

González de Cancino Emilssen. *Los retos jurídicos de la genética* (Bogotá, 1995), Universidad Externado de Colombia, 258 pp.

La autora es abogada de la Universidad Externado de Colombia, con estudios de postgrado en la Universidad de Harvard y en la Universidad Complutense de Madrid. Profesora de Derecho Romano en el Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario y en la Universidad Externado de Colombia. Miembro de la Academia Colombiana de Jurisprudencia. Actualmente es Directora del Centro de Estudios sobre Genética y Derecho en la Universidad Externado de Colombia.

La obra se estructura como una recopilación de escritos, en los que la autora recoge las ideas expuestas en sus cátedras o en los Congresos nacionales o internacionales a los que ha asistido como ponente. A pesar de ser una obra de recopilación se advierte unidad temática, de estilo, así como de comprensión de la realidad que estudia y analiza en su calidad de jurista. Y aunque en ocasiones hay temas reiterativos, el repetir ideas parece ser una clara intención de la autora para insistir en su postura respecto de algunas de las cuestiones polémicas que la genética le plantea al derecho. En ocasiones se extraña una división del texto por los diversos temas a tratar, lo que facilitaría una mejor lectura y comprensión de las cuestiones debatidas. La obra es, en algunos aspectos, informativa y descriptiva, insinúa problemas de índole diversa, pero no siempre da soluciones concluyentes, porque su intención, así lo expresa en casi todos los ensayos, es propiciar el debate y suscitar Encuentros de carácter disciplinario para encontrar caminos que permitan a través del consenso una regulación sistemática de los retos jurídicos de la genética. Los ensayos que en este libro se recopilan no se abordan exclusivamente desde una consideración legal, por el contrario, la profesora González de Cancino hace un buen uso de acopio bibliográfico, que le permite insistir en la legislación, jurisprudencia y doctrina internacionales más significativas en relación con los temas que plantea o desarrolla. Se trata, sin duda alguna, de un libro que, aunque, según ella dice en la presentación, tiene como inspiración y razón de ser a los alumnos, será fuente de referencia en los más altos niveles del saber científico, no sólo jurídicos, bien sea para adoptar las posiciones que ella asume o para adoptar críticamente concepciones dicesas. Es de justicia resaltar la excelente presentación de esta obra, se trata de una edición muy bien cuidada, en la que se incluyen siete fotografías de reconocidos artistas como *El nacimiento de Venus* de Sandro Boticelli, la *Maternidad* de Pedro Nel Gómez o la *Eva* de Durero. Es, sin duda alguna, una novedad en los libros, porque hay que recordar que el saber de lo justo es un arte y que en él también hay cabida para la estética, para aquello que los grandes maestros llamarían la *elegantia iuris*.

RECENSIONES

El prólogo del libro (pp. 9-15) lo realiza el Rector de la Universidad Externado de Colombia, Fernando Hinestrosa, quien manifiesta que pocos temas como los que plantea la genética son “tan proclives al impulso emocional o, peor, al apasionamiento y a la adopción de posturas prejudiciales, derivadas de preconceptos religiosos y culturales en general, y tan propicias al desbordamiento del extremismo conceptual y verbal, y aun físico, como lo demuestran los asesinatos de médicos practicantes del aborto en los Estados Unidos, a manos de fanáticos ‘defensores de la vida’” (p. 11). En esta época de insatisfacción, prosigue el prologista, ya no se aceptan “las verdades preestablecidas y eternas, los dogmas se volvieron relativos, el pluralismo campea en lo religioso, lo moral, lo político y dentro de ese pluralismo sobresale la heterogeneidad ética... Lo fundamental es el consenso en torno a principios y valores comunes, para lo cual es indispensable la búsqueda de un ‘acomunamiento’ de creyentes de las distintas religiones, en sus distintas vertientes, fracciones o sectas, y de creyentes o no creyentes a propósito del respeto de la dignidad de la persona y de la especie humana. Lo cual presupone e implica abandono de las actitudes autoritarias, paternalistas, autosuficientes y totalitarias. El ‘bien común’, ‘la salud pública’, ‘la salvación’, no pueden ser objeto de una definición preestablecida por un grupo, una clase, un partido, así sean mayoritarios en grado superlativo, y menos pueden serlo para siempre” (p. 14). En este espíritu Hinestrosa considera que el libro de la doctora González de Cancino está imbuido de una moral ecuménica, basado en la ética de la libertad, en el respeto y en la tolerancia.

1. Repercusiones de los avances genéticos en el derecho (pp. 21-46) es el primer ensayo que se recoge en la obra, en él la autora expresa su preocupación por las nuevas conquistas de la genética y el desarrollo de las técnicas de reproducción humana artificial. Se detiene especialmente en la jurisprudencia colombiana sobre el cambio de nombre de un transexuado masculino, así como la decisión judicial relativa al reconocimiento de filiación de unos gemelos menores de edad, nacidos diez meses y quince días después del fallecimiento de su ‘padre’ y, por lo tanto, fuera de los términos de la presunción de paternidad establecida en el Código Civil.

La doctora González de Cancino hace mención a las legislaciones más importantes que se han adoptado en diversos Estados y que han modificado disposiciones del Código Civil o del Código Penal de su respectivo país, para actualizarlas a las nuevas exigencias del desarrollo de la genética. Cita por ejemplo, las legislaciones más recientes de Suecia, España, Inglaterra, Francia, Costa Rica, Bolivia y Brasil. En el caso colombiano menciona los proyectos de ley presentados por el Representante a la Cámara Javier García Bejarano en 1989 y en 1990, los que no fueron aprobados por el Congreso Nacional.

RECENSIONES

Para la autora los avances esenciales de la genética le plantean a la ciencia jurídica dos problemas esenciales: la disponibilidad del cuerpo humano y la naturaleza jurídica del embrión. Este ensayo no desarrolla ninguno de los dos problemas enunciados, sin duda alguna, esa respuesta se echa en falta, aunque en posteriores ensayos presente, sobre todo en relación con la segunda cuestión, de forma clara su posición. En lo que sí insiste es en la necesidad de elaborar un estatuto especial del embrión que se adopte a través de una ley, la que debe estar inspirada en el principio del respeto de la dignidad humana. Esta ley -dice la autora- es necesaria porque, a pesar de que la Ley 153 de 1887 parte de la hipótesis de la plenitud del sistema jurídico y establece la obligación del juzgador de decidir una causa, independientemente de que exista o no ley aplicable al caso, las actuales disposiciones civiles y penales no contemplan los nuevos supuestos de hecho que la genética le exige responder al derecho.

2. *Responsabilidad por la manipulación genética* (pp. 49-93) es el segundo ensayo de la obra. En este trabajo que recoge la ponencia presentada por la autora a la Academia Colombiana de Jurisprudencia para tomar posesión como Miembro Correspondiente, la Profesora de la Universidad Externado de Colombia sienta dos premisas que se van a repetir en otros ensayos recogidos en esta obra: la primera, no es fin del derecho imponer coactivamente una serie de principios morales; la segunda, la persona es el centro del sistema jurídico. Es importante resaltar esta última premisa porque la autora aunque parte del principio del respeto de la dignidad humana no lo asume en todas las afirmaciones y conclusiones de su obra, porque, como más adelante se dirá, considera que jurídicamente la persona es el ser humano que ha nacido.

La doctora González de Cancino antes de abordar el tema de la responsabilidad desde una consideración jurídica, estima necesario precisar qué debe entenderse por responsabilidad, la que -escribe- implica predicar que alguien debe responder por algo, se trata de la respuesta que el sujeto debe dar ante la ruptura o el desequilibrio de un orden dado. Pero esta respuesta en el caso de los problemas que deben enfrentar los científicos de diversas áreas del saber no pueden ser solucionados mediante la comparación de su actuar con las convicciones de su propia conciencia. La autora dice con Hans Küng que más que una ética de la convicción, ahistórica y política, se debe adoptar una ética de la responsabilidad, en la que se adviertan las consecuencias que los actos de su oficio pueden tener en relación con la dignidad de la persona y la supervivencia de la especie. La autora considera que “los juicios de valor y desvalor pueden hacerse tanto dentro

de la ética marcada por la impronta de una religión como dentro de la llamada ética civil o ciudadana, en otras palabras la responsabilidad moral no puede transferirse a la religión” (p. 55). Y aunque es cierta esta afirmación, decimos nosotros, no por ello puede afirmarse que no existe una estrecha relación entre las convicciones religiosas y la moralidad, mucho menos llegar a la afirmación, la que en honor a la verdad no hace en este ensayo la doctora de Cancino, de negar que la religión sea incompatible con una objetiva investigación científica.

Bien anota la autora que hoy en día se han difuminado las distinciones entre la responsabilidad moral y la responsabilidad jurídica. En uno y otro caso, decimos nosotros, el problema central que se plantea es el de la comprensión de la persona. Así, por ejemplo, la cuestión fundamental relativa a la responsabilidad en y por la criopreservación de los embriones, por su creación, destino y destrucción, así lo acepta la autora, es saber si en términos jurídicos el embrión es una persona o, para decirlo en términos procesales, si el embrión tiene la misma protección de la persona.

Es de lamentar que la autora no se detenga a analizar esta cuestión esencial y que se limite a adoptar la interpretación que un sector de la doctrina, mayoritario por cierto, le ha dado a las disposiciones del Código Civil, en el sentido de afirmar que se concede, dentro de la tradición romana, protección al concebido, pero considerar que la existencia legal de la persona comienza sólo con el nacimiento. Fiel a su formación romanista, la doctora González de Cancino considera que de conformidad con las disposiciones del Código Civil colombiano vigentes no se puede afirmar que el embrión *in vitro* sea una persona o se le asimile a ella para efectos de protección jurídica. Incluso llega a expresar que tampoco puede sostenerse con base en el artículo 74 del Código Civil que el embrión sea individuo de la especie humana, “planteamiento difícil de aceptar por lo menos en la actualidad, cuando el estado de la técnica no permite el desarrollo fuera del útero de embriones por más de 14 días, época para la cual no han alcanzado las características de unidad y unicidad que se reputan propias e inherentes a la individualización” (pp. 58-59). Tampoco considera la autora que el *embrión in vitro* puede asimilarse para efectos jurídicos al concebido pero no nacido, porque “esa clase de embriones no se encuentra dentro de un medio que los coloque de inmediato en proceso de nacimiento” (p. 60) y porque aceptar esa asimilación, “equivale a adoptar una conducta ajena al cambio” (p. 61). Sólo cuando el embrión *in vitro* se transfiere a la matriz de la mujer y allí se anida se convierte en *nasciturus*, sólo en ese momento tendrá la protección que le corresponde no como persona, sino como no nato. Dentro de esta misma línea de pensamiento, la destrucción de los embriones de laboratorio por parte del médico o de personal paramédico no puede considerarse como un homicidio ni tampoco como un aborto. No es homicidio

RECENSIONES

-afirma la autora- porque el artículo 323 del Código Penal exige matar a otro, y tanto la jurisprudencia como la doctrina colombianas han interpretado que el término otro es similar al de la persona en sentido jurídico, esto es al ser humano que ha nacido. La acción de destrucción de los embriones no es un aborto porque este delito se define como la interrupción del embarazo de una mujer y en el embrión *in vitro* no hay embarazo. La ausencia de norma legal -agrega- hace imposible aplicar la analogía, la que está prohibida en materia penal. La acción de destruir los embriones se encuadraría en el delito de causar el *daño en bien ajeno*, “con el consiguiente escándalo social y religioso a pesar de que su sanción es más grave que la del delito del aborto” (p. 66).

Es notoria la ausencia en este ensayo y en toda la obra de unas reflexiones más detalladas acerca de la persona, presentadas desde una consideración filosófica, biológica y jurídica, porque a pesar de que cada uno de estos modos de conceptualización son diversos, debe decirse que en los tres casos el término persona supone una misma realidad: el ser humano. También causa cierta extrañeza que una connotada jurista no interprete la Constitución Política para hacer referencia a la persona y prefiera abordar este tema a partir de normas jerárquicamente inferiores, como son el Código Civil y el Código Penal y que a pesar de reiterar el principio del respeto de la dignidad humana, dignidad que se predica respecto de todo ser humano, la autora se limite a afirmar que en el ordenamiento jurídico colombiano la persona en sentido jurídico es el ser nacido. Incluso podría decirse que independientemente de la discusión de si el embrión es o no persona, no puede negársele su condición de ser humano. La postura contraria significaría admitir que el embrión fruto de la unión del varón y de la mujer no es humano, afirmación que no estarían dispuestos a aceptar la gran mayoría de los científicos actuales, aún aquellos que sostienen que antes del embrión debe hablarse del pre-embrión, postura que en este ensayo acepta, sin discusión alguna, la doctora de Cancino, quien aduce como criterio de autoridad el *Human Fertilisation and Embriology Act*, adoptado por Inglaterra en 1990, así como la *Ley general sobre técnicas de reproducción humana asistida*, promulgada por España en 1988.

Es un eufemismo, decimos nosotros, cambiar la terminología del embrión por la del pre-embrión. Desde el momento de la fecundación estamos ante un nuevo ser humano que posee desde ese instante su historia individual, guiada por el programa genotípico, en cuyo despliegue no se producen saltos cuantitativos ni cuantitativos. Cada nueva vida humana no es la de un ser humano potencial, sino

la de un ser humano con potencialidades. El desarrollo de estas potencialidades es un proceso dotado de continuidad que debe ser jurídicamente tutelado. Y para ello es necesario adoptar una legislación que de manera armónica y sistemática proteja civil y penalmente al embrión.

Podríamos argumentar, como lo hace la Corte Constitucional en la sentencia C-133 de 1994 por la que declaró exequible el artículo 343 del Código Penal que tipifica en Colombia el delito del aborto, que el embrión como ser vivo es titular de una protección especial, en tanto que “el valor esencial protegido por el ordenamiento superior es la vida humana, necesariamente debe colegirse que en donde haya vida, debe existir el consecuente amparo estatal”. En este sentido, puede afirmarse, como lo hace el Alto Tribunal Constitucional en Colombia, que la Constitución no sólo protege “el producto de la concepción que se plasma en el nacimiento”, sino “el proceso mismo de la vida humana”. No se trata de la simple protección a un valor esencial del ordenamiento jurídico, decimos nosotros, sino a la misma dignidad del ser humano, la que de conformidad con el artículo 1º de la Constitución Política se constituye en el fundamento del Estado Social del Derecho. Sería contradictorio con el principio del respeto de la dignidad humana, afirmar que constitucionalmente se prohíbe cualquier forma de servidumbre (art. 17 C.P.) y considerar que en relación con los demás derechos reconocidos constitucionalmente no es el ser humano su titular, sino el alguien que reúna los requisitos determinados por la ley para ser considerado como persona. Es así que podemos afirmar que el embrión humano en tanto ser digno es titular, entre otros derechos, del derecho a la vida y a la integridad física (arts. 11, 12, 44 C.P.).

Para la Directora del Centro de Estudios sobre Genética y Derecho de la Universidad Externado de Colombia, desde 1980 se erige en nuestro país el delito de la inseminación artificial no consentida, *contrario sensu* considera que tal procedimiento es lícito si media el consentimiento de la mujer. Disposición que, de alguna forma, confirmó la Constitución Política de Colombia al establecer en el artículo 42 que “los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica tienen iguales derechos y deberes”. Afirma, en igual forma, que en el ordenamiento jurídico colombiano la investigación y experimentación sobre embriones están permitidas constitucionalmente, justifica esta afirmación con base en los artículos 27 (libertad de enseñanza, aprendizaje, investigación y cátedra) y 73 (libertad de informar y de recibir información veraz) de la Carta Política.

Especial atención le merece a la autora la publicación de las Sociedades Colombianas de Fertilidad y Estirilidad y Andrología, dada a conocer en 1991

RECENSIONES

con el título *Consideraciones bioéticas en reproducción humana asistida*, en la que manifiesta su sorpresa por el hecho de que los científicos colombianos consideren bioéticos los procedimientos de inseminación con semen homólogo y de transferencia de embriones homólogos *post mortem*. Es, en efecto, preocupante la información que la autora recoge en relación con una encuesta realizada por estas Sociedades en las que el 60% de sus miembros acepta los procedimientos de preselección de sexo, el 30% es partidario de la inseminación *post mortem*, el 72% acepta la maternidad delegada, sustituta o subrogada, el 30% admite la experimentación de preembriones humanos, el 22.5% se pronuncia a favor de la comercialización de los gametos y el 100% responde a favor de la criopreservación de óvulos. Estas estadísticas demuestran que en Colombia hay una aceptación cada vez mayor de las nuevas técnicas de reproducción humana, las que se han ido aceptando y practicando sin un debate previo.

El ensayo termina abordando los problemas de la manipulación genética a través de las técnicas de ingeniería genética molecular y las operaciones de cambio de sexo. En este último caso comenta dos sentencias de jueces civiles colombianos que han resuelto en Bogotá demandas que solicitaban el cambio de nombre en personas que se habían sometido a intervenciones quirúrgicas con el objeto de suprimir o simular órganos genitales en un intento por acomodar las características sexuales externas con el llamado sexo de deseo.

Le propone, finalmente, a la Academia Colombiana de Jurisprudencia una Comisión de Estudio que adelante el análisis de los problemas bioéticos y jurídicos y señale el punto de partida para resolver las dudas de los científicos acerca de la reproducción humana.

3. *Derechos humanos y ciencias biológicas* (pp. 97-120), la autora en este tercer ensayo recoge la ponencia que presentó en la X Conferencia de Ministros de Justicia Iberoamericanos, reunida en Cartagena en junio de 1994, la cuestión central de su intervención es responder el siguiente interrogante: ¿cómo combinar, de manera adecuada, los adelantos biotecnológicos con la protección de los derechos fundamentales? Para intentar dar respuesta a esta pregunta adopta las premisas, algunas de las cuales ya se habían mencionado en un ensayo anterior: la persona es el centro del sistema jurídico; el derecho no pretende imponer coactivamente una serie de principios morales, aunque no debe desconocerse que el derecho tiene un carácter pedagógico y es portador de una ética mínima; hoy en día muchos principios axiológicos han variado de contenido y han dado paso a lo que, según la autora podría llamarse la ética de lo esencial; el principio de la dignidad humana es el norte que debe guiar todas las reflexiones y acciones de los juristas.

A pesar de que expresamente afirme que la atención de la Constitución y del Código Civil “apunta, por un lado, hacia la exigencia general al derecho de tomar en consideración los valores del hombre que se reputan fundamentales no sólo para el individuo, sino también para la comunidad, y de otro, hacia una más acentuada exigencia de protección a la persona mediante el reconocimiento y la garantía jurídica de los valores fundamentales que ella representa y que aparecen consustanciales a su propio ser” (p. 99), no se advierte en todo el ensayo una defensa de los derechos que le son inherentes al ser humano, nada se dice en relación, por ejemplo, con el derecho a la vida ni con el derecho a la integridad personal.

Después de mencionar algunas amenazas de los nuevos desarrollos de la ingeniería genética y de la biología molecular y de afirmar que en Colombia han nacido más de 2000 niños por fertilización *in vitro*, la autora propone a los Ministros de Justicia de Iberoamérica promover encuentros interdisciplinarios para debatir las consecuencias éticas, legales y sociales de las ciencias biológicas, así como crear un Comité Iberoamericano de expertos para que dé a conocer a los gobiernos unos principios guías que sirvan de base para adoptar legislaciones nacionales y acuerdos internacionales, decisión que efectivamente se adopta.

Esta legislación, a su juicio, debe prohibir expresamente algunas acciones como el hecho de obtener preembriones humanos por lavado uterino para cualquier fin, mantener *in vitro* a los óvulos fecundados y vivos más allá del día catorce del que fueron fecundados, descontando el tiempo que pudieran haber estado crioconservados, comerciar con embriones o con sus células, crear seres humanos idénticos, seleccionar el sexo o la manipulación genética con fines no autorizados, fusionar preembriones, transferir gametos o preembriones humanos en el útero de otra especie animal o viceversa. Las cuestiones que jurídicamente, a su juicio, merecerían mayor atención de esa legislación a adoptar serían: las relativas a la filiación; el *status* del embrión; la reglamentación de los diversos tipos de contratos que los usuarios celebren con los médicos y los institutos que prestan los servicios de bancos de semen y de óvulos; la exigencia y forma de prestar el consentimiento para la celebración de esos contratos; los acuerdos de gestación sustitutiva; las operaciones de cambio de sexo y sus consecuencias legales; la reglamentación de la información obtenida mediante análisis genéticos, por ejemplo para identificar en el marco de una investigación judicial a un individuo.

4. *Mujeres, derecho a la procreación e inseminación artificial* (pp. 123-171) es el ensayo más extenso y quizás el más polémico del libro, en él la autora desarrolla de manera más amplia su concepción sobre los retos jurídicos de la genética. Inicialmente plantea la cuestión de la conceptualización de la inseminación artificial, tema que aborda a partir de tres definiciones y de las dificultades que cada

RECENSIONES

una plantea, saber, por ejemplo, cuál es el comienzo de la vida, si existen o no diferencias entre la concepción y la fertilización, o si debe protegerse el secreto sobre la identidad del donante. Define la inseminación artificial como “una técnica o procedimiento para obtener la reproducción sin unión coital” (p. 124), en ésta -dice- “la aproximación de gametos es provocada, el resto continúa siendo función de la maternidad” (ibidem).

Sostiene que en Colombia, como ya lo había dicho en el segundo ensayo, desde 1980 es lícita la inseminación artificial, al establecer el Código Penal como conducta punible la inseminación artificial sin el consentimiento de la mujer y como agravante la inseminación heteróloga, si ella está casada, de lo cual se infiere que tanto las mujeres casadas como solteras pueden someterse a ese procedimiento voluntariamente. Son lícitas, afirma la autora de manera categórica, lo que ella denomina la inseminación artificial conyugal (IAC) y la inseminación artificial con donante (IAD). La misma Constitución de 1991 -escribe- reconoció que la procreación artificial es una técnica que “forma parte de la realidad colombiana y se la considera como un método más para integrar ese ‘núcleo fundamental de la sociedad’ que es la familia” (p. 127).

La autora critica la posición de la Iglesia Católica en relación con la inseminación artificial, en especial los argumentos que se presentan en la Instrucción *Donum Vitae* sobre el respeto de la vida humana naciente y la dignidad de la procreación. No sólo no comparte la postura de la Iglesia respecto del elemento unitivo y del elemento procreador de la unión sexual entre los esposos, sino la afirmación, también defendida por la Iglesia, de que el matrimonio no confiere a los cónyuges el derecho a tener un hijo, sino el derecho a realizar los actos naturales que de suyo ordenan la procreación. A su juicio, la Instrucción identifica todo derecho con el derecho de la propiedad, lo que explica que la Iglesia Católica considere que el hijo no es algo debido, que no puede ser objeto de propiedad, sino un don, el don más gratuito del matrimonio.

No se advierte en este punto el rigor jurídico con el que la autora suele desarrollar sus escritos, porque la *Donum Vitae* y el *Catecismo de la Iglesia Católica*, texto que también cita, no identifican el derecho con la propiedad, lo que afirman es que el hijo no es algo debido de los padres, ni que el hijo puede ser considerado como una cosa o un simple objeto, porque el ser humano, el mismo que los documentos internacionales de derechos humanos y las modernas Constituciones califican como digno, no puede ser tratado como medio, sino como fin. Sostener que el hijo no es algo debido, no es algo suyo de los padres no implica identificar el derecho con la propiedad, porque los bienes que se dicen suyos de alguien pueden ser tenidos a títulos diversos, no sólo a título de dominio.

RECENSIONES

Las consideraciones críticas acerca de la posición de la Iglesia Católica en relación con la inseminación artificial le llevan a plantear el interrogante de si existe o no el derecho a la procreación, o el derecho al hijo. Responde afirmativamente a esta pregunta haciendo uso de legislación, jurisprudencia y doctrina internacionales. En el caso de Colombia funda su afirmación en los artículos 1º (respeto a la dignidad humana), 13 (derecho de la igualdad y principio de la no discriminación), 15 (derecho de intimidad), 16 (derecho del libre desarrollo de la personalidad), 42 (derechos de los hijos procreados con asistencia científica) y 43 (derechos de la mujer embarazada) de la Constitución Política, así como en el Código del Menor que autoriza a la persona soltera a adoptar, siempre y cuando “siendo capaz, haya cumplido 25 años de edad, tenga al menos 15 años más que el adoptable y garantice idoneidad física, mental, moral y social suficiente para suministrar hogar adecuado y estable a un menor” (art. 89 Decreto 2737 de 1989). Así pues, la autora se pronuncia no sólo a favor del derecho al hijo, sino del derecho de las solteras a procrear, incluso mediante la inseminación artificial. Son éstas sus palabras: “es clara la aceptación del sistema jurídico a la IA de las mujeres célibes. La procreación es, en el estado actual de nuestra cultura, una proyección de la personalidad que la sociedad mira en forma positiva; la infertilidad y la esterilidad, en cambio, merecen compasión -cuando no rechazo-, a tal punto que la propia Iglesia Católica hace la precisión de que es un mal, pero no un mal absoluto” (p. 157). La mujer soltera que elige ser madre mediante las técnicas médicas de reproducción no “viola los derechos de otras personas; no posee vínculos conyugales que hagan pensar en alguna supuesta violación al deber de fidelidad, cualquiera que sea su contenido y su alcance; menos aún los del donante que ha realizado un acto de desprendimiento, no de deseo o acogimiento de paternidad” (p. 158). Negarle este derecho sería desconocerle el derecho al libre desarrollo de la personalidad y discriminarla en razón de su estado civil. No puede, en este caso, afirmarse que se niegan los derechos del niño, porque en el momento de la elección no existe niño ni siquiera un *nasciturus*. La posición de la autora llega más allá del simple reconocimiento de ese derecho, afirma, también de manera categórica, que la mujer es libre de escoger la forma de lograr la procreación, “sin necesidad de revelarla con el objeto de solicitar autorizaciones o someterse a juicios a todas luces inconstitucionales” (p. 160) y que ella y la familia de la que forma parte tienen el derecho “a conservar esta escogencia en secreto porque pertenece a la esfera más íntima de determinación individual y familiar” (*ibidem*).

La autora refuerza su planteamiento afirmando que la base de toda la consideración de los derechos humanos es el respeto de la dignidad humana (art. 1º de la Constitución Política) y dice con la Corte Constitucional que “toda persona, en razón de su condición humana, exige igual consideración y respeto y

RECENSIONES

debe reconocérsele capacidad de autodeterminación y posibilidad de goce de los bienes inapreciables de la existencia” (pp. 162-163), bienes que no deben entenderse con el significado de cosas con valor patrimonial, sino como “aquello que en sí mismo tiene el complemento de la perfección en su propio género”(p. 163). Con base en ello afirma, que “la posibilidad de perpetuarse y perpetuar la especie con hijos propios ha tenido valor extraordinario para los seres humanos. Si del goce de este bien no se deriva, como en efecto no sucede, perjuicio para otra persona y el riesgo de desafecto o abandono no puede calificarse a priori, ni puede comprobarse que sea superior al que corren los hijos de unión carnal, el derecho de la mujer no puede desconocerse sin ultrajar su dignidad y recortar su capacidad de autodeterminación” (ibídem).

Pero no sólo la doctora Emilssen de Cancino considera que tiene derecho la mujer célibe para hacer uso de las técnicas de procreación asistida, sino que también es lícito que una mujer unida en matrimonio acuda a la aplicación de la inseminación artificial con donante. “Aquí, de nuevo, dice expresamente, nos parece que su derecho, como persona, a la procreación, no está en duda; la gran discusión girará en torno a las implicaciones de su conducta frente al marido y, en consecuencia, frente a la unión matrimonial” (p. 165). El marido no podrá invocar la causal 1ª del artículo 6º de la Ley 25 de 1992 para pedir el divorcio o la cesación de los efectos civiles del matrimonio, porque la mujer ha logrado la procreación sin tener relación sexual alguna. Tampoco podría sostenerse, en el caso de no producirse el embarazo de la mujer, que incurre en la causal 2ª, porque “no es evidente que el comportamiento de la mujer haya ‘acarreado secuelas que pongan en peligro la unidad de la vida matrimonial’” (p. 166).

Éste, sin duda alguna, es el más discutido y discutible de los ensayos de la autora, en el que se hacen afirmaciones que, a partir de una peculiar consideración acerca de la dignidad de la persona, llevarían a admitir derechos inexistentes e incluso a desconocer los derechos y deberes que surgen del vínculo del matrimonio. Es de esperar que la doctrina jurídica colombiana debata con el rigor científico necesario las afirmaciones que en este ensayo se presentan, las que parecerían desconocer que todo derecho está medido y que los derechos más que entrar en conflicto deben armonizarse entre sí. Y que los derechos que tiene la persona-mujer o de la persona-varón en su dimensión de ser sexual necesariamente requieren de la persona-varón y de la persona-mujer para poder alcanzar los fines propios de la sexualidad.

5. *El contrato de gestación sustitutiva* (pp. 175-203) es el quinto ensayo del libro, en él la autora, además de reiterar algunas ideas expuestas en los escritos

RECENSIONES

precedentes, examina con cierto detalle el tema de la maternidad subrogada o alquiler de vientres, situación en la que ubica los siguientes casos: permitir la fecundación de un óvulo propio con semen del contratante varón obligándose a entregar el fruto que resulte de la fecundación a la pareja que él tiene formada con otra mujer; permitir que le sea implantado un embrión que es el resultado de una fecundación *in vitro* de un óvulo de tercera mujer con el semen del marido o de un donante que forma la pareja que le pide adelantar la gestación y entregar el fruto al término de ésta.

La autora considera que la figura no es, según las disposiciones civiles colombianas, una subrogación de la maternidad, porque, entre otras razones, la maternidad no puede establecerse por simple convención. La mujer que le encarga a otra llevar adelante la gestación no se subroga en sus derechos. Prefiere hablar, como lo hace la legislación española, de contratos de gestación sustitutiva, cuyo objeto es “la obligación de someterse al implante del óvulo fecundado o de permitir la fecundación del propio, favorecer el desarrollo sin problemas de la gestación y entregar el bebé después del parto” (p. 188), objeto que a la luz de las normas civiles sería ilícito, porque el estado civil o los vínculos de filiación no pueden ser objeto de relaciones negociales. También es discutible, dice la Profesora de la Universidad Externado de Colombia, la licitud de la causa de este tipo de contratos, que bien podría ser entendida como la posibilidad restringida de remediar la esterilidad o la de favorecer la opción de cualquier pareja, incluso la de los homosexuales, o de cualquier individuo soltero de tener hijos. Por tal razón, la autora considera, una vez más, que es necesaria la adopción de una legislación civil que permita de manera expresa los contratos de gestación sustitutiva, los que, a su juicio, no deberían perfeccionarse solo con el consentimiento, “sería pertinente escoger la forma escrita y determinar con sumo rigor las obligaciones de cada una de las partes contratantes y los organismos y procedimientos de control sanitario y jurídico” (p. 193).

Según las disposiciones legales vigentes, la relación de maternidad en los casos de gestación sustitutiva se predica -escribe la autora- entre la madre que produce el alumbramiento y el nacido de ese parto. Si la madre de gestación estaba unida en matrimonio, el niño tiene por padre al esposo (art. 213 C.C. y concordantes) y la impugnación de la paternidad sólo podrá realizarla el marido con el lleno de los requisitos legales, mientras el matrimonio subsista.

A nuestro juicio, estas afirmaciones pueden ser discutibles si se acepta que no es el nacimiento el que determina la existencia legal de la persona. A nivel constitucional también podría justificarse esta postura a partir de la disposición

RECENSIONES

del artículo 42 al reconocer que los hijos “procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes”, según la interpretación que damos a esta norma podría legitimamente sostenerse que la filiación no se determina por razón del nacimiento, como si sucede por ejemplo, con la nacionalidad (art. 96 Constitución Política), sino por la procreación, es decir por el acto de engendrar un nuevo ser humano. Razón por la cual, es válido afirmar que a nivel constitucional es madre, en el caso de un contrato de gestación sustitutiva, la madre genética.

La doctora González de Cancino termina este ensayo planteando once problemas diversos que la legislación civil debería resolver, en el caso de adoptarse una legislación sobre contratos de gestación sustitutiva.

6. *Embriones en el laboratorio y protección penal -el caso francés-* (pp. 207-228) es el título del sexto y último ensayo de la obra, en él la autora aborda nuevamente el tema de la protección legal de los embriones, cuestión que ya había desarrollado en otros ensayos, deteniéndose especialmente en el estudio de la legislación francesa. Es de resaltar en este artículo la defensa que hace de la categoría del preembrión, noción que, a pesar -afirma la autora- de la oposición de Iglesia Católica, se ha ido abriendo camino en los ámbitos científicos y legales. El preembrión, dice citando a Javier Gafo, no es un individuo de la especie humana, porque no tiene la calidad de ser único, nota de la unicidad, ni se distingue de otro, nota de la unidad. Esto explica que puedan darse los gemelos monocigóticos y las quimeras humanas.

El carácter biológico humano del óvulo fecundado está fuera de toda duda, es una evidencia experimental. De ahí que en contraposición a la postura que defiende la doctora de Cancino, pueda también aceptarse, como lo han hecho algunos genetistas, entre ellos Jérôme Lejeune, que el embrión es un ser uno, de él es predicable como atributo esencial de su ser la unidad. Toda la unidad del ser trae consigo unidad y toda unidad tiene sus raíces en el ser. La unicidad es más que individualidad. El individuo es el ser que no cambia de naturaleza, es el sujeto concreto de una esencia en su peculiaridad incommunicable, mientras que la individualidad es esa peculiaridad del ente que le determina en su unicidad y unidad incommunicable, en contraste con lo universal y con lo general. Cada ser humano, desde el momento mismo de la fecundación, es un ser único y uno porque está dotado de un programa genético específico y de una potencialidad suficiente para desarrollarse como todo ser humano.

El libro termina con un apéndice en el que se incluye *La Declaración Universal de los Derechos Humanos de las generaciones futuras* (pp. 233-242), adoptada en la ciudad de La Laguna (España), el 26 de Febrero de 1994 y el *Proyecto de Ley*

RECENSIONES

sobre técnicas de reproducción humana asistida (pp.245-253), presentado al Congreso de la República de Colombia por el Representante a la Cámara Javier García Bejarano en 1990, proyecto que contó con la asesoría de la Universidad Externado de Colombia.

Por todo lo dicho, se comprende que estemos ante un libro polémico, que exigirá varios estudios interdisciplinarios y es de esperar monografías especializadas sobre las diversas cuestiones que en él se plantean. Ojalá que mientras la ciencia avanza a pasos sorprendentes, la legislación, la jurisprudencia y la doctrina jurídicas no sigan en todo el camino que la genética sugiere, sobre todo el de la crioconservación, porque se corre el peligro de querer con ello detener el tiempo, que es lo mismo que se hace con el embrión en proceso de criogenización. Es de desear que ni las ideas se congelen ni se nos obligue ni a otros se les obligue a sobrevivir con el tiempo suspendido en un recipiente de concentración. Ello, pese a lo que se diga y escriba, lesiona la dignidad de la persona humana.

ILVA MYRIAM HOYOS CASTAÑEDA