En la

⁹ En el continente americano, solamente Canadá cuenta con una ley que regula en forma sistemática la procreación asistida: Ley sobre Procreación Asistida, del 29 de marzo de 2004. Véase el texto completo de la ley (en francés) en: <http://lois.justice.gc.ca/fr/A-13.4/index.html>.

mayoría de los casos sólo existen algunos principios generales aplicables a la materia, que figuran en el Código Civil, en el Código Penal o incluso en la Constitución. A pesar de esta dispersión normativa, los principios legales existentes se inscriben claramente en la línea de las legislaciones europeas que dan prioridad a la protección de la vida humana embrionaria y al interés del niño.

En tal sentido, no hay que olvidar ante todo que la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 (o “Pacto de San José de Costa Rica”) afirma que “toda persona tiene derecho a que se respete su vida”, y que “este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción” (artículo 4, inciso 1). Es decir, la personalidad se reconoce a nivel interamericano *desde el momento de la concepción*. Ésta es una norma sumamente importante, que ya marca una orientación definida, y que no tiene paralelo a nivel europeo.¹⁰ Es verdad que la expresión “en general” atenúa de alguna manera el principio e introduce una cierta ambigüedad, pero de todas maneras, lo cierto es que el principio existe (si así no fuera, esta disposición no tendría ningún sentido). Por su parte, el artículo 19 del Pacto asigna un lugar preponderante a los derechos del niño “a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”.

Además de estos principios, es interesante destacar que existe en los países latinoamericanos una clara tendencia contraria a dos prácticas concretas, como son la clonación humana (tanto con fines reproductivos como de experimentación) y las intervenciones en la línea germinal (vulgarmente denominadas “manipulaciones genéticas”). En relación con la clonación, deben recordarse las negociaciones que tuvieron lugar a nivel de las Naciones Unidas para elaborar un instrumento internacional destinado a prohibir la clonación humana. Con tal motivo, la mayoría de los países latinoamericanos adoptaron una posición común con vistas a incluir en el instrumento tanto la prohibición de la clonación con fines reproductivos como de investigación.¹¹ La disparidad de posiciones sobre el tema dio

¹⁰ Aun cuando, a nivel internacional, debe recordarse que la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 no duda en afirmar que la tutela del niño debe desplegarse tanto *antes como después del nacimiento* (Preámbulo).

¹¹ Para una descripción pormenorizada de las negociaciones internacionales dirigidas a elaborar un instrumento internacional sobre la clonación humana véase: Arsanjani, Mahnouch, “Negotiating the UN Declaration on Human Cloning”, *American Journal of Inter-*

lugar a que el texto que finalmente se adoptó el 8 de marzo de 2005 sea una “Declaración” y no una “Convención”, como inicialmente se había deseado: por un lado, la mayoría de los países latinoamericanos y Estados Unidos querían una prohibición amplia de la clonación, mientras que, por el otro lado, la mayoría de los países europeos y algunos asiáticos querían limitar el alcance del instrumento a la clonación reproductiva. La Declaración adoptada, con una fórmula algo ambigua, insta a los Estados miembros “a prohibir todas las formas de clonación humana, en la medida en que sean incompatibles con la dignidad humana”.¹² La fórmula es ambigua, porque todo depende de qué se entiende por “incompatible con la dignidad humana”. Pero, al margen de esta discusión, lo que me interesa ahora destacar es que la mayoría de los países latinoamericanos, en función del principio de protección del embrión humano, apoyaron una prohibición amplia de la clonación humana. Es razonable suponer que de introducirse una norma sobre el tema en un instrumento regional de bioética también reflejará una posición semejante.

A continuación voy a enumerar brevemente algunas de las normas legales vigentes a nivel nacional de los países latinoamericanos que son aplicables a la procreación asistida. Desde luego, esta enumeración no pretende ser exhaustiva, sino sólo brindar un panorama general de la situación normativa en la región.

1. Argentina

En la Argentina se han elaborado en los últimos quince años más de veinte proyectos de ley para regular las técnicas de procreación asistida, tanto en la Cámara de Diputados como en la de Senadores. Lamentablemente, hasta el momento ninguno de ellos logró ser aprobado por ambas Cámaras. Uno de ellos, inspirado en buena medida en la Ley alemana de protección de los embriones, logró ser sancionado por el Senado en julio de 1997, pero luego no fue tratado por la Cámara de Diputados.

national Law, 2006, vol. 100, pp. 164-179; Kuppuswamy, Chamundeeswari, “The Role of International Institutions in the Formation of International Bioethical Law: UNESCO and the United Nations General Assembly Attempts to Govern Human Cloning”, *Journal International de Bioéthique*, 2007, núms. 1-2, pp. 187-218.

¹² Declaración de las Naciones Unidas sobre la Clonación Humana, adoptada por Resolución 59/280 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, del 8 de marzo de 2005.

Sin embargo, esta falta de ley específica no significa que exista un vacío legal absoluto sobre el tema. Así, por ejemplo, en relación con una de las cuestiones clave, como es la del comienzo de la personalidad jurídica, el derecho argentino mantiene una tradición larga e ininterrumpida de reconocimiento de la personalidad desde el momento de la concepción. Esto resulta en primer lugar del Código Civil, de 1869, que incluye al concebido en la categoría de la “persona por nacer” (artículos 63 y 70), y lo coloca al mismo nivel que los otros incapaces de ejercicio, como los menores y los dementes (artículos 54).¹³

Por su parte, el Código Penal también reconoce implícitamente al *conceptus* como persona, al incluir la figura del aborto entre los “delitos contra la vida” y dentro del título de los “delitos contra las personas” (artículos 85 a 88).¹⁴ Con mayor claridad aún, el principio de la personalidad del concebido resulta de la Convención de los Derechos del Niño (ONU, 20 de noviembre de 1989), ya que la Argentina, al incorporarla al derecho interno a través de la ley 23.849, hizo la reserva de que en la noción de “niño” debía entenderse incluido “a todo ser humano, desde el momento de su concepción y hasta los 18 años de edad”. La reforma constitucional de 1994 ha conferido una fuerza particular a este principio, desde el momento en que reconoce jerarquía constitucional a una serie de tratados, entre ellos a la Convención de los Derechos del Niño, en las condiciones en que fueron incorporados al derecho interno (artículo 75, inciso 22). Por lo tanto, el reconocimiento del concebido como “persona” constituye en el derecho argentino un principio de rango constitucional.

En relación con el tema de la clonación, el Poder Ejecutivo Nacional dictó el 7 de marzo de 1997 el Decreto 200/97, que “prohíbe los experimentos de clonación relacionados con seres humanos”, es decir, incluye

¹³ La circunstancia de que el artículo 70 del Código Civil argentino se refiera a la “concepción en el seno materno” no es un obstáculo para la inclusión del embrión *in vitro* en la categoría de las “personas”, ya que en materia civil funciona el principio de la analogía (artículo 16). La doctrina argentina es prácticamente unánime en este sentido. *Cfr.* Conclusiones de las XII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Bariloche, 1989, comisión núm. 8.

¹⁴ El aborto no es punible, según el Código Penal argentino, sólo en dos supuestos: 1) Si se ha practicado con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre, y si este peligro no puede ser evitado por otros medios; 2) Si el embarazo proviene de una violación de una mujer mentalmente discapacitada (artículo 86).

tanto a la clonación con fines reproductivos como de investigación (o “clonación terapéutica”).

A nivel jurisprudencial, cabe recordar la decisión tomada en 1999 por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de Buenos Aires a raíz de la medida cautelar presentada por un abogado para que se protegiera a los embriones congelados existentes en las clínicas de fecundación asistida.¹⁵ La Cámara declaró que “el embrión es persona para el Derecho argentino”, y en 2003, el Defensor de Menores de la Cámara nombró al doctor Ricardo Rabinovich, profesor de derecho civil, como *tutor especial* de los embriones congelados existentes en Buenos Aires.¹⁶ Su tarea consistía en realizar un censo de estos embriones y velar por su derechos. Lamentablemente, el doctor Rabinovich debió renunciar a su cargo en abril de 2006, ante la imposibilidad de cumplir con la tarea que se le había asignado, dada la negativa de las clínicas de procreación asistida de brindar la información solicitada.

2. Chile

En Chile tampoco existe una normativa específica sobre las técnicas de reproducción asistida. Con relación al tema del estatuto del concebido, según el Código Civil, “son personas todos los individuos de la especie humana cualquiera sea su edad, sexo, estirpe o condición” (artículo 55). No obstante, a los efectos civiles, principalmente patrimoniales, este principio está limitado por el artículo 74, que dispone que “la existencia legal de toda persona comienza al nacer, esto es, al separarse completamente de la madre”. Pero para que no haya dudas de que, fuera del ámbito patrimonial, el principio general es el que afirma el comienzo de la personalidad desde la concepción, el artículo siguiente, el 75, afirma que “la ley protege la vida del que está por nacer. El juez, en consecuencia, tomará, a petición de cualquiera persona o de oficio, todas las provi-

¹⁵ Arias de Ronchietto, Catalina, “Trascendente fallo de la Cámara Nacional Civil. Censo de ovocitos y embriones criopreservados. Derecho del concebido a su gestación continua e integral en el seno de su madre”, *El Derecho*, 2000, t. 188, p. 993.

¹⁶ Rabinovich-Berkman, Ricardo, “La tutela de los embriones congelados”, *La Ley*, 2005-E, p. 1152. Véase también Liverani, Luca, “Embriones”, revista electrónica *Persona*, núm. 42: <http://www.revistapersona.com.ar/Persona42/42Roma.htm>

dencias que le parezcan convenientes para proteger la existencia del no nacido, siempre que crea que de algún modo peligra". Por su parte, la Constitución dispone en su artículo 19, inc. 1, que "la ley protege la vida del que está por nacer".

Al margen de estas normas generales, la ley 19.585 de 1998, que reguló la filiación, introdujo un artículo en el Código Civil, que es relevante en materia de procreación asistida, ya que establece que "el padre y la madre del hijo concebido mediante la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida son el hombre y la mujer que se sometieron a ellas". Y agrega que "no podrá impugnarse la filiación determinada de acuerdo a la regla precedente, ni reclamarse una distinta" (artículo 182, C.C.). Normas semejantes existen en diversos países de Latinoamérica.

Más recientemente, en 2006, Chile adoptó la ley 20.120 sobre investigación científica en el ser humano, su genoma humano y prohibición de la clonación humana, que también es aplicable al tema. Según su artículo 1o., la ley tiene por finalidad "proteger la vida de los seres humanos desde el momento de la concepción, su integridad física y psíquica, así como su diversidad e identidad genéticas". En función de este objetivo, la ley prohíbe "la clonación de seres humanos, cualesquiera que sean el fin perseguido y la técnica utilizada" (artículo 5) y la destrucción de embriones humanos para la obtención de células troncales (artículo 6).

3. Uruguay

El Código Civil uruguayo no contiene normas que afirmen de modo inequívoco la personalidad del concebido. Sin embargo, tal principio puede probablemente inferirse del artículo 21, que afirma que "son personas todos los individuos de la especie humana". Por su parte, cabe recordar que la ley 15.737, del 8 de marzo de 1985, que introduce el Pacto de San José de Costa Rica al derecho interno (artículo 15), contiene una innovación importante, al disponer que "para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano" (artículo 1.2).

4. Perú

En Perú también han existido proyectos de ley para regular la procreación asistida, pero hasta el momento ninguno ha sido aprobado. Entre las normas generales que resultan aplicables a la materia cabe recordar:

- a. La Constitución, que dispone que “el concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece” (artículo 2, inciso 1o.).
- b. El Código Civil de 1984, que consagra el mismo principio en su artículo 1o.
- c. El Código de los Niños y Adolescentes (Decreto legislativo 27.337, de 2000), que afirma que “el niño y adolescente tienen derecho a la vida desde el momento de la concepción” (artículo 1o.), y agrega que “el presente Código garantiza la vida del concebido, protegiéndolo de experimentos o manipulaciones genéticas contrarias a su integridad y desarrollo físico o mental”.
- d. El nuevo artículo 324 del Código Penal, introducido en 2001, intitulado sobre “manipulación genética”, sanciona “a toda persona que haga uso de cualquier técnica de manipulación genética con la finalidad de clonar seres humanos”.

5. Brasil

En Brasil tampoco existe ninguna norma con rango legal que regule en forma sistemática la procreación asistida. En lo que se refiere al tema del comienzo de la personalidad, el Código Civil dispone en su artículo 2 que “la personalidad civil de la persona comienza con el nacimiento con vida. Pero la ley pone a salvo, desde la concepción, los derechos del nascituro”. Es decir, se hace una distinción entre los *derechos civiles* (es decir, principalmente de carácter patrimonial), que están subordinados al nacimiento con vida, y los *demás derechos de la persona*, que existen desde la concepción. Curiosamente, la normativa que rige la procreación asistida, y que no tiene rango legal, parece apartarse de este principio. Se trata de la resolución 1358 de 1992, adoptada por el Consejo Federal de Medicina, que es una entidad autárquica con facultades normativas de la práctica médica. La resolución, titulada “Normas éticas para la utilización de las técnicas de reproducción asistida”, está directamente inspirada en la legislación española de 1988, a tal punto que varias de sus normas son literalmente idénticas. Esta semejanza resulta incluso del uso del término “pre-embrión” para referirse al embrión antes de los 14 días desde la fecundación, término que es también empleado por la ley española, y que hoy ya está en desuso, por carecer de base científica. La resolución autoriza tanto las técnicas homólogas como heterólogas, no sólo para parejas, sino también para mujeres solas; también está permitida la selección de

embriones, el congelamiento de los sobrantes y su destrucción luego de un cierto plazo; se desconoce el derecho del hijo a saber la identidad de su padre biológico en el caso de las técnicas heterólogas; se autoriza la maternidad subrogada (vulgarmente denominada “maternidad de alquiler”) cuando es practicada sin fines comerciales, etcétera. Prácticamente, los únicos límites que se fijan a las técnicas, además de la exigencia del consentimiento informado, son:

- a) Que los procedimientos no deben ser empleados para seleccionar el sexo del hijo, salvo cuando se trate de evitar dolencias ligadas al sexo (artículo I, inciso 4).
- b) Que “está prohibido fecundar óvulos humanos con cualquier otro fin que la procreación humana” (artículo I, inciso 5);
- c) Que “el número ideal de ovocitos y preembriones a ser transferidos a la receptora no debe ser superior a cuatro...” (artículo I, inciso 6).
- d) Que en caso de embarazo múltiple, “está prohibido el uso de los procedimientos de reducción embrionaria” (artículo I, inciso 7).
- e) Que la donación de gametos debe ser gratuita (artículo IV, inciso 1).

Al margen de esta resolución, la Ley 8974 de 1995 sobre Organismos Genéticamente Modificados había incluido entre sus normas la prohibición de “la manipulación genética de células germinales humanas” (artículo 13, inciso 1). Esta ley fue derogada por otra adoptada diez años después, el 24 de marzo de 2005 (Ley 11.105, de Bioseguridad). La prohibición de la ingeniería genética en células germinales humanas y embriones se mantiene en el artículo 6, inciso I, de la nueva ley, que también incluye la prohibición de la clonación humana, sin hacer distinción en cuanto al fin de la clonación (inciso II). Pero es sobre todo el artículo 5 el que ha generado la mayor polémica, porque permite el uso de los embriones sobrantes de la fecundación *in vitro*, congelados desde hace más de tres años, para la obtención de células madre. Este es un caso único en Latinoamérica, ya que ningún otro país ha autorizado expresamente la destrucción de embriones para la obtención de células madre. Esta norma ha sido criticada por cuanto estaría en contradicción con el derecho a la vida, incluido en la Constitución y con el reconocimiento de la personalidad desde la concepción que resulta del Código Civil.¹⁷ Justamente por estos motivos, en mayo

¹⁷ Nogueira Lemes, Ana María y Donizete Crepaldi, Joaquim, “A Lei do Biocrime. Lei

de 2005, el procurador general de la República inició ante el Superior Tribunal Federal una acción de inconstitucionalidad del artículo 5 de la ley, que aún no ha sido resuelta.

6. Colombia

El Código Civil dispone en su artículo 91, bajo el título “Protección al que está por nacer”, que “la ley protege la vida del que está por nacer. El juez, en consecuencia, tomará, a petición de cualquiera persona, o de oficio, las providencias que le parezcan convenientes para proteger la existencia del no nacido, siempre que crea que de algún modo peligra”. Por su parte, el Código de la Infancia y la Adolescencia (Ley 1098, de 2006) consagra el principio del interés superior del menor (artículo 8), y dispone que los derechos de éste comienzan con la concepción (artículo 17).

La reforma del Código Penal de 2000 introdujo algunos artículos que tienen vinculación con el tema de la procreación asistida, aunque en mi opinión están redactados de un modo algo confuso, lo cual les resta eficacia. Se prohíben las intervenciones en la línea germinal humana (artículo 132); la clonación humana (artículo 133); la fecundación de óvulos humanos con un fin distinto de la procreación, sin perjuicio de la investigación científica (artículo 134);¹⁸ el comercio con embriones y gametos humanos (*idem*), y la inseminación artificial o transferencia de embriones no consentidas (artículo 187).

7. Costa Rica

Según el Código Civil, el concebido se reputa nacido para todo lo que lo favorezca (artículo 31). Por su parte, el Código de la Niñez y la Adolescencia (Ley 7739, del 6 de enero de 1998), dispone que “la persona menor de edad tiene el derecho a la vida desde el momento mismo de la concepción” (artículo 12). En 1995 se aprobó una normativa específica, el Decreto 24029-S de Regulación de la Procreación Asistida, que sigue, en

nº 11.105/2005”, *Jus Navigandi*, disponible en Internet en: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7243>

¹⁸ La salvedad de la investigación científica neutraliza el valor del principio sentado en la primera parte del artículo ya que, fuera de la finalidad de procreación, no se advierte qué otra finalidad distinta de la científica podría tener la generación de embriones *in vitro*.

general, la línea de algunas de las leyes europeas ya mencionadas, como la alemana o la italiana. Así, por ejemplo, limita el número de embriones que pueden obtenerse en cada tentativa, debiendo transferirse todos a la madre biológica, sin que puedan destruirse o congelarse embriones sobrantes; autoriza las técnicas heterólogas de modo excepcional y en la medida en que se cumplan una serie de requisitos, etcétera. Sin embargo, el 13 de marzo de 2000, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia declaró inconstitucional este Decreto en su voto 2000-02306. El tribunal entendió que la fecundación *in vitro*, autorizada por el decreto, viola el derecho a la vida de los embriones al concebirlos fuera del seno materno y exponerlos a un riesgo desproporcionado de muerte. En síntesis, el tribunal estimó que la técnica de fecundación *in vitro*, al menos en la forma en que se desarrolla en la actualidad, atenta contra la vida humana, y por ello la norma que la autoriza es inconstitucional.

8. México

Tampoco México cuenta con una ley especial en materia de procreación asistida. Entre los principios del derecho de fondo que son aplicables al tema, cabe recordar el artículo 22 del Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal. Esta norma dispone que “la capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte; pero desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la Ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente Código”.

Por su parte, el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal ha incorporado algunos artículos relacionados con el tema. Se prohíben, entre otras prácticas: a) la disposición de gametos humanos con “fines distintos a los autorizados por sus donantes” (artículo 149), aunque curiosamente no se aclaran cuáles serían los fines autorizados por la ley; b) la inseminación artificial o la transferencia de embriones sin consentimiento de la mujer (artículos 150 y 151); c) las intervenciones en la línea germinal humana (artículo 154, inciso 1); d) la fecundación de óvulos humanos con un fin distinto a la procreación humana (artículo 154, inciso 2), y e) la clonación humana (artículo 154, inciso 3).

IV. CONCLUSIÓN

En síntesis, las normas existentes en los países latinoamericanos con relevancia para el tema de la procreación asistida son muy dispersas, y, salvo excepciones, no consisten normalmente más que en ciertos principios generales que se inscriben en el marco del Código Civil, del Código Penal o de la Constitución. A pesar de ello, no es difícil advertir una tendencia clara de protección de la vida humana desde el momento de la concepción y de tutela del interés del menor, que entiendo que no puede ignorarse al momento de elaborar un instrumento regional de bioética.

No me atrevo a sugerir qué normas concretas sobre procreación asistida debería contener tal instrumento. Como lo he afirmado antes, creo que no deberían incluirse en él más que unos pocos principios muy generales, que, sin entrar en conflicto con las técnicas de procreación asistida y reconociendo el principio general de la libertad de la investigación científica, tiendan, ante todo, a afirmar la necesidad de *proteger la vida humana embrionaria y el interés del niño* que resulte concebido a través de las técnicas.

Pero, por otro lado, creo que hay que ser *pragmáticos* al momento de discutir el contenido de tal instrumento. Como siempre, las declaraciones y convenciones internacionales, más allá de todos los debates académicos, son el fruto de un compromiso entre los diversos Estados y entre las opciones políticas que cada uno de ellos toma, que no necesariamente son las mismas. Las normas sobre procreación asistida que puedan incorporarse a un instrumento regional de bioética no serán una excepción en tal sentido. Lo que quiero destacar con esta invitación al pragmatismo es que debe tenerse bien en claro que el derecho no es la ética. El derecho tiene sin duda un fuerte componente ético, pero es un orden distinto al de la ética. Puede decirse que el derecho es de algún modo un *compromiso entre la ética y la política*. Esta afirmación, que se aplica al derecho en general, es especialmente válida tratándose del derecho internacional, cuyos actores principales son los Estados, entidades políticas por antonomasia.

En otras palabras, el derecho, a través de las normas que se dictan en temas biomédicos no pretende darle una *forma jurídica*, es decir, *juridizar*, la ética médica. La misión del derecho es mucho más modesta que la de la ética. El sistema jurídico no tiene como objetivo el perfeccionamiento moral de la persona, sino que sólo aspira a que la coexistencia social se rija por parámetros de justicia. En palabras del jurista alemán

Georg Jellinek, el sistema jurídico se limita a fijar el *minimum ético* necesario para la vida en sociedad, es decir, aquellos principios básicos sin los cuales la vida social resultaría imposible.¹⁹

Ahora bien, si el derecho es *minimum ético*, se podría afirmar que el bioderecho es el *mínimum bioético*. Este minimalismo es bien patente en los instrumentos internacionales sobre temas biomédicos, que no tienen por objeto reflejar todas las normas éticas, sino sólo aquellas que resulten necesarias para asegurar el respeto de los derechos humanos en este ámbito, y ello, hasta donde resulte posible, en función del consenso entre los Estados. Tal minimalismo no debe ser visto como una falencia, sino como la única posibilidad realista de lograr acuerdos internacionales en una materia tan sensible como la relacionada con la bioética.²⁰

En particular, creo que, al momento de elaborar un instrumento interamericano sobre biomedicina, es importante evitar el conflicto que se planteó en Europa entre los países favorables y los contrarios a la Convención de Derechos Humanos y Biomedicina, y que ha dado lugar a que varios de ellos todavía no hayan ratificado o ni siquiera firmado este instrumento. Me refiero, en especial, a la oposición de Alemania a la Convención por el hecho de que ésta no prohíbe expresamente el uso de embriones humanos con fines de investigación (práctica que está prohibida en Alemania, como ya lo he señalado). Creo que la resistencia de Alemania es el resultado de un malentendido sobre la naturaleza y alcance del instrumento europeo. La Convención de Oviedo, como lo será también un eventual instrumento interamericano de bioética, no es más que un documento-marco, que fija los principios mínimos que resultan del consenso entre los Estados, pero que no impide que éstos puedan tener normas más exigentes sobre determinados temas. Desde luego que es preferible que el consenso sea lo más profundo y sustancial posible, para que el instrumento en cuestión no se limite a hacer afirmaciones puramente retóricas y vacías de contenido. Pero, al margen de esta aspiración, es fundamental tener en cuenta que los instrumentos internacionales no deben ser interpretados con el criterio,

¹⁹ Jellinek, Georg, *Die sozialethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe*, Berlin, Häring, 1908, p. 45.

²⁰ Taupitz, Jochen y Schelling, Holger, “Mindeststandards als realistische Möglichkeit. Rechtliche Gesichtspunkte in deutscher und internationaler Perspektive”, en Eser, Albin (dir.), *Biomedizin und Menschenrechte. Die Menschenrechtskonvention des Europarates zur Biomedizin*, Frankfurt, Knecht, 1999, p. 95.

que sí vale a nivel nacional, de que “todo lo que no está prohibido está permitido” (principio de legalidad). Un instrumento internacional puede abstenerse de reprobar ciertas prácticas, sin que ello impida que la legislación nacional pueda hacerlo, si lo considera necesario.

En fin, para terminar: la perspectiva de la elaboración de un instrumento regional de bioética coloca a los países del continente frente a un desafío enorme y complejo. Hago votos para que lo sepan afrontar con inteligencia, con sentido pragmático, pero al mismo tiempo sin ignorar los valores que se consideran esenciales para nuestras sociedades.