

El problema de los embriones «in vitro» y el vacío de derecho

Por MONTSERRAT FIGUERAS PAMIES

Lérida

EL PROBLEMA DE LOS EMBRIONES «IN VITRO» Y EL VACIO DE DERECHO

Nuestro tiempo es época de grandes avances técnicos. La técnica aplicada a la biología o mejor a la biogenética llega ya a la posible manipulación del engendramiento humano. En efecto, desde hace poco todos hemos asistido a la confirmación real de los «embriones “in vitro”», es decir, de la fecundación artificial del óvulo femenino por el espermatozoide masculino fuera del útero materno, y la posterior implantación en la mujer del óvulo fecundado.

Este hecho, que parece tan simple en sí mismo, lleva a la conmoción de los fundamentos éticos, sociales y jurídicos en que hasta ahora se sustentaba, en el campo de la biogenética, la estructura social.

Antes de entrar en el punto de vista filosófico-jurídico cabe esclarecer qué es, jurídicamente hablando, el embrión no transferido y por tanto con sede «in vitro» o extrauteriano. ¿Es un «concepturus» (1) o bien un «nasciturus»? (2). Este embrión aislado «in vitro» o en el laboratorio, y aún no transferido al útero materno no es «nasciturus» y, por tanto, no puede proyectarse sobre el mismo, todo el frente de protección defensa-prejuicios-reservas del cielo ético jurídico, que se ciernen o están vigentes. ¿Entonces es un «concepturus»? La afirmación a la pregunta sería una verdad a medias, ya que si bien no se puede eludir su inserción en la categoría de los «concepturus» tampoco es el no-ser de la procreación natural, sino que el científico se encuentra con un cuerpo aislado que merece un trata-

(1) «Concepturus» es aquel «futuro ser» que aun no ha sido concebido y que carece de relieve para el derecho, salvo algún que otro sector de un derecho especial, como el catalán, cuando habla de «hijos nacederos» o hijos que «habrán de nacer», o que «van a nacer» o «por nacer», verdaderos hijos «concepturi». Ver arts. 88/89 y 252 de la Compilación

(2) Hijo que va a nacer por estar ya concebido.

miento adecuado tanto en la medicina como en el Derecho. Puede hablarse, según algunos, de un «tertium genus» en el sentido de que sin alcanzar la especie del «nasciturus», es más que el «concepturus» de inexistencia jurídica, y concluir en que (con independencia de que según sea su cronología creadora, así será su mayor o menor marginación biológica, siguiendo el propio dictado de la ciencia que lo alumbró), ya sea para el derecho un ente de destino o cosa futura, cuyo devenir esté encauzado hacia su fin normal el de producir la transferencia para iniciar el embarazo o concepción, o en su caso servir para razonables aplicaciones de la genética moderna. Parece que, en definitiva, la misión del derecho en el embrión aislado o extrauterino es conducirlo para que se transforme de «concepturus» cualificado a «nasciturus» o ser en gestión, tutelando este proceso y condenando cuanto lo aparte o conculque (3).

Ahora bien, ante el hecho de la eticidad o no, de la fecundación «in vitro» se pronuncian los médicos (4), también teólogos, profesores de ética e incluso asociaciones feministas emiten su opinión. Pero ¿qué dicen los juristas?

Existen dignas opiniones al respecto (5), pero la mayoría de filó-

(3) Cfr. MARTÍNEZ CALCERRADA, L.: *Derecho a la vida y a la integridad física*, en «Actualidad Civil», núm. 20, semana del 11 al 17 de mayo de 1987, pp. 1252-1254.

(4) Ver Rev. «Tribuna Médica» año XII, núm. 1070, de 22 de febrero de 1981, «Ethical Considerations of the new reproductive Technologies» by Ethics Committee of the American Fertility Society, Birmingham, Alabama (USA), sept. 1986, vol. 46, núm. 3. MUNTANÉ M. D.: *Fecundación artificial: entre la ciencia y el Derecho*, en tema a Debate en la rev. «El Médico» —sept. 1985 (1-7 de mayo), núm. 136, pp. 43 y ss.). VERGES, A., y otros: *Ética de la fecundación «in vitro»*, en rev. «Acta Ginecológica», vol. XLII (1985), pp. 476-481). VERGES, A.: *Reproducción, Iglesia y Sociedad real*, en «El Periódico de Catalunya», año 1987, número 2847, de viernes 13 de marzo, p. 10. DOCUMENT SANOFI: *Fecundación «in vitro»*, en rev. «L. Homme Futur», núm. 1, pp. 17 y ss. SOPEÑA QUESADA, A.: *El «boom» de la fertilización «in vitro»*, en «Anuario de Noticias Médicas», p. 195. COHEN, J.: *Aspectos Étiques de la fecondation «in vitro»*, en *Les conceptions induites*, de A. AUDEBERT y M. BOURGEOIS; J. C. EMPERAIRE, y J. M. MEUNIER: «Fondazione per gli studi sulla riproduzione umana» (Palermo, 1985), pp. 39 y ss. HOWARD, W.; JONES, Jr. M. D.: *The Ethics «in vitro»/fertilization*, 1982, de Editor's Corner, vol. 37, núm. 7, february 1982 (USA), pp. 146-149). HERRANZ, G.: *Polémica de la fecundación «in vitro». Tormenta en un tubo de ensayo*, en «Informe Médico» núm. 85, abril 1985. BAILO, F.: *El Dr. Herranz y la fecundación «in vitro»*, «La Vanguardia de Barcelona», de 23 de marzo de 1985; GLEICHER, N.: *The fetus is a graft both biologically and legally*, en Editor's Corner, vol. 42, december 1984 (USA), pp. 825 y ss. WILLIAMS, A.: *Medical Ethics*, en «Nuffield/York», portafolios vol. 302, núm. 12, entre otras publicaciones al respecto.

(5) Ver CAMPUZANO TOMÉ, H.; CARBAJO GONZÁLEZ, J, y GONZÁLEZ GONZÁLEZ, A.: *Aspectos jurídicos de las nuevas técnicas de fecundación*, en «Actualidad Civil», núm. 6, semana 7-14, diciembre de 1985, pp. 289-306. DOMINIQUE TOUVENIN: *Las reglas Ético-juridiques, une nouvelle categoria de règles?*, en «Gestions Hospitalaires» núm. 241, decembre 1984, pp. 787-790. MARTÍNEZ CALCERRADA, L.: *La inseminación artificial y el derecho*, en «Tribuna Abierta», de «ABC.», lunes 14-I-1985, entre otros. Así como también es preciso citar aparte las investigaciones y docencia del Instituto Borja de Bioética, C/ Llasseres, 30, de Sant Cugat del Vallés (Barcelona), que investiga, enseña y divulga las cuestiones fronterizas ante las ciencias médico-biológicas y la ética.

sofos del Derecho españoles, creo, permanecen silenciosos a la hora de dar soluciones concretas. Parece como si el hablar de ello fuera ya la confirmación de un cambio de estructuras o el comienzo del mismo y que «el tirar de la cuerda» acarrearía un verdadero peligro. Puede que así sea, pero ante una situación real es imposible permanecer demasiado tiempo así. Existe tal «vacío de derecho» en las legislaciones de los países europeos que sólo en Suecia e Inglaterra se han legislado algunos aspectos de los nuevos métodos de investigación, además de las Recomendaciones del Consejo de Europa (6), que de una manera prudente y genérica tocan el tema, sin crear precedente jurídico valioso para casos más concretos (7). A nosotros, sin tratar de ser originales, se nos ocurren varios supuestos relativos al tema, y posibles de transformarse en derecho, y cuyo denominador común

(6) Concretamente, la más explícita es la 1046, que invita a los gobiernos a cuestionarse el objeto de los rumores concernientes al comercio de embriones y de fetos muertos, a limitar su utilización a fines estrictamente terapéuticos, a prohibir la creación de embriones humanos con el solo fin de la investigación de su vida y de su muerte, a prohibir la creación de seres humanos idénticos, la fusión de embriones, la ectogénesis, la elección del sexo por manipulación genética, la investigación sobre embriones humanos viables, el mantenimiento de embriones «in vitro», más allá del decimocuarto día después de su fecundación. También les invita a elaborar una Convención europea en este terreno y a encargar a sus comisiones competentes a *preparar dictamen sobre la utilización de embriones y de fetos humanos para fines de investigación científica, teniendo en cuenta la libertad del individuo y el respeto de la dignidad humana* (XXXVIII Session ordinaire de la Assamblee Parlementaire, 1986).

Aparte de ello, el art. 3 de la Declaración de Derechos Humanos de Ginebra, en el que se recoge el derecho fundamental de la persona a la vida: «Toda persona tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona».

(7) Fue también muy interesante al respecto el Debate presentado en el primer canal de Televisión Española el día 9 de abril de 1987 (22,30 horas), dirigido por Victoria Prego, periodista y licenciada en Derecho sobre el tema «Biogenética y ética», en el que participaron eminentes figuras del campo de la medicina y de la ética, como el Dr. Alfonso Vergés, prestigioso ginecólogo de Barcelona, que ha realizado ya varias fecundaciones «in vitro» con la posterior implantación en el útero de la madre; el Dr. Javier Gafo, catedrático de Etica; el Dr. Egozque, cuyos estudios y progresos en el campo de la biogenética son conocidos por todos; el Dr. Palacios; monseñor Yanes, en representación de la postura de la Iglesia católica, y la Sra. Taboada, representante de un grupo feminista a nivel internacional. De lo que allí se dedujo nos interesa, aparte de las posturas a favor o en contra del hecho y aparte también de la información científica que se dio sobre el concepto de embrión, según el cual, no es tal, el óvulo fecundado en una primera fase llamado «cigoto» hasta los catorce días de su fecundación (ya sea natural o artificial) y el de que dichos «cigotos» aún no están humanizados individualmente, sino que poseen incertidumbre genética que pueden dar lugar o no a otros individuos. Aparte de todo ello, decimos, lo que sí nos interesa reseñar aquí fue el acuerdo *unánime* de los participantes (veremos luego lo que nosotros pensamos de «justicia» y «consenso pasivo» en relación con la ética) de que debe respetarse una «ética civil» que en cada momento determinado dicta al individuo su actuación correcta. También sobre el concepto de «ética civil» ver las opiniones del Dr. Vidal García, catedrático de Teología, y del Dr. Higuera Udías, catedrático de Etica, en el Diario de Sesiones del Congreso de Diputados de la sesión celebrada el miércoles día 27 de noviembre de 1985 por la Comisión especial de estudio de la «fecundación “in vitro”» y la inseminación artificial humanas, año 1985, II, Legislatura núm. 376. Y también ver el llamado «Informe Warnock», que fue dado para asesorar al Gobierno británico sobre el tema en julio de 1984.

sería la imposibilidad de fecundación tanto natural como por inseminación artificial directa (es decir, sin aislar el embrión «in vitro»):

— En el primer supuesto se podrían incluir todos los casos ya existentes en la realidad social de parejas que, por el deseo de tener hijos propios, recurren a la introducción artificial del óvulo fecundado en la misma mujer a la que pertenece dicho óvulo.

— El segundo supuesto es el de la fecundación de óvulo y espermatozoide de una misma pareja, pero implantados en el útero de otra mujer (recordemos el caso de «madre alquilada», aunque no siempre necesariamente dicha madre sea alquilada).

— El tercero sería el de la implantación en mujer no aparejada de un óvulo suyo fecundado por un padre desconocido.

— El cuarto supuesto, el de una mujer, o un hombre, por separado o conjuntamente que «alquilen» o pidan a otra mujer para que efectúe la gestación de un óvulo de mujer desconocido fecundado por espermatozoide de hombre desconocido («Banco de embriones congelados», junto con el hecho de alquiler o petición de madre ajena).

Ante ello debemos preguntarnos cuál debería ser el enfoque jurídico de estos supuestos en la legislación española.

La Constitución, en su artículo 15, dice que «todos tienen derecho a la vida» (8).

Bajo este lema tan amplio parece que ante el deseo de «crear vida» debieran de permitirse o regularse los cuatro supuestos antes citados.

Ahora bien, debemos partir de una definición de derecho y de un concepto de justicia, relacionado con la llamada «ética civil» (9) que informe el derecho antes de plantearnos la «lege ferenda» dentro del marco de la Constitución.

Veamos. Para nosotros derecho es el imperativo emitido o permitido por el Estado que tiene en sí mismo implícita la coercibilidad, que tiene su raíz en lo social y que se mueve dentro de los parámetros considerados éticos en la comunidad en donde tiene su raíz (10).

Y referente al tema mucho más amplio y difuso de la justicia en relación con la ética y el derecho, opinamos que quizá sea lo mejor pensar que la justicia informa al derecho, en cuanto este derecho regula la relación entre dos o más personas, ya que no podemos, a nuestro entender, dar una definición dogmática de la justicia, sino mejor partir de la «puesta en práctica de lo que es justo» que en cada situación concreta necesita la opinión de la mayoría, entendiéndose dicha opinión mayoritaria como consenso pasivo.

A nuestro modo de ver es entonces cuando la opinión de la que

(8) Art. 15 de la Constitución Española de 1978: «Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o malos tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra.

podríamos dar en llamar «minoría disidente» se anularía en virtud de un «principio de irracionalidad» que se puede identificar en el «riesgo» de cualquier decisión humana. Se nos puede objetar que esta llamada «puesta en práctica de la justicia» o «justicia material» también induce a errores, cuando la situación se convierte en minoritaria y concreta, es decir, sin el consenso pasivo y a veces incluso con él. De lo dicho podría deducirse un nihilismo respecto a la justicia o mejor respecto a su puesta en práctica.

Pero junto a la *imposibilidad de una negación interna de lo justo, por la misma demostración del «sentimiento justicia» que no por empírica es menos real, es preciso llegar a un «acuerdo» respecto a los mecanismos de su puesta en práctica, aun a riesgo de errores, mientras no descubramos lo que podríamos dar en llamar «piedra filosofal» respecto al valor justicia. Pero al final observamos que sólo en el ámbito interno admitiremos que es justo lo que está bajo la norma «no dañar a los demás» que lleva implícito el «no dañarse a sí mismo», y junto a ello la citada materialización de la justicia bajo el criterio de la opinión mayoritaria como consenso pasivo (11).*

Ahora bien, ¿cómo aplicaríamos dichos conceptos a los supuestos anteriormente dichos sobre los «embriones “in vitro”»?

Si admitimos que el derecho tiene su raíz en lo social y que se convierten en derecho algunos de los usos sociales ya existentes (12), observamos que la legislación directa debería hacerse ante los dos primeros supuestos que ya se han dado en la sociedad; el primero de parejas cuyo óvulo de la mujer fue fecundado «in vitro», también en España. El segundo de «madre alquilada» con el famoso bebé «Baby M» que se ha dado, como es sabido, en el estado de California, en EE. UU., y que podría darse perfectamente en cualquier país europeo (13).

Y también en los dos últimos supuestos deberían darse leyes orien-

(9) Según Vidal García (ya citado en nota núm. 7) y catedrático de Teología Moral, «Ética civil» es el mínimo ético convergente de una sociedad pluralista y democrática que busca un apoyo valorativo, un apoyo ético para configurar la vida social. Ver Diario de Sesiones del Congreso de Diputados de 27 de nov. de 1985, núm. 376, página 11479.

(10) El subrayado es nuestro, ya que, como exponemos en nuestra docencia, nos movemos en una corriente que se puede considerar de positivismo sociológico con matices axiológicos.

(11) El subrayado también es nuestro. Esta reflexión sobre la justicia fue la conclusión final a la comunicación presentada a las VII Jornadas de Filosofía del Derecho, celebradas en Palma de Mallorca en diciembre de 1984, y que llevaba por título «Breves apuntes sobre el concepto justicia», y en la que se revisaban distintas posturas referentes a la justicia a través de la historia, hasta nuestros días, concluyendo con el tema de la justicia material.

(12) Recordemos que el derecho es también un sector juridizado de los usos sociales.

(13) En efecto, el Juez de California, ante la disyuntiva de la «paternidad legal» de «Baby M.» entre «madre alquilada» por pareja imposibilitada de desarrollar la mujer un embarazo normal, dio dicha paternidad legal a los propios padre y madre que «prestaron» respectivos espermatozoide y óvulo para la fecundación «in vitro» del embrión y posterior implantación del embrión en otra mujer.

tativas, ante la posible inminencia de los mismos, dentro de la sociedad.

Y si aceptamos que el derecho debe seguir las líneas éticas comunes de la comunidad en donde se forma y si la justicia de estos valores éticos vienen informados por la opinión de la mayoría como consenso pasivo sobre lo que es justo o injusto y si en la aceptación interna de esta eticidad lo imponemos bajo el principio de «no dañar a los demás y no dañarse a sí mismos», nosotros pensamos que la opinión mayoritaria parece ser la permisibilidad de los mismos, ya que en el primer supuesto se favorece tanto al individuo como a la pareja ante la imposibilidad de tener hijos de manera natural, ya que de alguna manera se ayuda a las personas ante el humanísimo derecho y deseo de tener hijos propios.

Ante el segundo supuesto, quizá ya no tan claro, nosotros pensamos igual que el Juez de California que dio el hijo a la pareja que «alquiló» a la madre para que gestara «su» embrión fecundado «in vitro». En este caso el Juez realmente «creó derecho». Sentó el primer precedente en la historia sobre dicha materia.

Pero si se crea una ley regulando dichos casos las presuntas madres que aceptaran dicho alquiler sabrían a qué atenerse; ahora bien, el prohibirlo de forma radical me parece cerrar los ojos a la evolución de la época en que nos ha tocado vivir.

Sobre el tercer supuesto de fecundación en mujer no aparejada, de un óvulo suyo fecundado por padre desconocido, parece también en principio posible su aceptación, debido a que puede darse la necesidad de tener hijos propios, pero puede no haberse encontrado en la vida, la pareja idónea con quien tenerlos. Entonces ello conllevaría una revisión del derecho de familia en derecho civil, sobre herencia, etc. (14).

Y, por último, el cuarto supuesto: el de una mujer o hombre que por separado o conjuntamente «alquilen» a otra mujer para que efectúe la gestación de un óvulo de mujer desconocida fecundado por espermatozoide de hombre desconocido, ya plantea más problemas debido a que si bien en principio podría ser válido ante la esterilidad total del presunto «padre» o «madre», crea una cantidad de conflictos, sobre todo ante los posibles «bancos de embriones congelados» y el futuro de estos embriones «restantes», es decir, no desarrollados en el seno de mujer. Y de allí también puede llevarnos (15), a través del avance técnico, a la total fecundación y parto «in vitro» de un ser, con lo cual la revisión legal sería más complicada aún, a la vez que el concepto de «familia» tradicional desaparecería, planteando un sistema social con otras bases.

(14) Claro que la revisión de las leyes civiles se daría a la larga en todos los supuestos que se examinan y en otros que puedan surgir.

(15) Aunque a riesgo de que parezca que caemos en la ciencia-ficción del «Mundo Feliz», de Huxley, pero cuya realidad en parte, si no próxima, puede ser factible.

A pesar de todo ello creemos que no debemos cerrarnos de manera absoluta. Sabemos que todos los hechos revolucionarios que han cambiado la historia, al final la humanidad los asume y los transforma por medio del derecho.

Creo que debemos dejar este «riesgo de irracionalidad» o de disconformidad «de la minoría disidente» respecto a lo justo o injusto, que actúe como contrapeso de grandes cambios bruscos, pero no cerramos la mente a todas las posibles soluciones a las situaciones que sucesivamente se planteen, a través del avance de este maravilloso mundo de la biogenética, siempre teniendo en cuenta el derecho humano tan fundamental de la dignidad personal del ser humano (16), tanto de posibles progenitores como de los seres que puedan nacer en dichas circunstancias.

(16) Respecto a los derechos humanos fundamentales es interesante la postura de Eusebio Fernández, próxima a la de Antonio E. Pérez-Luño y Gregorio Peces-Barba en lo relativo a la *fundamentación ética de los derechos humanos* cuando al preguntarse a qué tipos de valor nos referimos cuando hablamos de derechos humanos fundamentales, nos referimos a los valores relativos a la *dignidad* humana, como valores de seguridad, libertad e igualdad, y cuando dice que para la justificación racional de los mismos precisa de tres requisitos:

1.º Partir de una *constatación mínima* o suposición de que los D.H. son «algo» (ideales, exigencias, derechos) que consideramos deseable para el desarrollo de la vida humana (semejante dicha opinión a la de Hart con su idea del «contenido mínimo de derecho natural»).

2.º Respecto al fundamento de los D.H. sería la justificación de valores últimos que deseamos como objetivos, la evaluación y elección de los cuales pueden ser decisiones racionales aptas de ser justificadas y que a la hora de fijar un criterio para la verificación de sistemas éticos se pondrá en primer plano la *satisfacción de las necesidades humanas, el cumplimiento de los deseos humanos, la eliminación del sufrimiento humano innecesario y la armonización de las aspiraciones humanas intrasubjetivas o intersubjetivas*, hechos todos ellos controlables sobre la base de experiencias humanas.

3.º Que analizar el fundamento ético de los D.H. es plantear también la posibilidad de la racionalidad y universalidad de este fundamento, y el hablar de D.H. es hablar de «derechos morales» que pueden *ser justificados racionalmente* y ser aptos para el consenso (ver FERNÁNDEZ, E.: *Teoría de la justicia y derechos humanos*, «Colección Universitaria», Ed. Debate, Madrid, 1984, pp. 104 y ss.).

