Estatuto Jurídico del Embrión

Prof. Dr. Rafael Aguiar Guevara

Médico Anestesiólogo-Abogado  
Profesor de Derecho Médico

Former Secretary General World Association for Medical Law

(Ex Secretario General Asociación Mundial de Derecho Médico)

Presidente-Fundador Asociación Venezolana Derecho a Morir con Dignidad  
Presidente-Fundador Asociación Venezolana de Derecho Médico

[ragaso@cantv.net](mailto:ragaso@cantv.net)

*es preferible vivir   
en una sociedad genéticamente imperfecta,  
la cual conserve principios humanitarios de vida,  
que en una cuyas bases tecnológicas  
sean dechado de perfección hereditaria*

Lionel Penrose

Introducción

Definir, establecer, defender los derechos de las personas cuando éstas, las *personas*, ya han: sido concebidas; adoptado forma humana; se separan del cuerpo materno; son autónomas; con viabilidad y/o vitalidad; independientes; individuales; o en otra forma: ya han nacido; y han nacido vivas, y se les otorga, por vía de ficción jurídica carácter de *personas*, con personalidad, y definidas como sujetos de derechos y obligaciones, es sumamente fácil.

El problema se nos ha presentado al momento de poder definir cuándo estas *personas* deberían ser sujetos de derecho para reconocerles la titularidad del derecho fundamental más sagrado: la vida, e inmanente a éste (derecho a la vida): el derecho a la salud, *ergo*, a una calidad de vida; para poder, entonces, reconocidos en su potencial de vida, ser amparados y tutelados por las declaraciones internacionales, constituciones, leyes nacionales de cada país; a los fines de proteger los intereses de aquellos que, aun sin ser concebidos (*concepturus*), no han podido nunca, siendo quizás la parte más importante (es obvio), expresar sus gustos, ansiedades, preferencias, creencias, y por qué no: derechos. Pero la pregunta emerge inmediatamente: ¿Es que acaso podemos establecer o reconocer derechos en «algo-grupo-celular» que ni siquiera ha sido todavía “concebido”?[[1]](#footnote-1)

De allí que, conjuntamente con otros doctrinarios y juristas, a nivel internacional, nos hemos dedicado y propuesto a trabajar en un estatuto legal, que no un *status*, quizás preferiblemente de alcance internacional, que pueda brindar la necesaria protección, no solamente a los embriones, pero también, mucho antes que ellos, a los potenciales embriones a ser concebidos, por qué no decir: *creados*! Estatuto jurídico del embrión que, por su propia naturaleza, será rechazado siempre por los grupos, eternamente existentes, de científicos defensores de las mayores liberalidades de investigación científica, pero que, definitivamente, tendrá que ser bien recibida por aquellos médicos, biólogos y científicos que trabajan arduamente, dentro de los criterios éticos y deontológicos, suficientes para impedir que las aberraciones que hoy en día vemos se sigan produciendo dentro del mayor grado de impunidad, tanto científica como legal.

La Historia ha demostrado siempre que el Derecho ha estado allí, justamente detrás, del avance científico para ir regulando conductas impropias y/o reprochables (generalmente culposo, sin intención finalista de daño) del quehacer científico que pudiesen, en algún momento determinado, romper el equilibrio social, y resultar en conductas de daño hacia los bienes jurídicamente protegidos, en nuestro caso la vida y la salud en general, y más específicamente, de quien deba ser concebido. En todas y cada una de las metodologías y ciencias biomédicas, el Derecho se impone en su facultad de regulación y control y define aquellas conductas antijurídicas que deban ser sancionadas, a los fines de la prevención y del cuidado general de los integrantes de la sociedad.

En los escasos años (tiempo relativamente corto de estas técnicas comparado con la trayectoria científica de la humanidad) ya se han producido más de tres millones de bebés a través de los tratamientos de fertilidad desde que llegó al mundo el primer niño concebido por fertilización *in vitro* hace tres décadas, según informó el Dr. Jacques de Mounzon, del Comité Internacional para el Monitoreo de las Técnicas de Reproducción Asistida, durante la realización del Congreso Mundial de Fertilidad, realizado en la ciudad de Praga, en junio de 2006 .

Podemos mencionar los casos del propio ejercicio de la Medicina que se ha visto regulado, en nuestro país, por ley especial, además del Código de Deontología Médica que, desde su aspecto moral, orienta, con fuerza y rango de ley, la conducta del médico en su ejercicio profesional; otras ciencias de la salud, también, se ven reguladas por leyes especiales: Biología, Odontología, Ejercicio Profesional de la Enfermería, e internacionalmente también se regulan materias conexas con el ejercicio profesional actual, como: Registro de datos y firmas electrónicas, historia clínica, consentimiento informado, investigación clínica, transplantes de órganos y materiales anatómicos en seres humanos, medicina asistida por tecnología de informática y comunicación, etc.

Sin embargo, el mayor de los retos ha dejado muy atrás al campo de regulación del Derecho y hoy, enfrentamos un grandísimo avance en el área de la genética, genoma, reproducción asistida, y conexos, que ha dejado, muy atrás, a la norma jurídica, al tiempo que pudiésemos atrevernos a afirmar, con responsabilidad, que los avances de la ciencia en esta área, obligarán al Derecho a regular de acuerdo a los patrones ya existentes dentro del criterio científico intencional y no al revés; es decir, al Derecho, no le tocará más que ajustarse a normar las conductas científicas existentes, con lo que se corre el riesgo de poder aprobar, legislativamente, normas de Derecho que permitirían las mayores atrocidades en el campo de la ciencia, como ya de hecho se están realizando en muchas partes del mundo y sobre las cuales nos toca comentar en este Capítulo.

Nuestro trabajo, dentro de las limitaciones capitulares de esta obra, no podrá dedicarse a una aproximación jurídica profunda y extensa toda vez que no es la intención de esta presentación, que *in extenso* es tratado jurídicamente en otra obra del mismo autor; por el contrario, nos orientaremos, solamente, a plantear a los médicos, biólogos, científicos en general, algunas inquietudes, producto de nuestro compartir experiencias con algunos centros dedicados a la reproducción asistida, y con doctrinarios, juristas y científicos a nivel internacional. Corresponderá al lector el análisis de los fundamentos y principios científico-jurídicos planteados a los fines de buscar, en su análisis introspectivo y bioético, sus propias respuestas y conclusiones. Consideraciones científico-jurídicas de mayor rango y amplitud las planteamos en otra obra independiente totalmente dedicada a este tema.

Se discute si el derecho a la vida otorga a la mujer el pseudenominado derecho subjetivo a la procreación. De aceptar esta tesis (que no lo hacemos), no lejos de conseguir muchos adeptos a la misma, podríamos pensar, lógicamente, en la aceptación de otros derechos subjetivos que de ese derecho se originarían.

De aceptar como válido el criterio del derecho a la vida como generador de otros derechos que dependan de ese originario, podríamos inferir entonces que el derecho a la procreación sería un elemento subjetivo, inherente al derecho a la vida. Quizás por ello vemos como en las clínicas de reproducción asistida se atiende a este «derecho» y se ofrece ayuda científica ilimitada a la mujer que viene en busca del procedimiento de reproducción asistida. Claro está que sabemos que por quien primero van a preguntar los médicos es por el padre, la pareja. Pero sin entrar en profundas consideraciones filosóficas, tenemos razones para pensar que el sentimiento de la maternidad es más elevado que su correlativo en el hombre. La mujer sin descendencia, sin gestación, sin un hijo se ve incompleta, se siente no realizada como mujer y pareciera que la estructura y configuración de ser mujer la lleva a pensar en el derecho a la procreación. No se piensa muchas veces, de forma altruista, voy a completar la misión que Dios, mi creador me ha encomendado: creced y mutiplicad! No gesta o procrea una mujer solamente por la externa razón de traer a un ser humano más a este planeta; se habla en posesivo: traigo a *mi* hijo a la vida; y hasta quizás, algún día, le reclame: yo que *te he traído* a la vida...! Pues bien, se piensa si este derecho a la vida conlleva, inherente a sí mismo, el derecho a la procreación; y de aceptarlo se entendería que teniendo el derecho a la vida puedo tener el derecho a la procreación hasta el límite que cada persona, cada mujer, cada pareja desee ejercer ese derecho a la procreación, pudiendo limitarla a través del uso de métodos anticonceptivos tradicionales como también recurrir al aborto si fuese necesario.

Siempre he comentado que este derecho malentendido de la procreación pareciera traer otro derecho adscrito al originario: el derecho de información y publicidad. Estará de acuerdo conmigo el lector al recordar que lo primero que uno puede observar al entrar en una clínica de reproducción asistida es una gran cartelera donde los médicos y las enfermeras acostumbran colocar las fotografías, los nombres y las fechas de nacimiento de cada uno de los hijos que, artificialmente, han traído a la vida. Crece el orgullo, tanto de la madre como del médico, como de la institución en general. Me pregunto: ¿acaso han dado cuenta estos padres, médicos y enfermeras que violentan el sagrado derecho del menor a la confidencialidad, la intimidad, el honor, la reputación? Pareciera que el derecho a la vida obedece a un interés supremo; y el derivado derecho a la procreación tiene una supremacía por sobre los derechos del menor, que, aún protegido por la Ley Orgánica de Protección del Niño y del Adolescente, y por el Convenio Americano de los Derechos del Menor, se ve desmejorado, desprotegido, subordinado a los derechos de la madre, del padre, y hasta del médico.

De aceptar, que de hecho no acepto, la existencia de este derecho subjetivo de procreación, al menos en el sentido que se le ha intentado otorgar, estaríamos antele problema coyuntural, o quizás estructural de fondo, de pensar que entonces deberíamos aceptar en consecuencia un derecho subjetivo a la no procreación, en cuyo caso estaríamos abriendo una peligrosa compuerta hacia el aborto indiscriminado, hacia la maternidad irresponsable.

De hecho, está sucediendo. Matices y variedades que pudieran, *prima facie*, engañarnos con sutiles apariencias de legitimidad que descubren el velo del ejercicio de este pseudo derecho. A la mujer se le somete a procesos de hiperestimulación, se logran una cantidad muy variable de embriones, se reimplantan dos o tres, y el resto o se descartan sin piedad y sin miramientos, o se conservan en temperaturas frías extremas (crioconservación) hasta por un lapso de tiempo variable, de acuerdo con las técnicas y el país, pero que varía de dos a cinco años, tiempo después del cual el embrión debe ser desechado si no ha sido antes reimplantado.

Derecho a la vida que conlleva al derecho a la procreación, junto al derecho de propaganda y ahora, en consecuencia al derecho a la no procreación.

Todo lo cual nos lleva a pensar sobre la actividad del médico, del biólogo, que trabaja en estas clínicas de reproducción asistida y/o de fertilidad. Porque junto a estos supuestos derechos se nos impone otro, muy peligroso de considerar, y es a donde me propongo concluir. Por detrás de todo esta bonita y sentida maternidad y el pseudo derecho a la procreación está el interés, muy personal, egocentrista, del científico que está detrás de procedimiento. Científico que estudia, investiga, experimenta, y busca la mayor cantidad de logros, que a su vez traen como consecuencia inevitable una mayor consideración en el mundo de la ciencia, de la reputación y buen trato de sus colegas, y por qué no, del incremento de pacientes que lo ayudan a una mejor calidad de vida. Científico que a veces puede intentar sobrepasar el consentimiento informado del paciente, ofreciendo tratamientos garantistas, que luego pueden fallar, ofreciendo procedimientos innovadores, llegando entonces a pensar que por encima de todos estos derechos, o a la par de ellos también existe un derecho a la investigación científica, un derecho a la práctica clínica, quien sabe si lleguemos finalmente a convencernos de un derecho al ejercicio profesional de la salud, y regresemos al rechazado modelo vertical de la relación médico-paciente. Vemos, con preocupación, que el derecho a la vida, sobrepasado ya por el pseudo derecho a la procreación, está igualmente siendo mermado por el pseudo derecho a la investigación científica y la mpráctica clínica.

Hace ya unos cuantos años, desde que se suscribió la Declaración Uni­versal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos, y desde hace algún tiempo existen algunas legislaciones en materia de reproducción asistida y manejo de embriones, en una gran cantidad de países. Sin embargo, Venezuela ha quedado atrás en el ordenamiento jurídico necesario que regule la indiscriminada práctica de estas técnicas que, a pesar del atraso legislativo, no significa por ello un atraso científico; por el contrario, se realizan en el país prácticamente todas las técnicas y metodologías que otros países utilizan en el campo de la investigación científica genética y embrionaria.

Las prácticas eugenésicas tendientes a la reproducción genética selectiva y la asistencia de reproducción asistida con selección de gametos y embriones, ali­mentan los rasgos temerosos de un avance científico que necesita ser contro­lado por la norma jurídica.

La única norma que encontramos en nuestra legislación, es el concer­niente al diagnóstico pre implantatorio, contenido en el artículo 222 del reformado Código de Deontología Médica:

Los análisis predictivos de enfermedades genéticas o susceptibles de identificar la predisposición genética de una persona, podrá ser llevado a cabo únicamente por motivos de salud o de investigación científica relacionada con los mismos.

No existe ninguna otra consideración y parece totalmente increíble que no se haya discutido este punto de avanzada y que necesita urgente regulación. La problemática es muy seria y al parecer no existe interés en regular la materia. Por el contrario, y ya discutiremos más adelante, lo que en mi opinión es una sentencia aberrante del Tribunal Supremo de Justicia en esta materia y que emite unos conceptos que, por errados, van a permitir una serie de acciones en este campo, precisamente por no estar expresamente regulados ni prohibidos por la ley; permitiendo así abrir unas peligrosas compuertas hacia un mundo sin límites en cuanto a las posibilidades de poder hacer, al amparo de la justicia, por ausencia de ley, cualquier tipo de procedimiento, sin importar lo ético, deontológico, moral, o buenas costumbres.

Existen, ya difundidas, clínicas de fertilidad en las cuales se manejan embrio­nes, se congela semen, se ceden embriones, hasta se venden embriones, se practica fertilización e implantes de embriones en parejas de homosexuales femeninos (lesbianasas); se entregan embriones y niños gestados en úteros subrogados para dárselos a parejas de homosexuales masculinos; se practica inseminación postmortem, se mantiene información relativa a los mismos sin ninguna protección de la confidencialidad, se estudian sus cadenas proteicas a los fines de la deter­minación de debilidades o anomalías biológicas, procreación ayudada, se practica la reproducción selectiva genética, quizás no por manipulación genética directa pero sí a través de la selección realizada con fundamento en la base de datos de los embriones y de sus progenitores biológicos, y en fin, se realiza una serie de actividades que no están del todo reguladas y que en algunos casos significan verdaderas violaciones de la ética y hasta de los derechos de esos embriones, ya con vida incipiente, y que son tratados como verdaderos objetos u cosas, sin que a nadie le interese la protección de sus derechos.

Se ha protegido al feto (nasciturus) en toda su extensión prácticamente, pero que ha pasado con aquél aún por ser concebido: el *concepturus*; qué derechos tiene, o cuáles le podrán ser reconocidos según el interés de la ciencia o de la comunidad civil.

Tres casos que llaman la atención que marcan el inicio de la discusión:

En los meses de abril y mayo del año 1995 la opinión colombiana se conmovió ante varias noticias periodísticas. La primera vino de Inglaterra: una mujer soltera y virgen había sido inseminada por los médicos para tener un hijo sin perder la virginidad; la joven había tenido la oportunidad de escoger el color de la piel y de los ojos del bebé.

La segunda venía de la Provincia de Alava en España: los médicos, mediante inseminación artificial con semen de un donante a una de las mujeres, había proporcionado un hijo a una pareja de lesbianas.

El tercero sucedió en Venezuela, anuncia la prensa venezolana el nacimiento de la primera caraqueña producto de óvulo congelados. Ya había existido un primero en la ciudad de Valencia. La técnica se viene desarrollando desde hace algún tiempo pero sin resultados positivos. Se inician los primeros logros. La dificultad de congelación de óvulos se explica primero, porque tiene una membrana celular que es muy sensible a la congelación y segundo, porque al no poseer una membrana que rodee su núcleo, durante la congelación y descongelación existe el riesgo de lesionar la información genética que lleva el óvulo". Sin embargo, se impuso el conocimiento.

¿Qué fácil decir: existe el riesgo de lesionar la información genética que lleva el óvulo por la carencia de membrana que rodee al núcleo? Necesitamos tiempo para ver a futuro que realmente no se haya lesionado esta información genética.

Considerando que desde la fecundación del óvulo, la vida humana se desarrolla en un proceso continuo, de modo que no son posibles diferen­ciaciones claras a lo largo de las primeras fases (embrionarias) de su desarrollo, y de que, por lo tanto, se hace necesaria una definición del estatuto biológico del embrión y conscientes de que estos avances; han hecho particularmente precaria la condición jurídica del embrión y del feto y de que su estatuto jurídico no está en la actualidad definido legalmente; es que se hace imprescindible una larga y profunda consideración legislativa que, en forma urgente, intente regular, sin frenar el avance científico por supuesto, todo lo concerniente a la reproducción asistida, a la manipulación genética, manejo y congelamiento de embriones, reproducción genéticamente selectiva, y todos los aspectos relacionados con ellos.

Se ha discutido mucho sobre el inicio de la vida; la mayoría de la Declaraciones ha tomado en cuenta el concepto de la vida desde el momento de la concepción, y así ha sido plasmado en la gran mayoría de las Constituciones de América y del Mundo, en el momento de definir que el derecho a la vida es inviolable y se protege desde la concepción. Una cosa es que comprendamos y aceptemos este concepto y que por otra parte creamos en la necesidad, no de mover o trasladar el momento jurídico de la concepción hacia los famosos 14 días, sino por el contrario, despenalizando algunos actos que, por necesarios por mantener el derecho a la salud y una vida digna, hacen imprescindibles que la norma penal no sancione algunos particulares y regulados casos.

El primer conflicto: concepto de vida, persona, personalidad.

Si intentásemos resolver este conflicto semántico con el uso del Diccionario de la Lengua Española no podríamos llegar a ninguna conclusión. A ver, (primera acepción): fuerza o actividad interna sustancial mediante la que obra el ser que la posee. Pregunta: ¿Es nuestro óvulo fecundado un *ser* con *fuerza interna* que puede *poseer*? (segunda acepción): Estado de *actividad* de los seres orgánicos. Pregunta: ¿Actividad medible en función de qué? ¿De un electroencefalograma? ¿De un medidor de ondas vitales? ¿Actividad energética genética? (tercera acepción): Unión del alma y del cuerpo. Pregunta: Bajo un principio de libertad de culto, no pudiésemos estar hablando genéricamente de unión de alma y cuerpo, pero ¿Cómo sabríamos que la unión del alma y del cuerpo se verifica en el momento de la unión de los gametos? (Cuarta acepción): Espacio de tiempo que transcurre entre el nacimiento y la muerte. Pregunta: ¿Cuándo se nace? ¿Con el desprendimiento o separación del feto de su lecho materno? Entonces, ¿Todo feto estaría “*muerto*” por cuanto no se ha desprendido, no ha nacido? (En la décima acepción): Persona o ser humano. Pregunta: ¿No regresamos, como en un espiral, a dejar que el Derecho nos defina qué es *persona*?

La mayoría de las normas civiles sustantivas, como nuestro Código Civil venezolano, en su artículo 17 nos explica: *el feto se tendrá como nacido cuando se trate de su bien; y para que sea reputado como persona, basta que hay nacido vivo*. Preguntas: ¿Dejamos como condición suspensiva la acción externa del hombre (biólogo, médico) para permitir o no que el feto sea considerado persona, es decir, que sea el factor externo (biólogo, médico) que permita que ese feto, para ser considerado persona, finalmente nazca?

En opinión del reconocido y excelente doctrinario y jurista (entonces Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia) Dr. Angulo Fontiveros: *la vida principia con la concepción* . No queda duda que, bajo la óptica del Derecho Penal, para el mencionado jurista no hay equívoco al afirmar que desde el momento de la concepción existe vida. Adhiriéndome al criterio del Magistrado, nos preguntamos: ¿Pero, en el mismo juego de la semántica, los trabajadores en reproducción asistida no han optado por no utilizar este término de concepción precisamente para impedir la delimitación del inicio de la vida, prefiriendo hablar de fecundación de óvulos, o quizás de creación de embriones?

Para otros, el momento del nacimiento se vincula al de la obtención de la característica de persona a partir de cierto momento de la dilatación; como se menciona en cierta legislación española. Pregunta: Si acaso el nacimiento se deviene por vía de cesárea segmentaria, planificada, antes del inicio del trabajo de parto y no se ha cumplido con tal centimetraje de dilatación, entonces ¿El feto, y luego “nacido” no es en consecuencia *persona*?

Así como tampoco será persona el feto de acuerdo a la doctrina católica agustiniana al decir, *quid divinum*, que no es sino hasta después de 40 días de concebido que el feto se consideraba animado, o ser con alma racional, si era varón, porque caso contrario, si el feto era hembra, debía esperarse hasta después de los 80 días de concebida para ser considerada un ser con alma racional; quizás: *persona*.

Desde hace muchos años, ya también se había utilizado el denominado *sistema de los plazos* a los fines de argumentar y aprobar la despenalización del aborto. De acuerdo a esta teoría son los plazos, desde el momento de la concepción, lo que importa para medir si hay o no hay vida. Criterios como el emitido por Gimbernat y Muñoz Conde, en su trabajo: La regulación del aborto en el proyecto de nuevo Código Penal, en anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, de septiembre-diciembre de 1982, páginas 561-580, citado por el tratadista Hernando Grisanti Aveledo describe que el aborto no sería contraproducente durante los primeros tres meses de embarazo, por cuanto durante ese lapso no se podía registrar ondas cerebrales como las registradas en un electroencefalograma. Tomado un electroencefalograma en ese lapso el resultado era obvio: plano, igual al definido en el criterio de muerte cerebral. El problema a considerar, como lo hemos mantenido por largo tiempo es: ¿Qué sucede cuando la ciencia médica avance y pueda producir equipos que pudiesen detectar actividad bioeléctrica cerebral fetal en una etapa más temprana? De aceptar, como aceptamos, que ya se pueden obtener registros bioeléctricos cerebrales en etapas mucho más tempranas del embarazo (de la vida fetal) y de aceptar que, no necesariamente serían las tradicionales *ondas cerebrales* reportadas en un “electroencefalograma” pero sí cualquier otro tipo de *ondas* que denoten actividad bioeléctrica cerebral, estaríamos, como de hecho estamos, enfrentando un nuevo conflicto, por cuanto ese hecho científico ya sucede y ya estamos en la posibilidad de obtener registros más precoces de actividad neurológica (no necesariamente electroencefalográfica cerebral) que colocan a esta tesis en una *falsa conditio temporal* y nos exigen la obligación de definir con mayor precisión cuál es ese lapso en el cual podríamos todavía, con certeza, decir: no hay actividad cerebral, *ergo*, no hay vida.

De acuerdo a esta desechada doctrina, se justificaba y permitía el aborto hasta avanzada edad del «niño intrauterino» porque simplemente no se podía escuchar los latidos cardíacos, mucho menos recoger ondas electrocardiográficas. Hoy día, el eco transvaginal nos permite oír perfectamente bien los latidos cardíacos desde las primeras 5 semanas , quizás antes tomando en cuenta que el corazón ya se forma desde la semana cuatro. A la luz de la tecnología moderna diríamos que los que estuvieron una vez permisados para abortar un feto, declarado sin vida porque simplemente no se le escuchaban los latidos cardíacos, hoy, con miras a la tecnología moderna, estarían incursos en un simple homicidio, es decir, aborto no justificado. Pero en dicha época, habrían eliminado, con el permiso de la ley, una vida plena, simplemente porque las ondas, cerebrales y/o cardíacas, no eran en ese entonces perceptibles.

Así las cosas, el criterio del sistema de los plazos, ya no es ni puede ser, para nosotros, el modo preciso para determinar la existencia de la vida; máxime cuando, fehacientemente, sabemos que, de dejar evolucionar a ese grupo celular (llámese pre-embrión, embrión, o como se desee), sin la intervención externa o de terceros (manipulación genética, extracción, aspiración, crioconservación, etc.) final e inequívocamente, salvo causas de fuerza mayor, va con seguridad a desarrollar plena vida tal cual como la conocemos. La definición de vida ha constituido durante mucho tiempo el tema central de este conflicto. Otros temas y conceptos se han integrado, *totum revolutum*, para incrementar la complejidad del tema. No solamente se trata de definir vida y cuándo ésta comienza; además también entramos en el juego de la dialéctica y la semántica, en la consideración de términos como persona y personalidad (jurídicas) para poder establecer si se debe o no conceder derechos que deban ser, en consecuencia, protegidos o tutelados por el Estado y/o los particulares.

Para algunos la cuestión ya no es definir qué es la vida o cuándo ésta comienza. Ahora es más sencillo argumentar, *ad libitum*, que simplemente *el feto no es persona constitucional y que sobre este argumento no existe discusión, que tal argumento es aceptada pacífica y universalmente*.

Cuando se unen los gametos, masculino y femenino, y sus núcleos e fusionan, toda la carga genética de la nueva célula formada se encuentra allí, y se desarrollará, salvo excepciones o influencias externas en el ser humano que todos conocemos. Esa célula, huevo o cigoto, representa la unidad más fundamental organizada a partir de la cual, de dejarse, se desarrolla toda la vida humana posterior. Se combate esta tesis al decirse que no todos los huevos lograr implantarse o anidarse (otras de las teorías en discusión sobre el origen de la vida) y aún anidándose no todas llegan a final feliz, es decir, al nacimiento (otra de las teorías sobre el origen de la vida). Pero no es menos cierto que, implantándose o no, “naciendo” o no, ya la vida se configuraba en ese huevo o cigoto; y es por ello que he defendido la tesis de la protección o tutelaje jurídico desde ese mismo momento, por lo que ya existe, por la plenitud de lo que se ha formado, por su potencialidad en seguir desarrollándose hacia la forma humana definitiva. Es por ello que también he mantenido que aun antes de formarse ese huevo o cigoto necesita tutelaje jurídico porque dependiendo de lo que la ciencia permita se lograrán formas “vidas humanas” desmejoradas en su calidad interna, fisiológica, anatómica, funcional, familiar, social, con mayor o menor probabilidad genética de sufrir ciertas enfermedades que, en conocimiento de los médicos de las clínicas de reproducción, y en el lenguaje jurídico, se convierten en un daño totalmente previsible y evitable. De la misma forma puedo concluir cuando sabemos de antemano que ese huevo o cigoto a integrase (*concepturus*) socialmente vendrá en condiciones de detrimento tal que, aún hasta para ser desarrollados sin su derecho a una familia, y que por vía de la ficción jurídica, podríamos tutelaje a los fines de evitar ese daño previsible y evitable; y aquí me refiero a los casos en los cuales de antemano conocemos hechos como: pareja de lesbianas que solicitan una inseminación artificial con embrión donado, o con donación de gameto masculino de un banco de esperma; o el caso de la señora anciana que, sin pareja, logró ser inseminada y se conoce como la madre más vieja del mundo, o los casos en los cuales ya se solicita estudiar la posibilidad de manipular genéticamente los embriones para que una pareja de sordo-mudos también tenga u niño sordomudo.

La legislación internacional, me refiero a las Declaraciones y Convenios internacionales, se han acogido a la fórmula de reconocer que la protección del ser humano debe darse desde el inicio de la vida y que éste, el inicio de la vida, se reconoce desde el momento de la concepción o fecundación. Expresar lo contrario, como algunos doctrinarios han hecho es no reconocer las realidades; y menos cuando se utilizan estas tesis de no reconocer esa digna potencialidad de ser para, por ejemplo, defender figuras de protección jurídica al aborto. Se puede proteger la figura jurídica del aborto, aun reconociendo la condición de vida al embrión. Simplemente lo haríamos pensando precisamente en la defensa del interés superior de ese embrión que deberíamos proteger y no dejarlo nacer en condiciones oprobiosas y sin esperanza de vida, como es el caso de los fetos anencefálicos. Insistimos, es pura semántica. A decir del reconocido jurista José Luís Tamayo, en su reciente obra , (cito): *el aborto no es un asunto tan grave como lo es el homicidio*…y expresa también: *el feto no es persona constitucional, menos aún lo es el embrión*…omissis (fin de cita). Precisamente ese tipo de diferenciación se ha ido borrando de nuestro Código Penal. Un ejemplo lo constituye la rebaja de la pena cuando se violaba a una prostituta. Norma que, evidentemente, ante la presencia de los derechos humanos, siempre progresivos, no se podía mantener una diferenciación ficticia jurídica entre la violación de una mujer del hogar y una mujer prostituta, cuando se entiende que la violación es un acto contra la integridad personal y debe ser tratado sin discriminación al considerarse una relación sexual no consentida. Decir que matar un feto no es igual que matar una persona es entrar en la misma ficción. Porque en ambos casos se trata de sacrificar una vida. Sin embargo, leyendo la referencia del diccionario que él mismo autor presenta podemos leer: *Embrión:* *Germen o rudimento de un ser vivo desde que comienza el desarrollo del huevo o de la espora hasta que el organismo adquiere la forma característica de la larva o del individuo adulto y la capacidad para llevar vida libre.* (Negrillas mías)  Es decir, el huevo o cigoto es la forma más rudimentaria del ser humano, el cual al desarrollarse progresivamente va a asumir, o mejor dicho, se le impondrá los diversos nombres: huevo, blastocito, pre-embrión, embrión, feto. Quizás en el futuro se inventen más nombres para mayores estadios intermedios. Pero son estadios intermedios de un mismo ser humano, con una continuidad funcional desde la concepción hasta la muerte. No puede haber ruptura entre la persona (nacido) con los diversos estadios embrionarios porque no hay ruptura conceptual entre ellos.

En mi opinión sería contradictorio mantener la semántica de la terminología de los que se ocupan de reproducción asistida, por el interés creado, de clasificar el huevo, el blastocito, pre-embrión, embrión, y finalmente feto; especialmente cuando esa clasificación ha obedecido más intereses y conveniencias científicos que jurídicos. Pero al mencionar la Constitución de la República de Venezuela se debe hacer mención, oportuna y veraz, de su artículo 76 cuando el Estado garantiza, siguiendo declaraciones y convenios internacionales, la asistencia y protección integral de la maternidad, en general, a partir del momento de la concepción. Si ese huevo, blastocito, pre-embrión, embrión, feto son o no son persona jurídica, porque simplemente los doctrinarios y legisladores no han deseado, “todavía”, darle esa clasificación terminológica, aun cuando nuestro Código Civil contiene normas de protección, incluso, para el aun no concebido, (artículos 1.443 del mencionado Código: *los hijos por nacer de una persona viva determinada pueden recibir donaciones, aunque todavía no hayan sido concebidos*), no por ello no quiere decir que ese grupo celular, que contiene toda la información genética de un individuo de la raza humana, singular, particular, e incluso con diferencias de sus progenitores, no quiere decir que no se deba proteger. Cuando defendemos la tesis del aborto, lo hacemos desde el interés superior de la madre cuando se ve afectada por una enfermedad grave, mortal, y que solamente sacrificando otro interés puede mantenerse la madre con vida (aborto terapéutico); o cuando, por el propio interés superior de ese huevo-blastocito-embrión-feto formado tiene deficiencias graves que lo hacen incompatible con la vida (aborto eugenésico); o cuando en el propio nombrado interés existen lesiones a su honor (aborto ético); o cuando su proyectada calidad de vida va a venir muy desmejorada haciendo oprobiosa su existencia (aborto socio-económico). Sin embargo, el mantener una tesis de defensa del aborto en este sentido no me hace pensar que debo, para ello, darle una «clasificación semántica terminológica» diferente que me permita jurídicamente despenalizar el aborto.

Recientemente leíamos en la obra del profesor Ovelio Piña como, acertadamente, luego de analizar las diversas teorías sobre la formación e inicio de la vida humana, se adhiere al criterio doctrinal de la concepción, y expresa, como conclusión:

Omissis…

2) Para el Derecho la vida empieza con la fecundación, o sea, a partir del preciso instante en que ocurre la fusión de los núcleos de los gametos masculino y femenino, lo que conduce a la formación del huevo o cigoto, el cual es una persona sujeto de derechos, posee vida individual, esencia, naturaleza, y sólo basta que nazca vivo; no debiéndole cercenar los derechos de nacer, crecer y vivir.  
3) la tutela jurídica de la persona humana principia con la formación del huevo o cigoto, y debe extenderse hasta su fallecimiento.

Cuando a nivel internacional pensamos en esta protección del *concepturus* y del *nasciturus*, fundamentados en la «potencialidad y dignidad de ser» de ese apenas fusionado cigoto, satisface ver como cada vez más y más científicos, juristas, genetistas, biólogos, con trayectoria, se siguen manifestando al respecto apoyando la idea de la necesidad de esa protección. .

Tal como lo hemos explicado en otra de mis obras , muy especialmente con motivo al otro extremo de la vida, insistimos que es un juego meramente semántico y completamente limitado al academicismo de quienes desean argumentar en contrario. Si bien es cierto que el feto no es, aún, persona constitucional, tal cual como la eutanasia no está permitida por prohibirlo la ley, debemos recordar que ambas, la Constitución y la ley son reformables en tanto la sociedad decida, informadamente, cambiar sus reglas esperadas de conducta dentro de una sociedad determinada, y que una vez reformada la ley, por la soberanía de esa sociedad quien decide, de acuerdo al principio de la *opinio iuris necessitatis*, se puede aceptar: bien la despenalización de la eutanasia, bien la despenalización del aborto, bien cambiar la definición constitucional de si el feto, y aun el embrión, es o no persona. Insistimos, es un juego meramente académico que solo ha servido para incrementar el volumen bibliográfico, por lo demás muy interesante, de obras y opiniones sobre si el feto, el embrión, el óvulo fecundado, pudiese ser alguna vez considerado persona a los efectos de su bien y del necesario tutelaje que por parte del Estado debe establecerse para regular, limitar, vigilar y cuidar, que nunca prohibir, los avances de la ciencia médica, en nuestro caso en particular: la reproducción asistida, la manipulación genética, y todos estos avances de la modernidad reproductiva.

Como explicamos al inicio, el objetivo de este capítulo escapa de una profunda consideración científico-jurídica. Intentar hacerlo nos conllevaría, como de hecho estamos, orientados a la publicación de una obra que de forma única y especial tratase todos los aspectos de este tema. De hecho estaríamos en la presencia de una obra suficientemente voluminosa y netamente jurídica. Sin embargo, si es preciso hacer algunos comentarios que nos permitan colocar al lector (científico) en el incentivo de la introspección y del análisis para considerar si ciertamente todo lo que es técnicamente ejecutable también lo sería éticamente aceptable.

Debemos, sí, dejar claro que cualquier frontera impuesta hacia delante o hacia atrás, en términos de fijar los límites de la vida, en su comienzo o en su terminación obedecen exclusivamente a la ficción jurídica. Si es del interés de la sociedad mover las fronteras de los criterios de muerte a los fines de autorizar extracción de órganos para transplantes, se hará por vía de la ficción jurídica que permitirá realizar tales procedimientos. Si es deseo de la comunidad científica adelantar o atrasar los criterios de vitalidad de un conjunto celular a los fines de permitir, sin pena ni sanción, manipular genes, gametos, embriones, y hasta lograr la clonación humana sin restricciones (si acaso ya no está sucediendo) entonces la ciencia jurídica se encargarán, en consecuencia, de desarrollar extensos tratados en lenguaje muy *sui generis* para, por vía de la ficción, permitir a la ciencia médica que pueda adelantar, sin restricciones, en ésta materia.

Realmente pareciera que lo importante para algunos tratadistas no es definir si el feto deba ser o no ser persona. Si el feto es una persona (jurídica) constitucional o no lo es. Aquellos quienes defienden la tesis que el feto no es una persona constitucional lo hacen para sostener su apoyo al aborto. Pero nos preguntamos, independientemente de si tal clasificación jurídica acepta la personalidad (jurídica) del feto o no, ¿Deberá existir un sistema de protección o tutelaje que impida incurrir en las aberraciones científicas y deontológicas de las cuales estamos conociendo? ¿Qué es para Uds. la dignidad del ser?

El conflicto primario: el embrión. Mitos y realidades.

De la misma forma en la cual la línea “científica” del concepto de muerte ha sido movida hacia delante o atrás, por vía de la ficción científico-jurídica según convenga a los equipos de transplantes a los fines de extraer órganos para transplantes; al modo que en algunos países todavía persiste el aberrante criterio del consentimiento presunto mediante el cual se considera, salvo prueba en contrario, que todos somos donantes; que cada día se exigen menos requisitos y al tiempo que la ciencia ha desarrollado equipos de detección más precoz de muerte cerebral, y por ende el concepto de “muerte” lo han ido variando a su conveniencia; en la misma forma aquellos dedicados al área de trabajo del embrión han creado vías de escape para enfrentar a sus adversarios en terrenos como la píldora contraconceptiva, el aborto, la procreación asistida, manipulación genética, clonación.

Así las cosas, creemos necesario puntualizar algunos mitos y realidades.

*I.- La famosa línea de los 14 días*. Se ha dicho que esa es la línea todopoderosa: la que delimita lo permisible de lo restrictivo. Antes de los catorce (14) días podríamos hacer cualquier cosa: experimentar, transplantar, implantar, abortar, toda vez que, en este estadio, sin cumplir la anidación, o a punto de hacerlo, el ahora así denominado pre-embrión, no es un ser único indivisible, carece de características ontológicas suficientes para ser considerado sujeto de derechos; carece de consistencia biológica; es el momento de formarse la línea primitiva y en consecuencia, a partir de ella es que se forma la diferenciación (neurológica) del embrión; ya no hay posibilidad de gemelación; al aparecer la línea primitiva embrionaria se sella la individualidad. Después de los 14 días no podríamos acometer en contra del “embrión” porque ya el “embrión” ha obtenido y ganado su individualidad; ya no puede dividirse; ya tiene su línea neurogénica definida. Ya registramos ondas. Ya es vida !

Pero es una fantasía histórica, y hasta religiosa. Según Herranz , la supuesta fisión del embrión y estructura de las envolturas fetales es una mera hipótesis, sumamente racional, pero jamás demostrada. La línea primitiva no marca el comienzo de la diferenciación. Ésta (la diferenciación) viene mucho antes. Según Smith se han derrumbado tesis como: el cigoto es una esfera amorfa, la mórula un mero colectivo de blastómeros idénticos entre sí, el blastocisto es una yuxtaposición de dos poblaciones. Continúa Herranz aclarando que en el blastocisto ya se ha definido el trofectodermo, el endodermo primitivo, el epiblasto. La línea primitiva marca simplemente el lugar de migración de estas células, pero no es, como se pretende, una especie de artilugio que induce la primera diferenciación celular del embrión.

Finalmente, es exagerado imponer, *ad pedem literae*, el día 14 como el día de la implantación. Los cortes histológicos de embriones jóvenes muestran que ocurrió unos cuantos días antes. Es, a decir de Herranz : *poético, pero no científico, afirmar que sólo el día 14 la anidación se constituye en símbolo de aceptación materna*.

Es muy probable, considerando la historia de todos estos conceptos, que existan autores (científicos, juristas, biólogos, bioeticistas, religiosos) a favor y otros en contra de los argumentos planteados. Tal discusión, en sí misma, es plena prueba que no existe una clara y verdadera determinación del origen de la vida misma y que, los caprichos científicos, aunados a la solicitud de desarrollo del pseudo derecho a la procreación, ha hacho intentar migrar la línea divisoria.

¿Quién se hubiese imaginado que lo que fue considerado como una gran victoria de la reproducción asistida, el gemelar de Louise Brown, obtenido por Dr. Robert Edwards y Dr. Patrick Steptoe, el 25 de julio de 1978, en Cambridge, Inglaterra, sería hoy en día considerado un fracaso de la misma técnica? (tomando en consideración que a la luz de los criterios científicos modernos el embarazo múltiple es un hecho no deseado o fracaso de una buena técnica de reproducción asistida).

Esta friable y frágil sustentación de fundamentos y criterios es lo que nos lleva a pensar que, a la luz de la tecnología moderna no podemos, con veracidad expresar que antes de los famosos 14 días, no existe una *potencialidad de ser* cuya *dignidad* debe ser respetada, y todos sus derechos resguardados y tutelados.

Los gametos: ¿meramente una cosa que puede ser objeto de cualquier contrato?

Mantener que los gametos son una cosa o bien patrimonial y que pueden objeto de cualquier tipo de contrato, gratuito u onerosos, una vez estos son obtenidos y separados del cuerpo humano que les da origen es otro sofisma que no acepto *nemine discrepante*.

Autores que se alinean en esta tesis consideran que los espermatozoides y/o los óvulos, una vez separados del cuerpo pasan a ser meramente «cosas», *ergo*, susceptibles de cualquier tipo de contrato de disposición, (venta o donación, por ejemplo) simplemente porque su titular del derecho de propiedad (hombre o mujer) puede cederlo a conveniencia, y lo asimilan, erradamente, en mi opinión, a las uñas, el cabello, y cualquier parte del cuerpo que, una vez separada puede ser *res (cosa)* in comercio.

Sin embargo, lejos de ser una mera cosa o bien patrimonial libremente disponible, se separa del concepto de res in comercio, como lo sería el cabello, porque, insistimos, ese gameto contiene un material genético que, a diferencia de otras partes del cuerpo, está destinado, en su propia concepción, esencia y naturaleza a unirse con su contrapuesto, y que una vez fusionado sus núcleos contendrá (el cigoto) toda la potencialidad de un ser que debe desarrollarse dignamente y sobre quien nadie debería decidir sin protección de sus derechos. Por otra parte, los mismos autores olvidan (¿intencionalmente?) la normativa civil cuando en su articulado se define el régimen de los bienes matrimoniales. Por ejemplo. Mantienen estos autores que el semen, por ende los espermatozoides, son cosas o bienes patrimoniales objeto de cualquier contrato una vez obtenido y separado del cuerpo, y pertenece, en propiedad, a su titular quien, por definición de propiedad, puede usar, gozar, y disponer de esa cosa. Entonces un esposo, obtiene una muestra de semen y se supone que es de él, olvidando la comunidad de gananciales según la cual todo lo “obtenido” durante el matrimonio, salvo convenciones en contrario y de acuerdo a la ley, pertenece a ambos cónyuges, por lo que, para disponer de ese semen, debería contar con la autorización o consentimiento de su pareja. Pregunta: ¿Solicita este esposo consentimiento de su esposa para donar una muestra de semen? ¡quizás para fecundar un óvulo de su otra pareja? Considerando los elementos esenciales para la validez y existencia de ls contratos ¿Podríamos considerar estos gametos como: causa y objeto lícitos?

En las técnicas de reproducción se trata de la utilización de células vivas, muy diferentes a uñas, cabellos, y otras partes disponibles del cuerpo, que contienen en su interior una carga tal que, al unirse, al fusionarse, desarrollarán, salvo complicaciones, a un ser vivo, único, diferente a todos, y quien posee todos sus derechos, comenzando con la dignidad de ser, lo que para opinión de quien escribe, debe pesar y sobrepasar cualquier otro interés y consideración. Es por ello que, en función de la protección de la sociedad misma, se debe lograr la manera de limitar, regular, estas técnicas para que cumplan su objetivo fundamental, ayudar a aquellas parejas que, por métodos naturales han fracasado en la búsqueda de ese deseado hijo; pero manteniendo siempre en consideración el resguardo de los derechos de ese ser por ser concebido, de ese concepturus, sobre quien el Estado debe establecer de inmediato un sistema de tutelaje que permita la presencia de una persona (curador *ad hoc*) que proteja y vigile sus derechos. Bien podría ser este protector, quien hable por los derechos de ese *concepturus* un funcionario del Ministerio Público, de la Defensoría del Pueblo con competencia especial, o sencillamente de los Consejos de Protección o Tribunales de Protección del Niño, Niña y Adolescente.

La tercera vía: la *dignidad del ser* y su *posibilidad de llegar a ser*.

Es por todo lo anterior, y mucho más, que doctrinarios y juristas, a nivel internacional, no descansamos en lograr una vía alterna que no permita, sin transgredir los conceptos jurídicos básicos, sin imponer oprobiosas restricciones al avance científico, lograr un acuerdo internacional de protección sobre este ente no material, así denominado *concepturus*, es decir, ni siquiera concebido todavía, para establecer un nivel adecuado de protección que le permita, a futuro, una vida digna, tal cual como la merece el *nasciturus* (concebido pero no nacido) y cuyos antecedentes históricos nos permiten afirmar sobre la necesidad de consolidar tal sistema de protección.

El distinguido maestro Prof. Dr. Amnon Carmi , Presidente de la World Association for Medical Law y Director del Instituto de Medicina, Derecho y Ética de la Universidad de Haifa (Israel) nos recordaba en el curso de una disertación sobre investigación humana que el instrumento más importante para entender lo sucedido en Auschwitz fue el exagerado tecnicismo de cada uno de los médicos que permitió que cada uno de ellos se desviase de su preocupación ética al concentrarse exclusivamente en los aspectos meramente técnicos. No existió, entonces, el necesario blindaje bioético que hubiese impedido el suceso de tan aberrantes experimentaciones. Concluía el Prof. Carmi, con lapidaria sentencia: “*en tanto y en cuanto nuestra actitud permanezca igual, de aquello que sucedió 60 años atrás no estamos seguros no se vuelva a repetir. Auschwitz puede regresar y lo que sucedió puede suceder de nuevo…y peor”*.

Así las cosas, nos encontramos obligados, ante la presencia de hechos científicos que suceden día a día en laboratorios y clínicas de reproducción asistida, de preocuparnos por la existencia de un sistema regulatorio que nos permita proteger. Pero nos preguntamos: proteger ¿A quién? O proteger ¿Qué? ¿Por qué?

Por una parte estamos en la obligación impostergable de proteger, a tenor de los principios inmanentes de nuestro Código de Deontología Médica , a proteger la dignidad de la persona humana, y la dignidad de la profesión médica.

En consecuencia, esto nos lleva a la consideración del respeto de la persona humana desde sus inicios, lo que ha llevado a concluir que debemos protección a la *potencialidad y dignidad del ser*. A decir del Magistrado Álvaro Cienfuegos se debe proteger la potencialidad del embrión, la posibilidad de llegar a ser. No se puede eliminar, semánticamente del embrión su potencialidad, su dignidad de persona, y los derechos inmanentes del ser humano. *El embrión quizás no sea, jurídicamente, persona pero está protegido por la dignidad; no puede haber ruptura entre la persona (nacido) con los distintos estadios embrionarios porque no hay ruptura conceptual entre ellos*.

El principio de proporcionalidad nos hace entender que no basta considerar el fin legítimo de la investigación y el soporte que se les pueda brindar a las parejas en su deseo de procreación; también es esencial valorar los medios. No debemos permitir que la biotecnología se convierta en un peligro para el desprecio de la dignidad humana.

En la Declaración Universal Sobre Genoma Humano y Los Derechos Humanos no se deja duda de los conceptos emitidos cuando fundamenta en su primer artículo que el genoma es la base de la unidad fundamental de todos los miembros de la familia humana y del reconocimiento de su dignidad intrínseca y su diversidad. En su artículo 2 ya no habla de persona; dice: todo individuo tiene derecho a que se respete su dignidad cualquiera sean sus características genéticas. Esta dignidad impone que no se reduzca a los individuos a sus características genéticas y que se respete el carácter único de cada uno y su diversidad.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, San José de Costa Rica. Noviembre de 1962, nos explica, fundadamente, que toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley, en general, “a partir del momento de la concepción”. (Artículo 3). Define entonces el momento de la concepción como el principio de protección del concebido. Sin embargo, defendemos la tesis que, el *concepturus*, todavía por ser concebido requiere de protección, en los términos que, en este enfoque, estamos presentando.

Existe un proyecto en la Asamblea nacional denominado Ley de Protección a la Familia, la Maternidad y la Paternidad, en cuyo artículo 13 se define con claridad: *Al feto se tendrá como nacido cuando se trate de su bien y para que sea reputado como persona natural sujeto de derechos y obligaciones, “basta que haya sido concebido” en una relación de pareja o mediante procedimiento científico autorizado de conformidad con la Ley y haya nacido vivo*. (entrecomillas nuestras). De aprobarse tal proyecto de Ley no nos quedaría duda de que al menos ya se protegería al embrión desde el momento de la concepción, sin importar si ésta se produce por vía natural o por reproducción o fecundación asistida.

Ya hoy en día, al hacer un análisis de la jurisprudencia nacional e internacional, damos cuenta de inmediato que la tendencia doctrinaria no se dirige ya a resolver el problema de si el feto es o debe ser, jurídicamente, persona y en consecuencia titular de derechos, como aquellos invocados de su protección; hoy por hoy, llamamos la atención de la potencialidad de ser, de la dignidad del ser, que evidentemente está contenida en cualquier de las etapas embrionarias, desde el momento de la concepción, y en casos especiales, como el narrado en sentencia que exponemos luego, aun antes de que los gametos pudiesen fusionarse. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con sede en Estrasburgo, en una sentencia que incita a una profunda discusión, por tan controvertidos conceptos que en sí misma contiene, y por su carente precisión, que finalmente deja en manos de los tribunales de cada país (de la Comunidad Europea) la decisión propia de considerar este tema, aceptó, en Sentencia del 8 de Julio de 2004, que la noción de *persona* no se aplique al feto.

Sin embargo expresa con claridad que debe establecerse un mínimo común denominador en la protección del feto y el cual se traduce en la *necesidad de proteger la potencialidad del ser y su capacidad de convertirse en persona*, sin que esto le convierta en un ser humano con el preciso derecho a la vida, no al menos, desde el punto de vista estrictamente de ley: de *lege data*. Pensamos que el problema es de *lege ferenda*. Frente a la discusión del carácter científico o técnico de la dogmática jurídica, surge el problema de la variable política, al modo de una lanza dirigida contra una discusión bizantina que nos aparta del fondo por centrar nuestra atención hacia cuestiones de forma. Debemos concentrarnos en lo que socialmente es necesitado en función de las protecciones buscadas. No radicalizarnos en la búsqueda purificada de la exegética jurídica y limitarnos en un limbo semántico según los intereses particulares de cada una de las partes en juego (padres, médicos, biólogos), quienes necesitan de tal o cual argumento defensivo en su favor.

Es por ello que defendemos la posición de una vía alterna que, jurídicamente, nos permita proteger a quien, persona o no, que ya no importa definir, se encuentra, por sí mismo, incapacitado físicamente de poder expresarse; y es aquí donde el tol del Estado debe jugarse en la protección de sus intereses y Derechos. Solamente a los fines de demostrar nuestra tesis veamos como nuestro Código Civil ha defendido a aquel quien todavía no ha sido concebido: el *concepturus*.

Ejemplarizamos algunas particulares situaciones: el artículo 1.443 del Código Civil es claro al estipular que: “*Los hijos por nacer de una persona viva determinada pueden recibir donaciones,”aunque todavía no se hayan concebido”. Para la aceptación, los hijos ”no concebidos” serán representados por el padre o por la madre indicados por el donante…. omissis*…". Por su parte, el artículo 840 *(ejusdem)* complementa*: “*…*pueden recibir por testamento los descendientes inmediatos, es decir, los hijos de una persona determinada que viva en el momento de la muerte del testador, aunque” no estén concebidos todavía”*. (entre comillas nuestro)

Es fácil entender, en consecuencia, que si el Estado, a través de las normas sustantiva de Derecho impuesta por el legislador, es proclive de proteger al no concebido (*concepturus*), en asuntos meramente patrimoniales (donación, herencia) por qué razón no hacerlo cuando se trate de asuntos no patrimoniales, no disponibles, como lo son el derecho a la salud, a la vida, a una calidad de vida, plena, íntegra.

Analicemos el siguiente ejemplo, de la vida real, y que se constituye, quizás, en el primero en su género en nuestro país; y en el cual me correspondió intervenir, primero como asesor de la clínica de reproducción asistida involucrada, y finalmente, en la audiencia constitucional, como tercero coadyuvante, precisamente en defensa de los derechos, no de la reclamante, no de la institución reclamada, sino en defensa de aquel por ser concebido de haberse producido un fallo a favor de la fertilización, ejemplo ya introducido en al capítulo anterior..

Una pareja se encuentra en pleno asesoramiento por una clínica de reproducción asistida a los fines de buscar un hijo que, por las vías tradicionales, no habían logrado concebir. Pedro (nombre evidentemente ficticio) decide y aprueba obtener una muestra de su semen, y solicita crioconservarlo. Este semen debía ser usado posteriormente para poder fertilizar el/los óvulo(s) de su pareja María (nombre también ficticio) a los fines de poder tener los hijos que cualquiera pareja, en familia, hubiese deseado procrear. Pero el objeto fundamental que “obliga” a Pedro a crioconservar su semen para ser utilizado posteriormente es que él sufre de un Sarcoma de Ewin, e iba a ser sometido a quimio y radioterapia. Pero Pedro, a la edad (apenas) de 22 años fallece a consecuencia de la malignidad del cáncer del cual sufría. María solicitó se le devolviese “aquello” de lo cual pretendía ser titular: el semen del fallecido esposo, para ser fertilizada y finalmente tener su deseado hijo.

Ante la negativa de devolución voluntaria del semen por parte de la Institución, por motivos que no es necesario comentar en este momento, María intenta una acción de amparo contra la Institución que poseía el semen. Se fija la audiencia constitucional, y allí estaban todas las partes: la recurrente María, la agraviante Institución, el Fiscal del Ministerio Público en representación del Estado en la protección de la constitucionalidad, El Juez sentenciador, y quien escribe, quien se presenta en juicio en calidad de tercero coadyuvante, con fundamento en el artículo 370, numeral 3ro, y 379 del Código de Procedimiento Civil, en defensa, de ninguna de las partes pero, de aquel a quien se pretendía concebir, es decir, en defensa del *concepturus*. Por un momento pensemos e imaginemos la situación. Ante la incredulidad de mucho de los asistentes y de quienes puedan leer estas líneas, allí se presentó alguien a defender a quien no siendo *persona* por la ley, a quien todavía ni siquiera había sido concebido, al *concepturus*.

Así las cosas, con fervor y convicción fundamenté la defensa en los siguientes términos, a reserva de otros argumentos jurídicos (como la ausencia de consentimiento del fallecido) suficientemente profundos e indubitables por sí mismos, que finalmente produjeron el fallo negando el recurso de amparo, por ende, negando la devolución del semen.

Razonemos. El padre, fallece a la efímera edad de 22 años de edad, producto de un Sarcoma de Ewin con avanzado estado de metástasis pulmonares, quien desarrolló insuficiencia respiratoria, y consecuentemente fallece. Según consta, de la mencionada solicitud de críopreservación de semen, el motivo para efectuar la misma fue, precisamente, el tumor de Ewin con tratamiento quimioterapéutico y la presunción inminente de muerte, junto a la posibilidad de daño genético por la quimioterapia y/o radioterapia.

Los sarcomas son tumores malignos que se originan a partir de tejido mesenquimatoso por lo que se aprecian más a menudo en tejidos blandos o hueso. Su malignidad está dada por el tipo y grado de tumor, así como su recidiva. Generalmente, necesitan recepción quirúrgica, seguida de quimioterapia coadyuvante. El tratamiento se hace prolongado y costoso especialmente en personas de escasos o medianos recursos y sus complicaciones, tanto las relacionadas directamente con la enfermedad como las indirectamente asociadas, o síndromes paraneoplásicos, constituyen, en su globalidad, un incremento ciertamente probable en la morbimortalidad del paciente y su franco acortamiento a su periodo vital. El Sarcoma de Ewing, por su parte, es un sarcoma maligno compuesto, sólido, que suele aparecer en las tres primeras décadas de la vida. El sitio preferido de ataque mórbido lo constituyen los huesos, no solamente por causa del sarcoma primario sino también como sitio predilecto de las metástasis; al igual que el pulmón.

Factor de coincidencia, fehaciente e indubitado, es su *carácter genético hereditario* al estar, el Sarcoma de Ewing, asociado a translocaciones genéticas intercromosómicas recíprocas. (11q 24 y 22q12). Por su carácter genético hereditario está igualmente asociado a otras patologías similares como: leucemias, linfomas, y trastornos proliferativos. La transmisión de tales mutaciones, recesivas, ocultas algunas, a través de la estirpe germinal en los loci de inhibición de crecimiento o supresión tumoral explica los casos familiares de estas neoplasias.

En el mejor de los casos, es decir, con Sarcomas de evolución lenta benigna, diagnóstico precoz, y tratamiento quirúrgico asociado a tratamiento quimioterapéutico coadyuvante, no constituye, en el mejor de los casos, un índice de probabilidad mayor de 60% de sobrevivencia, sin entrar en consideración de lo que pudiera ser la *calidad de vida* y los *costos del tratamiento*, por la enfermedad *per se* y por las complicaciones.

Es opinión de quien suscribe que no es ético, ni científicamente aceptable, convalidar una inseminación artificial, con semen de este fallecido paciente, por cuanto, es un hecho fehaciente e indubitado su patología tumoral genético-hereditaria. Pedro padecía, y murió a causa de, una “enfermedad genéticamente transmisible” (Sarcoma de Ewing) que implica graves afecciones dentro de las dos primeras décadas de vida, con una sobrevida, en el mejor de los caos y suponiendo suficiente patrimonio para estudios, investigación y tratamiento médicos, y quirúrgicos de hasta un 60%.

Traer un niño en tales condiciones no solamente es provocarle un *daño previsible y evitable*, sino que se asegura una “definitiva lesión, y una *vida errada*” que no puede ser subvalorada por el mero deseo de la viuda de procrear, cualquiera sea el argumento que ella presente. El niño, *a ser concebido*, tiene un derecho consagrado a su salud, a una calidad de vida, y nadie está en la capacidad de alterar este derecho con antelación a su nacimiento e incluso con antelación a su concepción.

Según los reportes de la American Cancer Society el 64% de los casos se presenta antes de los 20 años de edad. Una vez presentados, si acaso se logra descubrir el tumor cuando éste no ha alcanzado aun los 10 cms de tamaño y se practica precozmente cirugía radical combinada con quimioterapia y radioterapia (sumamente costosa) presenta todavía un índice de mortalidad de 80% en un máximo de 5 años. Cuando el tumor se descubre después de haber alcanzado los 10 cms de tamaño menos del 30% logran sobrevivir 5 años más de vida, a reserva de los costosos tratamientos y la pérdida de una calidad de vida deseable.

Nos preguntamos: ¿Es justo traer al mundo a un embrión para enfrentar estas circunstancias totalmente previsibles y evitables? ¿Es justo, por complacer los deseos de procreación traer al mundo a un embrión en la certeza de enfrentar una morbi-mortalidad exageradamente incrementada, precozmente fatal, totalmente previsible y evitable? ¿Podríamos justificar el riesgo creado? Si el riesgo creado se materializa en un daño que era previsible y evitable ¿Imputaríamos penal y objetivamente al médico por proceder a la inseminación o a la madre por aceptar el riesgo informado? Por parte del niño enfermo concebido y a la luz de la jurisprudencia española, y de otros países anglosajones ¿Podrá el niño iniciar demandas por wrongful life and wrongful birth? ¿Pudiésemos hablar de un riesgo socialmente aceptado? ¿de la denominada socialización del riesgo?

Cuando defendemos el derecho a la vida, como derecho humano fundamental y ante los actuales conceptos de la progresividad de los derechos humanos, que, a tenor del artículo 22 de nuestra Constitución, obliga a la defensa de aquellos derechos que, aun no expresamente señalados en ella, se entienden inherentes, inmanentes, a la persona humana. Claro, volvemos al problema semántico científico-jurídico de definir persona, y vemos como tal precisión obedece a los caprichos de las Ciencias del Derecho y de la Medicina cuando, *calamo currente*, de forma arbitraria, y según la conveniencia que cada época, se puede llevar más lejos o cerca el concepto de persona. Sin embargo, analicemos una comentada decisión de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos , cuando estipula que el derecho a la vida es un derecho humano fundamental, que comprende, no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el *derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna*.

Referida a la dignidad del ser y la significación del aspecto negativo del derecho a la salud y calidad de vida que implican, por parte del Estado y/o de los particulares, una obligación de abstención de ejercer ninguna conducta que pueda obstaculizar ese gradual *desenvolvimiento de la dignidad del ser* hacia un estado pleno de desarrollo y calidad de vida, entendido desde un punto d vista holístico e integral y holístico. Allí está el *busilis* de la cuestión planteada. De no haber conducta interventora por parte de terceros, la fusión de los gametos, desde el preciso momento de la unión, configura la potencialidad de ser y la dignidad de ser. Llámelo Ud. fusión de gametos, fertilización, fecundación, concepción, y luego pase a llamarlo, según interese, blastocisto de “x” o “y” días, preembrión, embrión, feto, persona; que no importa. Esa *potencialidad y dignidad de ser* se manifiesta incluso mucho antes de la fusión de los gametos. Cada uno lleva una carga que, de permitirse, sin interferencia, llegará a configurar el ser humano conocido por todos. Es por ello que, en este entendido de las cosas, debemos pensar en qué forma, y en cuáles condiciones dejaremos a esa potencialidad de ser desarrollarse. Porque si, a sabiendas que el medio y condiciones en las cuales permitiremos que esa potencialidad llegue a este mundo, es decir, permitimos que nazca, y se convierta (jurídicamente) en persona, ya será tarde para defender unos derechos que han sido violados y que pudimos haber prevenido y evitado. La casuística presentada en este estudio demuestran con fervor estos aspectos que ahora planteamos.

Es precisamente esta defensa la que debemos buscar y lograr del Estado; es precisamente este tipo de casos los que nos hacen fijar objetivos hacia la promulgación de un Estatuto Jurídico del Embrión que permita proteger a aquel quien no ha sido concebido todavía, al *concepturus*. Defensa que de la misma forma protegerá también al embrión, desde el mismo de momento de su concepción, pero sin olvidar que aún antes de ”crear” este embrión, debemos tener criterios claros y transparentes sobre lo que éticamente debemos hacer y no solamente, como explicamos anteriormente, lo que científicamente somos capaces de lograr. Presentaremos, a lo largo de este capítulo otros casos y situaciones que complementan esta fundamentación.

La propuesta de la tercera vía que se propone consiste en:

Reconocer que los hombres (del Derecho) no han reconocido (todavía) la cualidad (jurídica) de *persona* (como sujeto de derecho y obligaciones) a los no nacidos (*concepturus* y *nasciturus*) porque, caprichosamente, nunca lo han deseado. El día que el Derecho decida reformarse y desee asumirse la personalidad de los no nacidos, créanme que así será. Es una cuestión meramente coyuntural y de conveniencia, además de semántica académica.

Reconocer que la fundamentación que los no nacidos (*concepturus* y *nasciturus*) tengan, *per se*, consagrado el derecho a la vida y de allí en consecuencia y por extensión todos los demás derechos: a la salud, a la educación, al trabajo, etc., es sumamente complejo y controversial en sí mismo. La pregunta sería ¿Cómo reconocer un derecho a la vida a un conjunto celular (de dos o más células) con una carga genética, y que potencialmente se desarrollará en plana vida y entonces, persona?

La propuesta de la Tercera Vía que se presenta: Reconocer el deber del Estado en aceptar que, desde el momento de la concepción, y aún antes, se debe *tutelar y proteger* la *potencialidad de ser* y la *dignidad del ser* por concebirse, y/o ser nacido, porque simplemente ese *concepturus* y/o *nasciturus* no ha hallado su forma de expresarse en sus preferencias, de nacer o no haber nacido, y en todo caso, de no nacer en las condiciones en las cuales lo traen, incluso hasta con cargas crediticias; es decir, con obligaciones (por ejemplo: los concebidos para ser donantes de sus hermanos). Es por ello que el Estado se obliga a tutelarlo y protegerlo.

La máxima potencialidad de vida y salud de ese conjunto celular se integrará la sociedad de la cual el propio Estado se nutrirá. Para el Estado sería una carga social aceptar el desarrollo de vidas discapacitadas. Que el Estado no se beneficia con la aceptación de aberrantes situaciones reproductivas que pudiesen conducirnos a un nuevo holocausto.

Por ello es conveniente recordar la expresión que la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con sede en la ciudad de Estrasburgo, que en fecha 08 de julio de 2004 motivó diciendo que: *"el feto no es un ser humano y por tanto rechaza “otorgar” el status jurídico de persona a un feto, pero existe la necesidad de proteger la potencialidad de este ser y su capacidad de convertirse en persona, sin que esto le convierta en un ser humano con derecho a la vida”*

Puede el ávido lector percatar que el Tribunal, subconscientemente utilizó la palabra (entre comillas) “otorgar”; y ese es el punto que precisamente rechazamos: ¿Quién es este u otro Tribunal para erigirse en reconocedor de los derechos de las personas? Acaso, ¿No es inmanente a la *dignidad de la* *potencialidad de ser* sus propios derechos fundamentales sin necesidad que un Tribunal alguno ni Consejos de Bioética se los estén “regalando” o “reconociendo”? Sin embargo, en esta ocasión el propio Tribunal concluye que, el *concepturus* y/o *nasciturus,* aún no teniendo el status de persona necesitan ser protegidos (tutelados, amparados) en su plena potencialidad de ser y capacidad de “convertirse” en persona.

Volvemos a insistir con las comillas en “convertirse” porque para nosotros este conjunto celular embrionario no se “convertirá” en persona. Es, *per se*, persona, si se le deja evolucionar, desarrollar, y expresarse sin la intervención negativa d terceros.

El embrión quizás no sea (todavía) una *persona*, jurídicamente hablando; y en consecuencia, existe tendencia a no reconocerle sus derechos. Pero, a decir de Roca Trías , *tampoco le cabe otorgarle la categoría de una cosa (no es sujeto, pero tampoco es objeto), pues es un no-sujeto de derecho avocado, por un proceso evolutivo, a convertirse en un sujeto de derecho.*

Debe protegerse, antes de la concepción, a ese embrión por venir que, predictivamente y con base a los conocimientos de los hechos que lo rodean, puede prevenirse un daño mayor simplemente con no dejarlo formar. Más adelante explicamos una serie de aberraciones que se están presentando en las clínicas de reproducción asistida a nivel mundial simplemente por complacer caprichosamente dos pseudo derechos que se han intentando imponer: uno el denominado pseudo derecho a la procreación, y el otro el pseudo derecho a la investigación clínica. En el mejor de los casos, aceptando (que no lo hacemos) esta hipótesis, debemos estar claros y aceptar que, al igual que el resto de los derechos constitucionales del hombre, incluyendo el de la vida, son relativos y tienen sus limitaciones. Aquí la mayor limitación a ese pseudo derecho a la procreación estaría planteado por el propio interés superior de ese concepturus que, al desarrollarse total y finalmente, se encontraría discapacitado por las condiciones disminuidas o precarias en las cuales se le intenta hacer nacer: hijo sin familia, hijo de pareja de homosexuales, hijo de persona en edad final de la vida, hijo con carga genética conocida previamente de enfermedades devastadoras, como cáncer, y aún otros que nacen con la carga y obligación de donar partes de su cuerpo a sus hermanos ya existentes.

La tercera vía plantea la defensa de la dignidad de esa potencialidad de ser que así considerada tendría todo el derecho a nacer vivo, y con calidad de vida; de allí la necesidad de establecer un estatuto legal internacional que lo proteja.(estatuto jurídico del embrión).

Casos emblemáticos en los cuales es necesario la protección del concepturus:

Estoy plenamente convencido en la necesidad de regular, por vía de normas positivas de Derecho, de carácter restrictivo, el funcionamiento y la aplicación de procedimientos de fertilización en casos como:

Se debe autorizar la fertilización artificial, en cualquiera de sus formas, solamente a parejas casadas o que puedan certificar unión estable de hecho. Se busca proteger al embrión de no ser hijo, por ejemplo, de uniones adúlteras en personas ya casadas.

Se debe limitar la edad de la gestante. Es inaceptable (caso de la India) el implantar un embrión a una mujer mayor de 70 años. ¿Qué perspectivas de vida tienen los padres para garantizar el derecho del niño a desarrollarse en una familia?

Bajo el mismo fundamento del derecho del niño a la familia y de tener padre y madre deberían prohibirse la facilitación de embriones o niños de úteros subrogados en parejas de homosexuales (hombres o mujeres).

Se debe prohibir la inseminación postmortem. Se viola el derecho del niño a tener un padre vivo.

Se debe prohibir el anonimato (referido a los donantes de gametos). Las Convenciones Internacionales y las leyes nacionales dan al niño el derecho de conocer la identidad de sus padres biológicos.

Se debe prohibir el imponer cargas al embrión a formarse. Los denominados niños repuestos o “bebe a la carta”; es decir, aquellos que se crean genéticamente con la obligación y objetivo de ser donantes para sus hermanos ya vivos que padecen de ciertas enfermedades.

Se debe prohibir, definitivamente, la práctica de la mal llamada maternidad subrogado, o útero subrogado o alquiler alquilado. Es una práctica oprobiosa que se presta a un mercado indigno y ha planteado casos graves de filiación, identificación, derecho del niño a desarrollarse en su verdadero seno familiar, etc.

Los mencionados casos o situaciones son meramente enunciativas; se conocen en la vida diaria tal cantidad de aberraciones en este campo que hace necesaria una verdadera intervención del Estrado en materia legislativa; si verdaderamente defendemos los derechos del niño, y por ende, como defendemos, los derechos de aquel niño a ser concebido (concepturus) por tratarse, este, una fase inicial de aquel (niño) de cuya proceso, solamente están en diferentes estadios de formación.

Conclusiones

El proceso de fertilización in vitro, de reproducción asistida en todas sus variantes, ha venido desarrollándose vertiginosamente; pero quizás, hoy día la pareja, inducida probablemente por el médico tienda a la selección de esta metodología por segura y por ofrecer mayor garantía que la vía natural cuando a pesar de sus intentos no ha podido lograrse la gestación.

Debe existir una regulación especial en esta materia; se deben reservar estas técnicas a aquellos casos en los cuales se exige una verdadera solución a problemas de esterilidad patológica, o incluso en aquellos casos en los cuales pudiese existir riesgo de transmisión de enfermedades infecciosas; debe consi­derarse su aplicación solamente en instituciones de salud debidamente certi­ficadas y acreditas, que cuenten con todos los profesionales, salas, equipos, insumos, instrumentos, que garanticen, no solamente el resultado de ges­tación deseado sino que además garanticen un excelente nivel de cuidado hacia los pacientes; debe mantenerse una estricta metodología en la confiden­cialidad de la información; los procedimientos deben finalmente ser califi­cados de verdaderas alternativas terapéuticas.

Expresa ROMEO CASABONAen este sentido:

Todos estos procedimientos no deben quedar sometidos de forma exclusiva y absoluta al libre criterio de los investigadores y de los profesionales clínicos, sino a la legitimación y control de la comunidad, puesto que ésta, en su conjunto, va a verse directamente afectada por ellos, sin que signifique un menoscabo para la libertad de la producción científica y técnica y, por tanto, de investigación; tampoco deben dejarse a la ilimitada decisión de los padres, pues se han de proteger también los intereses del futuro hijo, incluso cuando sean contrarios a los de sus padres o de sus madres; el respeto a la dignidad humana debe ser una constante presente en todos los procedimientos (pero situándola en el entramado jurídico no como un derecho fundamental o un bien jurídico más a ponderar), así como a la vida, la integridad física y moral, la libertad e intimidad individuales, y a la protección de la familia, al igual que la prohibición de cualquier forma de discriminación; la protección del embrión humano; la regulación debe ser diversificada, es decir, implicar a varios sectores el ordena­miento jurídico, según sean los intereses o bienes necesitados de regulación y protección (civil, administrativa, penal); hay que aspirar a llegar a una cierta uniformización y armonización legislativa en las cuestiones más importantes entre los países más próximos desde el punto de vista geográfico y cultural, con el fin de evitar, «paraísos legales», «huecos genéticos», o «paraísos genéticos», esto es, que se pueda acceder a estas técnicas en otro país que carezca de una legislación sobre esta materia o, existiendo ya, sea mucho más permisiva.

Finalmente dejo a consideración del lector un pensamiento que se debate entre la verdad médica y la verdad jurídica que siempre he predicado:

La pareja ha de ser ayudada, la ciencia ha de evolucionar, la humanidad ha de engrandecerse en las fronteras científicas con el debido control y regulación de la norma jurídica que una sociedad considere necesaria, para su época, su momento; pero nunca ha de sucederse en detrimento del núcleo fundamental de la vida misma: el embrión.   
  
A la luz de los conceptos planteados en este capítulo podemos concluir, fundamental pero no exclusivamente, que necesitamos urgentemente la regulación jurídica de los avances científicos en el desempeño de la reproducción asistida, fecundación, manipulación genética, clonación, genoma, etc. A través de una sincera legislación de avanzada que, en ninguna forma, signifique atraso, bloqueo, o indebida restricción. Por el contrario, permitirá a los profesionales honestos y conscientes avanzar con pié firme y con la certeza de poder asegurar a sus pacientes la excelencia de sus recomendaciones y sugerencias.   
  
En la elaboración de dicha legislación debemos tomar en cuenta no solamente el producto final: el bebé y la función que para los padres pueda significar. Debemos pensar también en el interés superior de ese niño o niña por venir, y asegurarle una proyección de calidad de vida adecuada a su desarrollo integral.   
Convencernos de la necesidad de una urgente legislación en materia de protección de ese por concebir o ser concebido, el *concepturus*, que a los actuales momentos pareciese ser el menos importante o menos considerado, quizás excluido dentro del binomio padres y profesionales de la salud.   
El embrión quizás no sea (todavía) una *persona*, jurídicamente hablando; y en consecuencia, existe tendencia a no reconocerle sus derechos. Pero, a decir de Roca Trías *tampoco le cabe otorgarle la categoría de una cosa (no es sujeto, pero tampoco es objeto), pues es un no-sujeto de derecho avocado, por un proceso evolutivo, a convertirse en un sujeto de derecho.*Debemos pensar en el *concepturus*, desde mucho antes de su concepción y en el *nasciturus*, en cualquiera de sus estados embrionarios y de gestación, en la potencialidad de ser, la dignidad de ser, y el derecho que tiene a ser reconocido como tal a los fines de la protección y tutelaje que el estado y los particulares le deben. No es un mero conjunto o fusión de dos gametos. Es una potencialidad de ser que de no ser intervenida por factores externos, incluyendo el humano, deberá llegar libre y en las mejores disposiciones de desarrollar una excelente calidad de vida, para sí mismo y sin cargas u obligaciones contraídas en su nombre para terceros.  
  
Finalmente, no debemos olvidar que el científico (médico, biólogo) no son precisamente los titulares de los derechos así como tampoco se reconoce el pseudo derecho a la investigación que pueda privar sobre los intereses del menor a concebido, a ser nacido.   
La mejor forma de concluir, por ahora, el presente análisis, es recordando las palabras de Penrose y Herranz al precisar: "*es preferible vivir en una sociedad genéticamente imperfecta, la cual conserve principios humanitarios de vida, que en una cuyas bases tecnológicas sean dechado de perfección hereditaria*".

1. [↑](#footnote-ref-1)