

ASPECTOS ÉTICOS Y JURÍDICOS DE LOS BANCOS DE EMBRIONES

Clara Celinda Mosquera Vásquez

Profesora de Derecho Genético en
la Facultad de Derecho de la UNMSM.

SUMARIO: 1.-Introducción. 2.-Bancos de Embriones. 3.-Aspectos Éticos. 4.-Aspectos Jurídicos. 5.-Legislación Comparada y Recomendada. 6.-Conclusiones y Recomendaciones.

1.- Introducción.

Estamos viviendo una era de cambio acelerado en todas las ramas del conocimiento, particularmente en lo que se refiere a las disciplinas científico - técnicas, y dentro de este campo en el de las ciencias biológicas, lo que a decir de José Ferrater Mora, constituye una «revolución permanente» debido a las repercusiones que tendrán en la humanidad los nuevos descubrimientos alcanzados.

Si bien en un primer momento las investigaciones en el campo de la biología se referían principalmente a seres vivos inferiores, posteriormente el ser humano se convirtió en el centro de dichas investigaciones; y lo que es peor, lejos de convertirlo en receptor de los logros y buscarse una respuesta a muchas interrogantes planteadas por la naturaleza, se lo denigra a tal punto de “cosificarlo” en nombre de la ciencia y técnica, demostrando el carácter bipolar de éstas, puesto que por un lado despiertan esperanzas de bienestar para la humanidad y por otro amenazan con convertir al ser humano en su esclavo.

Una de las áreas donde el acelerado desarrollo científico - tecnológico ha impactado más es el de la reproducción humana asistida, avances que, aunque con tardanza, han llegado a nuestro país. Actualmente en el Perú no sólo se realizan inseminaciones artificiales sino también fecundaciones extrauterinas; y lo que es más preocupante, éticamente hablando, ya están en funcionamiento algunos “bancos de embriones”. Como no existe una Ley espacial sobre la materia, los institutos de fertilidad que ofrecen dicho servicio funcionan sin un adecuado control, es decir, a su libre albedrío.

Pero quizá uno de los aspectos más preocupantes es el referido a los Bancos de Embriones, pues como un especialista comentaba en un informe periodístico «todo instituto de fertilidad que se precise de bueno, debe contar con estos tanques de hidrógeno»(sic)¹ donde son “almacenados” los embriones hasta que los padres o los médicos decidan su futuro, pagando los progenitores hasta 50 dólares mensuales por dicho servicio.

2.- Bancos de Embriones.

Los Bancos de Embriones aparecen en Australia en 1983 con el fin de conservar los embriones excedentes de una pareja que recurre a una Fecundación Extrauterina, es decir, cuando se ha conseguido un mayor número de embriones que los que se deben transferir de una vez. Para congelar los embriones se emplea nitrógeno líquido. Hay que advertir que casi la mitad de ellos mueren al ser descongelados. Los embriones son más pequeños que un grano de arena.

De los bancos de embriones se desprenden tres temas muy controvertidos: el de la experimentación con embriones, la selección de embriones y la eliminación de los embriones que no son reclamados por sus progenitores.

- a) Experimentación con embriones: en junio del año pasado se creó el primer banco de clonación de embriones humanos con fines de investigación, y por ende de experimentación, dirigida por la empresa privada Geron Corp. de California.

Según muchos especialistas si se cultivan las células madre («stem cells») de embriones se puede formar cualquier tipo de tejido humano, lo que da esperanzas para la cura de algunas enfermedades como Alzheimer o Parkinson, pero el costo de esa cura es muy alto, pues este tipo de experimentos con células madre procedente de embriones produce la muerte de cientos de ellos.

Si bien en Estados Unidos está prohibida la financiación con fondos públicos de este tipo de experimentos, nada impide que las empresas privadas realicen ese tipo de experiencias, es por ello que la industria farmacéutica ha puesto sus ojos en esta nueva fuente de riqueza, no olvi-

¹ «En Lima congelan embriones tras fecundación artificial», en: **Diario El Comercio**, Lima, domingo 18 de Junio del 2000, pág. a2.

demos que el mercado de medicinas genera ingresos de aproximadamente 300,000 millones de dólares al año, y con los nuevos conocimientos adquiridos por medio de la biotecnología estos ingresos se multiplicarán enormemente.

No hay que olvidar que las enfermedades como Alzheimer y Parkinson afectan a un gran número de personas y las esperanzas de encontrar una cura a sus males ha motivado que un amplio sector de la colectividad ejerza presión vía el Congreso norteamericano para que en un tiempo no muy lejano se hagan estas investigaciones con fondos públicos.

Recientemente se ha dado a conocer que los trabajos de investigación sobre células madre de los tejidos de adultos presentan una nueva opción para no usar embriones en dichos procedimientos, lo que es una esperanza para detener experimentos que atentan contra la dignidad humana.

- b) Selección de embriones: hace poco se conoció el caso de una familia norteamericana de apellido Nash. La única hija del matrimonio, de seis años de edad, sufre de Anemia Falconi, siendo su única alternativa un trasplante de médula ósea de un hermano, por lo que se analizaron varios embriones de la pareja para seleccionar uno que no sea portador de la enfermedad y que «sirva» para salvar la vida a su hermana. Cuando se obtenían los embriones se analizaba su ADN para verificar si era portador del gen Falconi. Finalmente, su hermano sano sirvió de cedente para salvar la vida de su hermana.

Acá vemos un claro ejemplo de cómo la visión del ser humano como un fin en sí mismo es tratado como un medio para lograr otros fines. En el caso de Adam, fue traído al mundo no por amor, o deseo de sus padres de tener más hijos, sino como una medicina, «algo», para salvar a la hija mayor.

- c) Embriones no reclamados: en el primer trimestre de este año, en Francia existían 100,000 embriones congelados, sobre los que la ley prohíbe investigar; mientras que en España existen alrededor de 35,000 embriones sobrantes².

² Diario Médico.com, viernes 14 de Abril del 2000.

Cuando una mujer se somete a una fecundación extrauterina recibe un tratamiento hormonal para generar más de un óvulo, así se logran varios óvulos que posteriormente son fecundados. Se precisa de un número aceptable de embriones pues cuantos más son implantados en el útero mayor es la probabilidad de éxito.

Pero ocurre también que luego de tener éxito con la fecundación extrauterina la pareja deja a los embriones congelados sin decidir la suerte de ellos. Sabido es que no es recomendable mantener congelados los embriones por más de cinco años pues puede generarse alguna deficiencia en los futuros seres humanos. En Inglaterra está prohibido mantener congelados los embriones por más de cinco años, por lo que hace unos años se procedió a la eliminación de más de cinco mil embriones sobrantes de las clínicas de fertilidad, lo que generó una gran discusión legal y ética, y al que Enrique Varsi denominó como «genocidio embrionario».

A nivel doctrinario algunos especialistas proponen como salida al tema de los Bancos de Embriones, que las parejas al momento de recurrir a un banco de embriones llenen un formulario en el que consten las opciones que tienen los encargados de los bancos con respecto a los embriones abandonados.

3.- Aspectos Éticos.

Existe un principio fundamental de la bioética denominado el respeto de la vida humana, el que se funda en la dignidad de la persona humana. La vida humana es un valor importante, por tanto debe ser defendida y protegida por sobre todas las cosas.

Pero es sabido que producto de la presión de la comunidad científica, deseosa de investigar con embriones humanos, se acuñaron los términos de pre-embrión, embrión y feto. Se considera pre-embrión desde el momento de la fecundación hasta el día décimo catorce de vida; como aún no está formado el sistema nervioso del embrión se dice que no siente dolor y por tanto es aceptable todo experimento que se haga con él. El término embrión se usa desde el día decimocuarto hasta los dos meses y medio; y el de feto desde esa fecha hasta antes del nacimiento.

Compartimos la opinión de aquellos investigadores que señalan que el embrión merece respeto por tratarse de una vida, aunque no completamente desarrollada, pero humana al fin y al cabo, es por ello que es protegido, es un «individuo humano dotado de su propia e irrepetible identidad genética»³, pues desde que se unen óvulo y espermatozoide, existe ya un individuo distinto del padre y la madre. El embrión no es menos humano que una persona por ello no merece un trato cruel al que está siendo sometido por medio de experimentos. No olvidemos que la vida es un proceso continuo, el hombre se hace en el tiempo.

El hecho de congelar embriones para posteriormente decidir si son implantados o no en el útero de una mujer, es una muestra clara de la deshumanización. Actualmente ya no se reflexiona en torno a la esencia de las investigaciones que se realizan sino en la utilidad que se puede dar a los nuevos conocimientos adquiridos; y en lugar de considerarse al ser humano como un fin en sí mismo, se lo conceptúa como un medio al dejarse a la voluntad de las partes el destino de aquellas vidas humanas en potencia, ignorándose además si el congelamiento puede acarrear trastornos en la salud física y psíquica de los niños alumbrados.

Ahora los científicos recurren a principios utilitaristas usados por filósofos y economistas para fundamentar las investigaciones que realizan en nombre del avance científico, así se señala que⁴ :

- un acto se debe evaluar a partir de los costos y beneficios,
- la aceptabilidad ética depende de las consecuencias, y
- hay que buscar el mayor bien para el mayor número de gente.

Si se recurre a estos axiomas en forma radical podemos justificar cualquier tipo de experimentos que se realicen con el ser humano, no sólo con embriones sino con cualquier persona, es más, podríamos omitir el consentimiento informado amparándonos en el hecho de que el sacrificio de uno salvará a los demás, y volvemos nuevamente a atentar contra la dignidad de la persona y caemos en despreocupación por las minorías, características del pensamiento utilitarista, para el que la moralidad es sinónimo de felicidad.

³ ANDORNO, Roberto; Bioética y dignidad de la persona, Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1998, pág. 123.

⁴ DURAND, Guy; La bioética, Editorial Desclée de Brouwer S.A., Bilbao, 1992, pág. 66.

El maravillarse por las posibilidades que presenta el conocimiento científico y tecnológico puede llevar al hombre a replantearse el significado de vida humana, a admitir categorías dentro de la misma, en este sentido, si hoy damos prioridad al ser humano ante el embrión, mañana la discusión podría trasladarse a decidir si la vida de un niño es más o menos valiosa que la de un adulto.

Estamos en un mundo donde prima la «medicina de deseo», como la denomina Guy Durand, pues antes el médico preguntaba a su paciente sobre sus síntomas, pero hoy pregunta sobre lo que desea el paciente, ya no se trata de curar sino de satisfacer deseos, que en el caso de los embriones congelados no importa el sacrificio de vidas humanas, pues finalmente esos embriones, de poder llegar a nacer, serán seres humanos.

La humanidad está maravillada con el desarrollo de la ciencia y la técnica y las ve como la panacea universal, cuyo límite es el cielo, y cegada como está no repara en la importancia de la vida humana y los riesgos que pueda acarrear un uso indiscriminado del conocimiento científico y técnico los que inclusive pueden modificar la naturaleza humana.

No negamos que el conocimiento científico y técnico hayan contribuido al desarrollo de la humanidad, sin embargo en la actualidad el hombre ha sido dejado de lado, la sociedad tecnológica va camino a convertirse en sinónimo de destrucción, lo que nos lleva a concluir que no siempre el desarrollo científico y tecnológico significa progreso moral y humano⁵. Se ha dejado de lado la solidaridad para abrir paso al frío individualismo, se ha dejado el humanismo por el utilitarismo sin barreras.

4.- Aspectos Jurídicos.

Lo más sorprendente es que en nuestro país aún no existe normatividad legal que regule el funcionamiento de los institutos de fertilidad, como demostración del desfase existente entre la realidad y el derecho, el que lejos de atender estos nuevos hechos, pareciera haberse quedado en el tiempo, lo cual es peligroso pues en cualquier momento podrían presentarse casos de embriones «huérfanos» o de niños que nazcan después de la muerte de uno de sus progeni-

⁵ RUGARCIA TORRES, Armando; «Tecnología y humanismos», en: GARCIA VIVEROS, Mariano (compilador), Medicina y Sociedad, Fondo de Cultura Económica, 2º Edición, México D.F., 1994, pág. 153.

tores, y lo que es más grave, dada la inversión de valores en boga, podríamos enfrentarnos a un tráfico de embriones, como ya se hace con el semen.

No hay que olvidar que, al no existir norma alguna al respecto, los especialistas que realizan estas técnicas actúan de acuerdo a sus propias concepciones éticas. El congelamiento de embriones denigra al ser humano, presentándose asimismo la figura de un profesional de la salud que “jugando a ser Dios” decide qué embriones son implantados y cuáles desechados, contrariamente a lo señalado en nuestro Código Civil.

Es menester pues que en forma urgente se promulgue una Ley sobre técnicas de reproducción asistida - tema sobre el que venimos insistiendo hace ya varios años - en la que se señale que sólo se fecundarán los óvulos a ser implantados, para no afrontar posteriormente riesgos como los dados en Inglaterra hace algunos años, donde se incineraron cinco mil embriones “sobrantes” al haberse vencido el plazo de congelación sancionado por las leyes de ese país. En este sentido, Alberto Andorno opina que es irracional congelar a un individuo sin su consentimiento, y el dado por los padres es insuficiente, pues la ley protege al individuo contra cualquier acto que atente contra la dignidad del ser humano.

Puede ocurrir que el legislador tema dar normas demasiado restrictivas en este campo, que impidan el desarrollo científico - tecnológico; no debe olvidarse sin embargo que éticamente toda promoción de la ciencia debe enmarcarse en los límites de la dignidad humana, partiéndose de la premisa de que el hombre es un fin en sí mismo, pues a diferencia de las plantas y los animales nosotros existimos y pensamos, por lo que no se debe permitir que por el solo deseo de lograr la ansiada paternidad se manipule al concebido.

Podemos encontrar normas que pueden dar respuesta a alguna de las interrogantes planteadas por las Técnicas de Reproducción Humana Asistida. Así tenemos que nuestro ordenamiento legal protege la vida y la dignidad del ser humano, cualquiera sean sus manifestaciones; así, el Código Civil en su artículo 1º señala que la vida humana comienza con la concepción, y que el concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece. El proyecto de modificación del Código Civil en su artículo 1º se establece que la vida humana comienza con la concepción. El concebido es sujeto de derecho, y goce de manera actual de todos sus derechos.

Nuestra Constitución Política no tiene ninguna norma que proteja al concebido, pero en el Anteproyecto de la misma del 20 de mayo de 1993, en el artículo 4° del Capítulo referente a la Familia señalaba que el Estado garantiza la vida del concebido y lo protege de todo experimento o manipulación genética contrario a su integridad y desarrollo. Lamentablemente este artículo no fue considerado en la Constitución vigente.

El Código de los Niños y Adolescentes en su artículo 1° señala que todo niño y adolescente tienen derecho a la vida desde el momento de la concepción, garantizándose la vida del concebido y protegiéndolo de experimentos o manipulaciones genéticas contrarias a su integridad y desarrollo físico o mental. Quizá el deseo del legislador de dar una mayor protección al concebido llevó a que se confundan los términos concebido y niño, pues este Código en el artículo I del Título Preliminar considera niño a todo ser humano desde su concepción hasta los doce años de edad, cuando sabemos que la denominación de persona se da al ser humano que ha nacido.

La Ley General de Salud - Ley N°. 26842 del 20 de Julio de 1997, en su artículo III del Título Preliminar señala que el concebido es sujeto de derecho en el campo de la salud, haciendo una interpretación extensiva podemos concluir que le son atribuibles todos los derechos reconocidos a la persona humana. En este sentido el artículo 28 prescribe que la investigación experimental con personas debe ceñirse a la legislación especial sobre la materia y a los postulados éticos contenidos en la Declaración de Helsinki y sucesivas declaraciones que actualicen los referidos postulados.

No esperemos que en nuestro país se presenten casos como los acontecidos en Tennessee en 1992, donde una pareja que estaba divorciándose dejó a la Corte Suprema la decisión sobre el destino de sus embriones, la que declaró que el derecho del hombre a no tener hijos está por encima del de la mujer de entregar los embriones a una pareja infértil⁶; o como el sucedido en 1995 en el estado de Nueva York - Estados Unidos, donde una pareja entró en litigio por la posesión de los embriones congelados.

⁶ La Nación Line, jueves 19 de Febrero de 1998.

5.- Legislación Comparada y Recomendada.

En España, la Ley 35/1988 sobre Técnicas de Reproducción Asistida limita la conservación de embriones durante cinco años. Un informe de la Real Academia de Jurisprudencia del año pasado señala que constituye delito permitir la crioconservación de embriones por tiempo indefinido y destruir los que han superado los cinco años señalados por la ley; pero con respecto a la experimentación con embriones, esta es permitida siempre que se haga dentro de los 14 días de vida del embrión. La legislación británica de 1990 permite también la experimentación con embriones dentro de los 14 días.

En Alemania, la Ley de Protección del Embrión de 1990, obliga a los especialistas a transferir al útero de la mujer todos los embriones obtenidos; una fórmula similar es la empleada en Austria desde 1992.

Las leyes francesas de bioética de 1994, si bien no admiten la experimentación con embriones, se pueden realizar estudios con fines médicos que no dañen al embrión.

El Convenio de Asturias de Bioética del Consejo de Europa, firmado en Oviedo el 04 de Abril de 1997, en su artículo 18º referente a los experimentos con embriones, in vitro señala en el numeral 1, que cuando la experimentación con embriones in vitro esté admitida por la ley, ésta deberá garantizar una protección adecuada del embrión, y en el numeral 2 se prohíbe la constitución de embriones humanos con fines de experimentación. Posteriormente, la Convención de Derechos Humanos y Biomedicina del Consejo de Europa, vigente desde el 1º de Diciembre de 1999, deja al arbitrio de cada uno de los estados miembros lo referente a la investigación embrionaria.

Recientemente al final del Congreso Mundial de Bioética realizado en Gijón (España) entre el 20 y el 24 de junio del 2000, el Comité Científico de la Sociedad Internacional de Bioética (SIBI) dio la Declaración Bioética de Gijón, que en X Recomendación señala que la creación de individuos humanos genéticamente idénticos por clonación debe prohibirse, y que la utilización de células troncales con fines terapéuticos debe permitirse siempre que la obtención de esas células no implique la destrucción de embriones.

6.- Conclusiones y Recomendaciones.

- 1- Debe prohibirse en nuestro país el funcionamiento de los bancos de embriones, pues atentan contra la dignidad del ser humano.
- 2- Debe crearse un Comité Nacional de Bioética encargado de dar solución a los problemas que plantea el desarrollo de las ciencias biológicas, medicina y genética.
- 3- Es necesario que se promulgue cuanto antes una Ley Sobre Técnicas de Reproducción Asistida que regule el uso de las mismas y el funcionamiento de los institutos de fertilidad.

No olvidemos que «el verdadero desafío para la ética contemporánea es pues el de hallar una relación adecuada entre la causa de la justicia y el deseo de felicidad, entre nuestras aspiraciones universalistas y la defensa de nuestra identidad, entre nuestras alas y nuestras raíces»⁷.

⁷ GIUSTI, Miguel; *Alas y Raíces, Ensayos sobre ética y modernidad*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1999, pág. 16.