

## La fecundación in vitro frente a la dignidad humana

*In vitro* insemination in front of the human dignity

Carlos Arturo Mancipe Villamarín\*

### Resumen

Las aplicaciones científicas están demostrando hoy día la capacidad humana para controlar su entorno y su vida; estos avances conllevan la importante responsabilidad de proteger la dignidad del ser humano, por lo tanto es preciso que el derecho responda a las necesidades actuales de la sociedad y proteja el valor fundamental de los hombres, situación que parece no tener la suficiente relevancia en la legislación colombiana.

En este ensayo se hace una revisión del tratamiento del tema en el ámbito constitucional, así como en la normatividad civil y penal; igualmente, se analizan algunos de los problemas que surgen de la aplicación de los avances científicos en la reproducción humana, y se hacen unas reflexiones finales acerca de los tópicos estudiados.

### Palabras clave

Dignidad humana, reproducción asistida, bioética, legislación, derechos fundamentales.

---

\* Estudiante de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia.

**Abstract**

The scientific applications nowadays are demonstrating the human capacity to control its environment and its life. This advances mean the important responsibility of protecting the dignity of human being, so that it is necessary that the law answers to the current needs of the society and protect the fundamental value of the men, situation that seems to have not enough relevancy in the Colombian legislation.

In this paper we make a review of the treatment of these topics in the constitutional, civil and penal fields, likewise we analyze some of the problems that arise of the application of scientific advances in the human reproduction.

**Key words**

Human dignity, assisted reproduction, bioethics, legislation, fundamental rights.

## Introducción

Las tradiciones, los usos y hábitos de la sociedad civil se encuentran en constante cambio, debido principalmente a la época tecnológica que vivimos, es así como cosas ni siquiera imaginadas en tiempo pasado hoy son realidad y modifican la forma de vida de las personas y sus interacciones sociales. El progreso se ha presentado en todos los ámbitos de las ciencias, tanto naturales como sociales, aunado a esto los adelantos tecnológicos en cuanto a la movilidad y la conectividad representan valiosos logros en el desarrollo humano; hoy nadie puede afirmar que los avances en Internet, en la comunicación móvil y en la medicina moderna sean incipientes en la cotidianidad y en la realización personal de los individuos.

Los adelantos en la medicina han tenido repercusiones importantes en el desarrollo de la vida de las personas, ya que se emplean todos los recursos tecnológicos existentes para curar y salvar la vida. Métodos como las modernas técnicas de cirugía, los trasplantes de tejidos son reconocidos como benéficos por sus resultados, además han tenido gran aceptación por parte de la sociedad. Estas técnicas han empezado a utilizarse en la procreación de la vida, asunto que ha generado gran controversia debido a las implicaciones éticas que comporta. De manera principal la biomedicina y las nuevas técnicas de reproducción humana, permiten hoy en día obtener

un hijo mediante inseminación artificial, fecundación in vitro, entre otras técnicas de reproducción asistida.

Son muy conocidas las aplicaciones benignas que se pueden presentar en el ejercicio de esta nueva tecnología en particular, como es la fecundación de una nueva vida con los genes de determinados padres que se encuentran impedidos para llevar a cabo una relación física con la finalidad de procreación, o en la mujer que no puede albergar una nueva vida en su vientre debido a alguna clase de aflicción física. Pero, por otra parte, está también la aplicación indebida de esta tecnología que se puede prestar para introducir modificaciones genéticas en las procedentes generaciones de hombres, o para llegar a prácticas eugenésicas. En definitiva, son muchas las situaciones que se pueden presentar gracias a la viabilidad de la reproducción asistida, y debido a esto es que es importante interrogarse por las implicaciones reglamentarias respecto a la manipulación genética y la reproducción asistida, considerando la facultad que tiene el Estado para regular todos los campos de la vida de la sociedad, en beneficio del orden público y el bienestar social, con medidas administrativas e incluso utilizando sus recursos punitivos.

Es necesario reconocer la posibilidad de aceptar jurídicamente las nuevas técnicas de reproducción asistida, a fin

de no restringir la libertad personal, en lugares donde no es necesario, y de salvaguardar la dignidad humana, para ello es necesario tener en cuenta ciertos conceptos sobre bioética y derecho.

Concretamente este estudio estará orientado hacia la técnica de la fecundación in vitro: ¿qué es?, ¿cuáles son sus características especiales y qué es lo que posibilita?, ¿cuáles son los posibles problemas que conlleva? Luego se hará una reflexión sobre la pertinencia de las normas en el sistema colombiano que hablan sobre dignidad humana, y que tangencialmente rozan el tema.

### **Bioética y derecho**

Dentro del campo general de la ética, se encuentra como una especie de ésta la bioética, disciplina que intenta responder a preguntas tan diversas como las siguientes: ¿cómo debemos tratar a un embrión humano?, ¿es lícito permitir que una persona solicite morir?, ¿es correcto permitir el desarrollo de nuevos productos a pesar de que supongan una amenaza para el medio ambiente?, etc. Todas estas cuestiones pueden sintetizarse diciendo que es una disciplina que se ocupa de la vida en cuanto tal. No de la vida personal, ni siquiera de la vida humana, sino de toda la vida que

conocemos. La bioética trata de decirnos cómo hemos de tratar la vida y por qué hemos de tratarla así<sup>1</sup>.

La función especial de la bioética consiste en dotarnos de unas pautas para afrontar los complicados problemas relacionados con la vida humana. Ello además de las exigencias que impone la protección de valores fundamentales que no puede ser satisfecha de forma completa por la bioética, sino que ésta necesita de otras disciplinas que la complementen adecuadamente. Allí aparece el Derecho, en cuanto este le otorga a la bioética los instrumentos esenciales para que pueda transitar desde el marco de lo teórico a una ordenación real de la vida humana.

La bioética, como toda ética, obtiene su fuerza fundamental de la propia solidez de los razonamientos que la constituyen, entonces su verdadero poder se halla en la capacidad para aportar argumentos que nos lleven a soluciones compartidas por todos<sup>2</sup>. Pero esta consideración no debe ocultar el hecho de que en muchos casos la fuerza de la razón no es suficiente para garantizar la paz social, sino que hace falta de otras instancias, como lo es el Derecho con sus características de coerción y sanción. Por esto surge así una relación fundamentada en una mutua necesidad, dado que aquella

<sup>1</sup> DE BERIAIN IÑIGO, Miguel. El embrión y la biotecnología, un análisis ético jurídico. Granada: Comares, 2004. p. 49-50.

<sup>2</sup> Ibid. p. 63-65.

necesita de éste como instrumento imprescindible para garantizar la aplicación de sus conclusiones, y el Derecho solo puede legitimarse y realizar su fin: la justicia social, si tiene una ética que respalde sus normas. “Es difícil, y mucho se ha escrito sobre deslindar los límites de ambas disciplinas, no se ha llegado a una posición común en la doctrina, que los establezca, pero sí se han planteado características importantes, y se ha determinado la correlación pertinente entre una y otra, pues el Derecho está destinado a llevar un control social general, más, que a la persona en particular, situación contraria de la ética que centra su atención en la conducta del hombre”<sup>3</sup>.

### **La fecundación in vitro**

Uno de los problemas a los que la humanidad ha tenido que hacer frente a lo largo de la historia, ha sido la lucha contra la infertilidad y esterilidad humana. Limitaciones que se pueden presentar por múltiples causas, y que traen efectos adversos para parejas con la aspiración de tener hijos para conformar una familia. La esterilidad puede de hecho convertirse en un grave problema para las parejas frustradas en este aspecto, llegando a modificar sus relaciones y comportamientos sociales.

### **¿En qué consiste la fecundación in vitro?**

Según DE BERIAIN, esta se entiende como un conjunto de intervenciones médicas que van desde la obtención de óvulos y esperma hasta la implantación del óvulo fecundado en el útero que puede ser de la misma mujer o uno adoptivo, para el ulterior desarrollo intrauterino, pasando por la fecundación y el primer desarrollo de la célula inicial fuera del seno materno<sup>4</sup>.

Se puede decir que el objetivo de la fecundación in vitro es la creación de un ser humano fuera del útero materno; y su fin último es superar la infertilidad humana, objetivo que se logra aun cuando la mujer debido a causas naturales no pueda engendrar un hijo, pues la fecundación in vitro le permite acudir a una alternativa que solucione la limitación.

Una discusión muy importante se ha generado en relación con establecer si la fecundación in vitro debe ser aceptada solo en sentido terapéutico, por quien acredite determinada situación o si por el contrario debe dejarse al arbitrio de quien tenga la posibilidad de acceder a este tratamiento. Por consiguiente, se han presentado tanto defensores como

<sup>3</sup> Hay que distinguir entre ética y moral, dado que el debate se ha dado más entre ésta y el Derecho, que constituye una relación que ha sido más debatida en el ambiente jurídico. Sobre este tema véase NARANJO OCHOA, Fabio. Derecho civil personas y familia. s.l.: Sánchez R. 2003. Cap. 1.

<sup>4</sup> DE BERIAIN IÑIGO, Op cit., p. 193- 195.

opositores, con el fin de justificar o no su uso, sobre la base de condiciones morales. Las conclusiones han sido opuestas, gran parte de los defensores mantienen la idea de que la fecundación in vitro constituye una forma de poner remedio a una patología clínica, como es la incapacidad de tener hijos lo cual legitimaría su utilización, los opositores consideran que esta idea es falsa, porque con estas prácticas no se produce curación alguna, siendo así que el problema de infertilidad permanece después de la aplicación de la solución terapéutica apuntada, por lo cual desde una perspectiva ética debe ser indiscutiblemente proscrita<sup>5</sup>.

#### Controversias frente a la fecundación in vitro

- Debido a que se trata de técnicas de laboratorio, es difícil suponer o, aun más, conocer qué trato se le da a los embriones conservados, dándose la posibilidad de tener un cultivo de embriones, situación completamente contraria a la dignidad humana.
- La fecundación *post mortem*. Cómo se justificaría el hecho de que después de la muerte del padre o de la madre se permitiera la posibilidad de concebir un hijo de ellos, con material genético conservado en un laboratorio, ¿cuáles serían sus efectos civiles?, y ¿qué incidencia tendría esa

situación para la dignidad y el respeto de los derechos del hijo?

- En el caso de la subrogación de útero, ¿qué derechos tendría la madre biológica y cuáles la madre que da a luz?
- ¿Hasta qué punto se acepta la manipulación genética de las características de la futura persona?

Estas son algunas controversias relevantes sobre el tema, sin excluir o desconocer las demás situaciones que pueden presentarse en el estudio del tema.

#### Marco constitucional y legal colombiano

##### Constitución Política de Colombia<sup>6</sup>

El artículo 5 de nuestra Constitución reconoce sin discriminación alguna la primacía de los derechos inalienables de la persona, y el artículo 11 establece que el derecho a la vida es inviolable. Se hace explícito el principio del Estado personalista, es decir, aquel al servicio de la persona humana y, por ende, respetuoso y promotor de sus derechos como individuo. Es preciso reconocer que mediante jurisprudencia constitucional<sup>7</sup> se ha establecido que no existen derechos absolutos, ni siquiera la vida es un derecho absoluto, puesto que se limita en determinadas situaciones, como: el soldado en conflicto armado, el

<sup>5</sup> Para mayor profundidad de este debate, Cfr. DE BERIAIN IÑIGO, Op. cit.

<sup>6</sup> Constitución Política de Colombia. Bogotá: Legis, 2008.

<sup>7</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-239 de Mayo 1997. M.P. Carlos Gaviria Díaz. Homicidio Pietístico.

homicidio por piedad conocido como eutanasia, y en el aborto en determinadas situaciones.

El artículo 7 reconoce la protección a la diversidad étnica y cultural de la Nación, y el artículo 13 preceptúa que todas las personas son iguales ante la ley y que todos recibirán la misma protección, lo que indica que el Estado reconoce sin distinción alguna la primacía de la persona sin importar su condición física, económica, cultural o psicológica, raza, origen, lengua, religión opinión política o filosófica.

El artículo 16 garantiza que toda persona gozará del derecho al libre desarrollo de la personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico; esta disposición, entre otras, resalta la libertad y autonomía individual que estableció el constituyente de 1991.

Los derechos de tener una familia y de conformarla libremente están establecidos en los artículos 42, 43 y 44. Se resalta el derecho a la honra, la dignidad y la intimidad, también es derecho constitucional el decidir libre y responsablemente el número de hijos que se desea tener, ya sean procreados naturalmente, adoptados e incluso con asistencia científica, los cuales gozarán de completa igualdad frente al Estado, lo que indica que es contrario a la Constitución introducir cualquier discriminación referente a la dignidad de la persona procreada con asistencia científica, de la misma manera que

frente a sus derechos patrimoniales, de familia y fundamentales.

### **Código Civil**

La existencia biológica del ser humano comienza con la concepción, pero la personalidad solo se otorga a los seres humanos que nazcan vivos; según el artículo 90 del Código Civil, el nacimiento se verifica cuando el ser humano se ha separado completamente de su madre, sin interesar cómo se realice, pero el ser humano debe haber vivido “un momento siquiera”, una vez realizada la separación completa del vientre materno. El Código Civil en el artículo 91 establece que la ley protege la vida del que está por nacer. El juez tomará a petición de cualquier persona, o de oficio, las providencias que le parezcan, convenientes para proteger la existencia del no nacido, siempre que crea que de algún modo peligrará. El artículo 93 asimila “la criatura del que está en el vientre materno” al infante nacido, a fin de otorgarle ciertos derechos de carácter civil, y establece que estos estarán suspendidos hasta que el nacimiento se efectúe, y en este caso el nacido entrará en goce de dichos derechos como si hubieran existido en el momento en que fueron diferidos.

Para VALENCIA ZEA, el derecho civil actual se inspira en la misma idea de los romanos, que consideraban al simplemente concebido como una porción de la vida misma y del cuerpo de la madre, salvo la advertencia de

que tal porción u órgano debe considerarse como la más noble, en virtud de su potencialidad de poder separarse en lo futuro del cuerpo de la mujer y constituirse en una vida autónoma<sup>8</sup>.

La protección jurídica al concebido se presenta en dos sentidos: como protección para evitar todo daño que pueda sufrir y como sanción de los daños causados, espacio del que se ocupa la legislación penal.

En el caso de la maternidad disputada, el Código Civil establece en su artículo 335 que los titulares para impugnar la acción, el marido de la supuesta madre y la supuesta madre, para desconocer la legitimidad del hijo y los verdaderos padre y madre legítimos para conferirle a él o a sus descendientes legítimos, los derechos en la familia suya. Se podría argumentar que estas normas son aplicables para la situación de una maternidad disputada proveniente de un nacimiento producto de un embarazo por una fecundación in vitro, pero la norma no lo establece así; pues ésta lo dispone es para los supuestos de falso parto o suplantación del pretendido hijo, no frente al caso en que conocemos la madre biológica y la natural (subrogación de vientre), en donde la controversia gire en torno a que cada una impugne la legitimidad del hijo.

Frente a los derechos de los no nacidos, la legislación civil ofrece solo las anteriores normas, sin ocuparse de la asistencia científica para procrear.

### **Código Penal**

La legislación penal tipifica ciertas conductas referentes a la manipulación genética, estas conductas pueden ser aplicables a la fecundación in vitro, por su generalidad. El artículo 132 del Código Penal tipifica la conducta de manipular genes humanos alterando el genotipo con finalidad diferente al tratamiento, diagnóstico o la investigación científica relacionada con ellos en el campo de la biología, la genética y la medicina, orientada a aliviar el sufrimiento o la salud de la persona y de la humanidad. La pena en este caso será prisión de 1 a 5 años.

Se entiende por tratamiento, diagnóstico o investigación científica relacionada con ellos en el campo de la biología, la genética, y la medicina, cualquiera que se realice con el consentimiento, libre e informado, de la persona de la cual proceden los genes, para el descubrimiento, identificación, prevención y tratamiento de enfermedades o discapacidades genéticas o de influencia genética, así como las raras y endémicas que afectan a una parte considerable de la población<sup>9</sup>.

<sup>8</sup> VALENCIA ZEA, Arturo. Derecho civil, parte general y personas. Bogotá: Temis, 2004. p. 348-353.

<sup>9</sup> Código Penal colombiano, art. 132.



Este tipo penal deja claro que en Colombia está prohibida definitivamente la manipulación genética que no sea para los fines establecidos. El artículo 133 tipifica la repetibilidad del ser humano, al prohibir cualquier tipo de clonación humana con una pena de 2 a 6 años de prisión, y el artículo 134 prohíbe fecundar óvulos humanos y traficar con ellos, con finalidad diferente a la procreación humana, sin perjuicio de la investigación científica, tratamiento o diagnóstico. La pena será la prisión de 1 a 3 años.

### Reflexión

Indudablemente el que sea posible fecundar un óvulo fuera del sistema de la madre es un maravilloso avance en la superación de nuestras limitaciones, pero también abre múltiples problemas para la ética y para el derecho. No se puede negar que los adelantos tecnológicos han modificado nuestra forma de vida, estos han introducido cambios en ella a fin de hacerla más cómoda y apacible.

Frente al trato que se le da a los embriones en los laboratorios y sobre su almacenamiento y la posibilidad de tenerlos en un estado de conservación, la ética ha dicho que ello atenta contra la dignidad humana, pues no es correcto jugar con la vida humana ni experimentar con organismos vivos que pueden llegar a ser seres humanos; además la legislación penal colombiana prohíbe esa conducta y no acepta el tráfico ni el almacenamiento

de embriones vivos que se utilicen para motivos diferentes a la investigación, tratamiento o diagnóstico, lo cual no quiere decir que el fin justifique los medios, lo que indica es que es permitida la investigación científica en este campo, pero sin detrimento de la dignidad humana.

La fecundación *post mortem* conlleva problemas sociales, pues se está concibiendo un hijo con conocimiento previo de que carecerá de padre y la importancia que esto significa para la crianza de aquel. En este caso hay que tener en cuenta la voluntad de la madre que insiste en concebir un hijo con material genético conservado, y el respeto que se debe a la dignidad de la persona a la cual se sabe que se va a privar de la compañía de un padre. Entre otros conflictos que se pueden presentar están los referentes a los derechos civiles del hijo frente a los bienes del padre fallecido; la legislación civil no ha dicho nada hasta el momento, pero de conformidad con los postulados constitucionales, se deberá garantizar la igualdad de derechos civiles y familiares al hijo, sin justificar discriminaciones debido a su particular forma de concepción.

En el caso de subrogación de útero, que se conoce como “madre de alquiler” se debe considerar que de acuerdo a su finalidad, la madre de alquiler se compromete a ceder todos los derechos sobre el recién nacido a favor de otra mujer que figurará como madre de éste, y la pareja que contrata

sus servicios, por su parte, ha de hacer frente al pago estipulado, aceptar al hijo tal y como nazca, y cuidarlo con dedicación. Esta posibilidad abre oportunidades para que puedan tener hijos las parejas homosexuales, con esperma u óvulos donados anónimamente. Para ello hay que tener en cuenta que se debe desvirtuar la presunción de derecho civil de que la mujer que da a luz al hijo sea la madre. No sería la primera vez que en este campo los avances tecnológicos modifican postulados del Código Civil en el sentido de desvirtuar su certeza<sup>10</sup>, además que el acuerdo entre la madre alquiler y los padres genéticos es válido, pues la persona no está siendo objeto del contrato, situación en que estaríamos frente a un objeto ilícito, por estar fuera del comercio y viciaría el contrato, sino frente a la obligación como una conducta de cuidar y procurar por la vida de un hijo ajeno.

En cuanto a la manipulación del material genético de las personas, consideramos que no se debe tolerar en ninguna situación, puesto que ello justificaría posteriores intromisiones de la ciencia en las características de

las personas y los laboratorios terminarían por establecer catálogos de perfiles humanos, sustrayendo del orden natural, dicha selección. De esta forma se propiciarían prácticas eugenésicas que consisten en “mejorar” a la raza humana, haciendo a un lado a las personas con defectos genéticos, situación que no llevaría sino a crear nuevos factores de discriminación humana, todo ello contraría la actual estructura constitucional colombiana, dado que esta protege a toda persona sin distinción de ninguna clase.

Por último, es pertinente señalar que el legislador colombiano ha establecido penas muy bajas para los delitos de manipulación genética, lo cual es una situación desproporcionada dada la importancia que cobra en la vida contemporánea la protección a todo tipo de alteraciones genéticas que gracias a los avances en la ciencia, dejan de ser meras ficciones y se incorporan en la realidad social de la comunidad; por eso es imprescindible que en un futuro el legislador opte por aumentar las penas para estos delitos en procura de la prevención general que es característica del derecho penal.

<sup>10</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-004 de Enero 1998, que declaró la inexecutable de la expresión “de derecho” del artículo 92 del C.C. Por consiguiente, hoy la presunción que consagra dicha norma es “legal” pudiéndose probar los casos en los cuales los seres humanos sobreviven a los partos con gestaciones de menos de ciento ochenta días o más de trescientos.

## Lista de Referencias

- ARBOLEDA VALLEJO, Mario. Código Penal y de Procedimiento Penal Anotado. 25 ed.  
Bogotá: Leyer, 2009.
- CÓDIGO CIVIL. Bogotá: Legis, 2008.
- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA. Bogotá: Legis, 2008.
- DE BERIAIN IÑIGO, Miguel. El embrión y la biotecnología, un análisis ético jurídico.  
Granada: Comares, 2004.
- MONROY CABRA, Marco Gerardo. Derecho de familia, infancia y adolescencia. 12 ed.  
Bogotá: Librería del Profesional, 2009.
- NARANJO OCHOA, Fabio. Derecho civil, personas y familia. s.l.: Sánchez R., 2003.
- VALENCIA ZEA, Arturo. Derecho civil, parte general y personas. Bogotá: Temis, 2004.

