

STATUS JURÍDICO DEL PREEMBRIÓN EN LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA

Mariana Dobernig Gago

SUMARIO: 1. La Necesidad de Definir el Derecho a la Vida. 2. Concepto de Preembrión y Embrión. 3. Status Jurídico del Preembrión y Embrión. 4. Derecho Comparado. 5. Técnicas de Reproducción Asistida. 6. Experimentación e Investigación con Preembriones. 7. La Donación de Preembriones. 8. La Destrucción de los Preembriones. 9. Conclusiones

A través de la historia, la reproducción en los seres humanos ha sido un proceso inmutable y repetido.

Los avances científicos en el campo de la reproducción humana han cambiado conceptos tan ambiguos como el mismo hombre, tales como paternidad y maternidad, por lo que han afectado prácticamente a la totalidad de las llamadas relaciones familiares.

Las técnicas de reproducción asistida necesitan una regulación que no tienda a limitarlas sino a garantizar el uso adecuado de ellas.

1. La Necesidad de Definir el Derecho a la Vida

En la actualidad, el derecho a la vida no se encuentra totalmente protegido como pudo ocurrir hace algún tiempo debido a los numerosos problemas que existen en la actualidad.

Los problemas más importantes a los que se presenta el derecho a la vida, son con relación al comienzo y al final de la misma.

La defensa del derecho a la vida ha sido absoluto hasta que la biología y la medicina comenzaron a "manipular el comienzo y el fin natural de la vida humana por medios artificiales".¹ A partir de ese momento se ve la necesidad de crear un estatuto jurí-

¹ Kaufmann, A., *Avances de la Medicina y Derecho Penal*, citado por Gómez Sánchez, Yolanda, *El Derecho a la reproducción humana*, Servicio publicaciones Facultad Derecho, Universidad Complutense de Madrid, Marcial Pons, Madrid, 1994, p. 32.

dico de la vida humana, en el cual se tutelen realmente los derechos del ser por nacer. Sobre este aspecto la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, viendo la necesidad de definir este estatuto jurídico otorgó la siguiente recomendación: "...considerando que desde la fecundación del óvulo la vida humana se desarrolla de manera continua, si bien no se puede hacer distinción en el curso de las primeras fases (embrionarias) de su desarrollo, y que una definición del estatuto biológico del embrión aparece, pues, como necesaria".²

Para comprender la importancia del preembrión y del embrión, debemos intentar definir el derecho a la vida, por lo que podemos decir que es el "derecho a la propia existencia físico-biológica del ser humano",³ es decir, es el derecho del que cada uno de los seres humanos es titular, por lo que no importa la capacidad o la viabilidad de ese individuo para ser poseedor del derecho.

En conclusión, el objeto sobre el que recae el derecho a la vida es a su preservación desde el comienzo de la misma hasta su terminación.

Sin embargo, hay autores que afirman que "en sentido estricto no existe un derecho a la vida, sino que debe hablarse de derecho sobre la vida, pero no derecho a la vida, por que antes de vivir no existe en el hombre derecho ninguno, por la sencilla razón de que sin la vida no hay hombre".⁴

Por lo que la relevancia del derecho a la vida es que en él recaen todos los demás derechos, es el soporte y la condición necesaria que va a permitir a cada individuo ejercitar y desarrollar sus facultades personales, su desenvolvimiento existencial, aspiraciones y metas, en suma, su destino individual y social.⁵

Constitucionalmente el artículo 14 en su segundo párrafo, establece el derecho a la vida, al señalar que nadie podrá ser privado de la vida..., sin embargo habría de cuestionarse si este apartado abarca al preembrión y más aún si protege al preembrión *in vitro*.

Desde el punto de vista del derecho comparado, algunos Tribunales Constitucionales como ha sido el caso de España (11 abril 1985), Portugal (25 febrero 1975), República Federal Alemana (25 febrero 1975), Italia (18 febrero 1975), se han pronunciado en forma similar reconociendo el derecho a la vida del embrión como valor merecedor de protección.

2 Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, Recomendación 1046/1986.

3 Romeo Casabona, Carlos María, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 1994, p. 25.

4 Pérez Bueno citado por Romeo Casabona, Carlos María, *idem*, p. 27.

5 Romeo Casabona, *op. cit.* p. 27.

Como por ejemplo el Tribunal Constitucional de la República Federal Alemana en la sentencia del 25 de febrero de 1975, estimó que la vida del feto debe gozar también de la protección que la Ley Fundamental reconoce a la vida humana en general y a la integridad corporal, incluso la titularidad del respeto a la dignidad humana, por tal motivo el estado está obligado a proteger la vida del feto durante el proceso del embarazo, aunque ello suponga un enfrentamiento con la madre y su derecho a la autodeterminación, concluyendo con que la solución de los plazos era contraria a tales principios constitucionales.⁶

Por lo expuesto no queda más que concluir que el derecho a la vida del preembrión *in vitro* no está protegido de forma adecuada por nuestro Ordenamiento Jurídico.

2. Concepto de Preembrión y Embrión

El preembrión es el resultado de la fecundación de un óvulo con un espermatozoide hasta el sexto día, momento en el cual se transplanta al útero de la mujer para comenzar su anidación, esta etapa dura hasta el décimo segundo día en que culmina su anidación. A partir de ese momento podemos hablar de embrión, ya que se ha incrementado la organogénesis o formación de los órganos humanos y ha aparecido la corteza cerebral, esta etapa tiene una duración de unos dos meses y medio. El Tribunal Constitucional de la República Federal Alemana, en la sentencia arriba señalada establece que según los conocimientos fisiológicos y biológicos la vida humana existe desde el 14 día que sigue a la fecundación. Igualmente el Tribunal Constitucional Español, en sentencia del 11 de abril de 1985, estableció que la vida humana es un devenir, un proceso que comienza con la gestación, en el curso de la cual una realidad biológica va tomando corpórea y sensitivamente configuración humana que terminan con la muerte.

3. Status Jurídico del Preembrión y Embrión

Los menores de edad son reconocidos como sujetos indefensos a los que se les debe proteger a través de nuestro ordenamiento jurídico, sin embargo más indefenso es aún el ser que no ha nacido.

Desde el punto de vista jurídico, México no cuenta con una legislación especial, por lo que plantea una laguna legal que hay que cubrir.

Pero lo que es cierto es que el feto en los últimos estadios de su desarrollo se encuentra protegido en todos los Ordenamientos Jurídicos, tanto civiles como penales, sin embargo en la primera etapa de su desarrollo se le niega incluso el derecho a la vida.

6 V. Karl Heinz Gösel, *La reforma del delito de aborto en Alemania*, citado por Romeo Casabona, op. cit. p. 84.

4. Derecho Comparado

Desde el punto de vista del derecho internacional también es difícil defender el derecho a la vida del preembrión y embrión, ya que solamente se reconoce el derecho a la vida de los seres ya nacidos.

En la Declaración Universal de Derechos Humanos recogida en treinta artículos, se comienza en veinticuatro ocasiones con la expresión de "toda persona", "todo individuo", "todo ser humano", "los hombres y las mujeres", etc., por lo que se entiende que sólo son titulares de derechos humanos los seres ya nacidos.

En relación con el derecho a la vida el artículo tercero señala: "Todo individuo tiene derecho a la vida".

Sin embargo, es evidente que si de algo carece el preembrión es de individualidad, ya que no cuenta con las características de unidad (ser uno solo) y unicidad o irrepitibilidad (ser único e irrepitible).

En el mismo sentido el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo sexto dice: "El derecho a la vida es inherente a la persona humana". Y el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales señala "El derecho de toda persona a la vida está protegido por la ley". Sobre el alcance del término "persona", la Comisión Europea de Derechos Humanos en su decisión del 13 de mayo de 1980, puso de manifiesto que la expresión "everyone", o "toute personne" de los textos originales, se refiere a las personas ya nacidas. Con relación al derecho a la vida se limitó a excluir la interpretación de que el embrión pudiera tener un derecho a la vida de carácter absoluto.

Sin embargo, en la Convención Americana de Derechos del Hombre, en su artículo cuarto, señala "el derecho al respeto a la vida debe ser protegido por la ley y, en general, a partir de la concepción". Así también, la Convención sobre los Derechos del Niño en su preámbulo menciona que el niño en razón de su falta de madurez física e intelectual tiene necesidad de protección jurídica, tanto antes como después del nacimiento.

5. Técnicas de Reproducción Asistida

Debido al incremento de la infertilidad en las parejas, las técnicas de reproducción asistida han sido la solución para poder engendrar un hijo que por un medio natural había sido hasta el momento imposible.

La fecundación *in Vitro* es uno de los tratamientos de mayor efectividad en problemas de fertilidad, la técnica requiere que la mujer sea sometida a una estimulación

ovárica para conseguir varios óvulos que fecundar y así tratar de asegurar el éxito del tratamiento. Pero el problema comienza cuando son varios los óvulos que se fecundan y posteriormente sólo algunos de ellos (3 o 4) serán transplantados al útero de la mujer, y ahí viene la interrogante, ¿qué sucede con los sobrantes? Una de las alternativas es la crioconservación de los mismos para ser utilizados en un tratamiento posterior por la misma pareja. Otra alternativa es donarlos a una pareja estéril. También es posible darlos para experimentación e investigación. Por último puede ser que sean destruidos.

Sin embargo, estas alternativas igualmente traen consigo innumerables consecuencias, como son que la pareja que dejó en crioconservación estos óvulos fecundados se separe, se divorcie o fallezca uno o ambos, entonces surge nuevamente la interrogante, ¿quién decidirá el destino de estos preembriones? El Comité de Victoria, Australia, en 1984 emitió unas recomendaciones referentes a la utilización de embriones producidos mediante fecundación *in vitro*, en las que se señala que la pareja de la que procede el embrión que se mantiene congelado no podrá venderle o disponer de forma arbitraria de él, aunque previo consentimiento e indicación expresa, decidirá el destino del embrión en caso de fallecimiento o de divorcio. Decidirán igualmente si desean mantenerlo congelado durante largo tiempo, renovando su consentimiento cada cinco años. Si no indicaron en forma expresa el destino del embrión y fallecieron, el embrión no se mantendrá congelado.⁷

Por lo que es urgente una legislación que proteja a estos seres indefensos. Se debe de establecer como mínimo ciertas reglas como las siguientes:

En primer lugar se debe reglamentar que la creación de embriones debe ser únicamente con fines de procreación. Así se ha proclamado la Ley 35/1988, sobre Técnicas de Reproducción Asistida Española, en su artículo tercero el cual dice: "Se prohíbe la fecundación de óvulos humanos, con cualquier fin distinto de la procreación humana". La Ley Alemana de protección del embrión del 1 de enero de 1991 castiga con una pena de privación de la libertad de hasta tres años la fecundación artificial de un óvulo para otro fin que no sea el embarazo de la mujer de la que procede el citado óvulo.

En segundo lugar se deben fecundar únicamente los óvulos que se vayan a implantar en la mujer, desgraciadamente la crioconservación de óvulos todavía no es una alternativa segura, sin embargo es mejor desechar un gameto (óvulo/espermatozoide) que un óvulo ya fecundado, la citada Ley Alemana también señala como delito la fecundación de más de tres óvulos mediante el procedimiento de transferencia de

7 Vega Gutiérrez, Ma. Luisa, *et al*, *Reproducción Asistida en la Comunidad Europea*, Legislación y aspectos bioéticos, Universidad de Valladolid, España, 1993, p. 178.

gametos dentro del mismo ciclo, así como la implantación de más de tres embriones en un mismo ciclo.

En conclusión, la fecundación de óvulos debe ser con la única finalidad de la reproducción y se deben fecundar únicamente los óvulos que vayan a ser implantados en la mujer y que médicamente el ideal es de tres a cuatro.

6. Experimentación e Investigación con Preembriones

La Comisión de investigación sobre fecundación y embriología humana (Comisión Warnock de julio de 1984) del Reino Unido admite la experimentación con embriones antes de los catorce días de su fecundación, considerándose delito si se realiza después.

La ley 35/1988 Española autoriza la investigación o experimentación en preembriones *in vitro*, vivos y viables, en los siguientes casos:⁸

a) Si se trata de una investigación de carácter diagnóstico y con fines terapéuticos o preventivos.

b) Si no se modifica el patrimonio genético no patológico.

En el caso de preembriones no viables, se autoriza la investigación con otros fines que no sean los de comprobación de su viabilidad o diagnóstico siempre y cuando se demuestre científicamente que no se puede realizar en el modelo animal y se debe hacer en base a un proyecto debidamente autorizado por las autoridades sanitarias y científicas competentes y únicamente en los plazos autorizados.

Se permite la utilización de preembriones humanos no viables con fines farmacéuticos, diagnósticos o terapéuticos, previamente autorizados. Así mismo, se autoriza el uso de preembriones muertos con fines científicos, diagnósticos o terapéuticos.

Sin embargo, el problema principal consiste en determinar cuándo el preembrión o embrión es considerado viable o no. En general, los preembriones sólo se consideraban viables y susceptibles de implantación cuando por lo menos la mitad de sus blastómeros son normales, pero parece ser que hoy día se puede obtener éxito en peores condiciones. Entre los embriones no viables o muertos se incluyen los preembriones abortados.⁹

8 Gómez Sánchez Yolanda, *El Derecho a la Reproducción humana*, Universidad Complutense de Madrid, Marcial Pons Editor, Madrid, 1994, p. 193.

9 Carcaba Fernández, María, *Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humana*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1995, p. 161.

En México la Ley General de Salud en su Título Quinto se dedica a la Investigación para la Salud, en el cual en su artículo cien señala las bases sobre las cuales se debe desarrollar una investigación en Seres Humanos por lo que a falta de regulación expresa por analogía se podría tomar ésta para la investigación en preembriones.

En cuanto a la utilización de células, tejido u órganos del preembrión o embrión la Ley 42/88, de Donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos española permite la tecnología genética para la consecución de los fines y en los supuestos siguientes:¹⁰

a) Con fines diagnósticos, es decir el diagnóstico prenatal de enfermedades genéticas hereditarias, para evitar su transmisión o curarlas.

b) Con fines industriales de carácter preventivo, diagnóstico o terapéutico, como es la fabricación, por clonación molecular o de genes, de sustancias o productos de uso sanitario o clínico en cantidades suficientes y sin riesgo biológico, cuando no sea conveniente por otros medios, como hormonas, proteínas de sangre, controladores de la respuesta inmunitaria, antivíricos, antibacterianos, anticancerígenos o vacunas sin riesgos inmunitarios o infecciosos.

c) Con fines terapéuticos, principalmente para seleccionar el sexo en caso de enfermedades ligadas a los cromosomas sexuales, evitando la transmisión de enfermedades hereditarias.

d) Con fines de investigación y estudio del ADN del genoma humano, su localización, sus funciones y su patología.

En México el Reglamento de la Ley General de Salud en materia de control sanitario de la disposición de órganos, tejidos y cadáveres en seres humanos supliría la ausencia de ley específica.

7. La Donación de Preembriones

La donación es la solución que menos problemas éticos plantea en el caso de que se realice a favor de una mujer o pareja estéril, porque en este caso de alguna manera se está salvaguardando la potencial vida humana de ese ser vivo que es el preembrión. Pero ésta no es la solución ideal por dos motivos:

a) Porque tal donación no soluciona al 100% los problemas de los embriones sobrantes, pues puede ocurrir que no todos encuentran destinatario.

10 Higuera Guimera, Juan Felipe, *El Derecho Penal y la Genética*, Estudios Trivium, España, 1995, p. 83.

b) Porque la donación normalmente no se hace a favor de una pareja, sino que se hace de forma anónima a favor de un Centro autorizado, que será quien adquiera entonces la facultad de disposición sobre el preembrión, en orden a implantarlo en otra pareja o a destinarlo a otros fines autorizados.¹¹

La Comisión Warnock permite la donación de embriones, aunque sólo se podrá llevar a cabo con licencia de la autoridad competente y con respeto absoluto del anonimato del donante. La ley inglesa sobre Fertilización Humana y Embriológica de 1990 señala que en caso de donación de embriones previo consentimiento de la pareja, el marido o compañero de la mujer receptora será tratado en la ley como padre del niño que nazca, y los donantes no tendrán derechos ni obligaciones con el niño.

La Ley 35/1988 Española en su artículo quinto señala que la donación de gametos y preembriones se podrá realizar para los fines autorizados por la misma ley y será de carácter gratuito, formal y secreto realizado entre el donante y el centro autorizado.

8. La Destrucción de los Preembriones

El informe Warnock propone que los preembriones sean crioconservados por un período máximo de cinco años, por lo que después de esa fecha el Centro de Almacenamiento podrá proceder a la destrucción de los mismos. El Comité de Victoria, Australia antes mencionado señala que en caso de fallecimiento de una pareja que tengan embriones congelados y éstos no hayan dispuesto el destino de los mismos se procederá a la descongelación.

La Ley Española 35/1988 señala que los preembriones sobrantes de una fecundación *in vitro* se crioconservarán en Bancos autorizados por un tiempo máximo de cinco años, y una vez transcurridos dos años de crioconservación quedan a disposición de los Bancos correspondientes. Sin embargo la ley no indica cuál será el destino de estos embriones transcurridos los cinco años, por lo que ¿se destruirán?

9. Conclusiones

a) Como hemos analizado la Legislación Mexicana vigente no cuenta con la protección adecuada al preembrión *in vitro*. El Código Civil vigente en su artículo 22 protege al *nasciturus* desde el momento de la concepción, entendiéndose que se refiere al embrión implantado en el vientre de la madre y no fuera de ella.

b) Las técnicas de reproducción asistida facilitan el proceso de reproducción a las parejas infértiles, sin embargo se debe cuidar un uso adecuado de las mismas, evitan-

11 Carcaba Fernández, María, op. cit. pp. 158-159.

do que se fecunden más óvulos de los que se le van a implantar a la mujer, para evitar los preembriones sobrantes.

c) Las parejas que recurran a una fecundación artificial y que implique la extracción de óvulos para su fecundación deben responsabilizarse por los mismos, si se diera el caso de que llegaran a sobrar (que no es lo idóneo) deben estipular en caso de discrepancia el destino de los mismos que debe ser la implantación posterior o la donación a una pareja estéril.

d) En cuanto a la experimentación e investigación con preembriones se debe prohibir aún en los primeros catorce días de su desarrollo, ya que atenta contra su dignidad humana, únicamente deben ser autorizadas las intervenciones con fines diagnósticos y terapéuticos cuando la finalidad sea el bienestar del propio preembrión. Sin embargo en los casos de preembriones muertos se debe permitir la realización de investigaciones y experimentaciones que no puedan ser realizadas en el modelo animal para el avance de la ciencia.

e) México debe comenzar una reforma global sobre su legislación tanto a nivel Civil, Penal como en la Ley General de Salud y sus respectivos Reglamentos, ya que al existir una laguna en la ley, nuestro país se convierte en un paraíso de evasión genética, ya que al no prohibirse nada, todo es permisible y lo que está en peligro es precisamente el derecho fundamental y pilar de los demás, el derecho a la vida del ser humano por nacer.