

**El embrión humano fecundado
in vivo vs. el embrión humano
fecundado *in vitro*: un análisis de
los derechos, de estas dos formas
de concepción de vida, en el
derecho comparado y Colombia**

*The human embryo fertilized in vivo vs. the
human embryo fertilized in vitro: An analysis
of the rights, of these two forms of conception
of life, in comparative law and Colombia*

ELÍAS BERMEO ANTURY

Doctor en Filosofía y ciencias del lenguaje
Profesor titular de la Escuelas de Administración Pública (ESAP) y
docente invitado Universidad Surcolombiana, facultad de derecho.
eliasbermeo@gmail.com

JOSÉ EDUARDO CORREDOR TORRES

Docente universitario Universidad del Tolima, ESAP, UBJ
jose.corredort@esap.edu.co

Resumen

Analizar los derechos reconocidos al embrión humano en los diferentes países, implica profundizar en la reglamentación vigente en materia del aborto y la fecundación in vitro. Dos prácticas que sacan a la luz el debate sobre el estatuto jurídico del embrión humano, y que su legalidad o ilegalidad reflejan una comprensión antropológica patente en las leyes de cada país.

Lo paradójico que hemos escudriñado en este texto es que los países que han legalizado el aborto han construido una serie de regulaciones sobre la manipulación de los embriones creados in vitro. Esto nos permite deducir que se proteja el embrión humano concebido in vitro de cualquier manipulación y destrucción expresa porque la legislación no lo reconoce como una cosa u objeto, sino como un sujeto de derecho; todo lo contrario a lo que pasa con los embriones fecundados in vivo ante las leyes que dan viabilidad al aborto.

Ante este panorama legal surge el interrogante: ¿por qué el embrión fecundado in vitro posee más garantías de protección que un embrión humano fecundado in vivo? ¿Cuáles son los argumentos legales, antropológicos y axiológicos para establecer las diferencias ontológicas entre un embrión fecundado in vitro y uno in vivo? Son estos interrogantes la ruta en el camino de esta investigación, que no solo se ha centrado en conocer la normativa internacional, escogiendo algunos países para centrar la mirada en Colombia, sobre la fecundación in vitro y el aborto, sino que ha buscado hacer un análisis filosófico a los fundamentos que sostiene cada legislación.

PALABRAS CLAVE

Embrión humano, fecundación in vitro, fecundación in vivo, derechos, dignidad del embrión, aborto, derecho comparado, estatuto jurídico del embrión.

Abstract

Analyzing the recognized rights to the human embryo in the different countries implies deepening the regulations in force regarding abortion and in vitro fertilization. Two practices that bring to light the debate on the legal status of the human embryo, and that its legality or illegality, reflect a clear anthropological understanding in the laws of each country.

The paradoxical thing that we have scrutinized in this text is that countries that have legalized abortion have built a series of regulations on the manipulation of embryos created in vitro. This allows us to deduce that the human embryo conceived in vitro is protected from any manipulation and destruction expresses that the legislation does not recognize it as a thing or object, but as a subject of law; everything else to what happens

with embryos fertilized live before the laws that give viability to the voluntary termination of pregnancy.

Faced with this legal picture, the question arises: why does the embryo fertilized in vitro have more guarantees of protection than a human embryo fertilized live? What are the legal, anthropological and axiological arguments to establish the ontological differences between an in vitro fertilized embryo and a live one? These questions are the route in the path of this research, which has not only focused on knowing international and local regulations, on in vitro fertilization and abortion, but has sought to make a philosophical analysis of the fundamentals that each legislation.

KEYWORDS

Human embryo, in vitro fertilization, in vivo fertilization, rights, dignity of the embryo, abortion, comparative law, legal status of the embryo.

1. INTRODUCCIÓN

Para estudiar el estatus jurídico del embrión humano se ha seleccionado la normatividad expedida por algunos países que han reglamentado la fecundación *in vitro* y el aborto, porque no existe un instrumento jurídico internacional que proteja el embrión humano en cualquier circunstancia, que oriente su trato o manipulación. Por ende, se ha seleccionado la legislación de Inglaterra, Alemania, Francia y Colombia para aproximarnos a un estudio comparado sobre esta situación jurídica y científica con la finalidad de realizar una lectura interdisciplinaria para comprender la fundamentación antropológica y axiológica que sostienen las distintas normas.

Este tema no es una cuestión superficial, porque lo que está en juego es la vida humana en su primera forma de manifestación existencial: el estado embrionario; lo que, en términos biológicos y filosóficos, marca el punto del inicio entre el ser y el no ser, tema que se irá desarrollando a lo largo de este texto.

Que algunos países hayan expedido normas para regular y reglamentar la investigación, la manipulación y la destrucción de embriones humanos fecundados *in vitro*, saca a la luz el reconocimiento del embrión humano como un sujeto (individuo humano) a quien se le deben garantizar sus derechos, principalmente el respeto a la vida. Sin embargo, paradójicamente en estos mismos países que regulan la utilización de embriones humanos creados mediante técnicas de fecundación *in vitro* han aprobado leyes laxas para realizar la interrupción voluntaria del embarazo durante periodos de gestaciones entre las 12 y 24 semanas.

Que se proteja al embrión humano concebido *in vitro* de cualquier manipulación y destrucción expresa que la legislación no lo reconoce como una cosa u objeto, sino como un sujeto de derecho; todo lo contrario a lo que pasa con los embriones fecundados *in vivo* ante las leyes que dan viabilidad a la interrupción voluntario del embarazo.

Ahora bien, ante este panorama legal surge el interrogante: ¿por qué el embrión fecundado *in vitro* posee más garantías de protección que un embrión humano fecundado *in vivo*? ¿Cuáles son los argumentos legales, antropológicos y axiológicos para establecer las diferencias ontológicas entre un embrión fecundado *in vitro* y uno *in vivo*?

Las preguntas anteriores marcan el derrotero por seguir en las siguientes páginas: en primer lugar, se presentan algunas normas expedidas por el derecho internacional que reglamentan la fecundación *in vitro* y el aborto; segundo, se ha seleccionado a Alemania, Francia y Colombia para realizar un estudio comparado; terminando con algunas conclusiones.

Clarificado el panorama anterior, podemos dar un paso más y analizar en qué sector ubicar al embrión humano: una cosa, un ser vivo o una persona. Así se habrá concluido el análisis del estatus

jurídico del embrión humano, porque la idea de que todo ser humano es una persona a los ojos de la ley, es una conquista reciente y constituye el “eje del Derecho civil y del Derecho en general” (Montes, 1995. p, 239). En efecto, la cuestión no se reduce en afirmar la pertenencia a la especie humana para determinar quién es una persona, por lo menos desde el campo del derecho, sino que hace falta definir a partir de cuándo se adquiere la personalidad jurídica, según cada legislación, lo cual en el trascurso de la historia ha tenido diferentes matices y contextos. Sin embargo, el concepto de persona en la reflexión filosófica ha logrado establecer los criterios ontológicos para determinar cuáles son las características inherentes que hacen ser a un individuo humano una persona. Criterios que no dependen de una comprensión contextual ni legal, sino que están vinculados a lo inherente y propio que existe en cada ser humano.

2. EL ESTATUTO JURÍDICO DEL EMBRIÓN HUMANO EN EL DERECHO INTERNACIONAL

No existe una legislación unánime a nivel internacional sobre el estatuto jurídico del embrión humano, como se indicó al inicio. Cada país ha construido sus políticas sobre el trato y manejo de los embriones humanos ante la necesidad de orientar los temas de aborto, manipulación de embriones *in vitro*, experimentación con embriones y células madre, clonación, entre otras. Estos dilemas bioéticos surgen por el avance de la ciencia en temas relacionados con la ingeniería molecular y genética, que de nuevo evocan la pregunta sobre el valor del embrión humano: ¿es el embrión humano una persona con los mismos derechos que un niño recién nacido o un adulto con todas sus facultades en uso?

La Carta de las Naciones Unidas (1948) es el primer texto que nos acerca a este problema a investigar, en la cual, se reconoce el derecho a la vida, dignidad y el valor de la persona. Esta declaración nace fruto de una reflexión de la post-guerra. En sus palabras: “Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”.

Proclama: “Art.1: Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y consciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”. En el artículo 3 declara que “todo ciudadano tiene derecho a la vida, a la libertad y seguridad de su persona”, y en el artículo 6 dispone con tono de universalidad: “Todo ser humano tiene derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica”, luego no es que un Estado o ley lo otorgue; le es propio al ser humano, es decir, que los derechos de la persona son *inherentes*.

Este mismo pensamiento y reflexión es asumido por los instrumentos internacionales de derechos humanos en los diferentes organismos internacionales que permiten confirmar la existencia de valores universales inherentes a la persona humana.

El tema es tan álgido, que la Declaración Internacional sobre los Derechos Humanos, el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos y el Convenio Europeo para la protección de los Derechos del Hombre y las Libertades Fundamentales no hacen ningún tipo de referencia al embrión humano o el feto en sus cuerpos normativos.

A pesar de que estos instrumentos internacionales reconocen el derecho a la vida, no aclaran si esta se debe respetar y proteger desde la etapa embrionaria o solo se debe respetar la vida humana después del parto. Veámoslo con más detalle, en cada uno de los documentos mencionados:

Declaración sobre los Derechos Humanos	Art. 3: Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.
Pacto Internacional sobre los Derechos Civiles y Políticos	Art. 6. 1. El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente.
Convenio de Europeo sobre los Derechos Humanos	Art. 2. 1. El derecho de toda persona a la vida está protegido por la Ley. Nadie podrá ser privado de su vida intencionadamente, salvo en ejecución de una condena que imponga pena capital dictada por un tribunal al reo de un delito para el que la ley establece esa pena.
Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos	Art. 4. Los seres humanos son inviolables. Todo ser humano tendrá derecho al respeto de su vida y de la integridad de su persona. Nadie puede ser privado de este derecho arbitrariamente.

Como se puede observar, la normativa internacional no aclara el valor y el cuidado que se le debe dar al embrión humano, sino que deja la puerta abierta para que cada Estado pueda regular sus normas y establecer las directrices jurídicas en esta materia.

Entre los instrumentos internacionales que presentan ambigüedad sobre el trato del embrión humano está la Declaración de los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959. Que señala que “el niño, en razón de su falta de madurez psíquica e intelectual, necesita una especial seguridad y cuidado, incluyendo una protección jurídica adecuada, tanto antes como a continuación de su nacimiento”. Este texto indirectamente hace referencia al niño no nacido, en lo que se puede incluir todo el proceso del desarrollo embrionario hasta el momento del nacimiento.

En 1997 la Unesco presentó su Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos, en la que afirma: “El Genoma Humano es la base de la unidad fundamental de todos los

miembros de la familia humana y del reconocimiento de su dignidad y diversidad intrínsecas". Y fundamentada en la dignidad humana, establece sus lineamientos sobre el trabajo e investigación sobre el Genoma, siempre con fundamento en el respeto a los derechos humanos.

La Organización de Naciones Unidas (ONU) emitió el 18 de febrero de 2005, por mayoría de 71 países frente a 35, una declaración en la que insta a los gobiernos de los países miembros a tomar medidas para prohibir la manipulación embrionaria y en algunos casos la reproducción asistida.

En el ámbito regional de protección de derechos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 4.1 hace una aclaración precisa sobre la protección del embrión humano y el feto: "Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente".

Sistema europeo de protección de derechos humanos

En el escenario europeo, la Asamblea del Consejo de Europa proclamó el 6 de octubre de 1979 los Derechos del niño no Nacido, en la que estableció: "El niño que va a nacer, debe gozar desde el momento de su concepción, de todos los derechos enunciados en la presente declaración. Todos esos derechos deben ser reconocidos a niños que van a nacer sin ninguna excepción ni discriminación (...)". Declaración que no clarifica el estatus jurídico del embrión humano, sino que deja un vacío normativo.

El Consejo de Europa creó el Comité Ad Hoc de Expertos en el Progreso de las Ciencias Biomédicas (CAHBI)¹, que elaboró algunos principios provisionales sobre las técnicas de procreación humana artificial. Entre marzo de 1986 a diciembre de 1988 se publicaron los primeros trabajos bajo la forma de documento informativo, con el título "Procreación Artificial Humana".

Posteriormente, hacia el año de 1990, a petición del secretario general del Consejo Europeo, se le encargó CAHBI de elaborar y redactar un convenio europeo sobre Bioética, que fue aprobado en abril de 1997 y es conocido como el Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina o "Convenio de Oviedo". El artículo 18 del Convenio admite la experimentación con embriones *in vitro*, siempre que se garantice una protección adecuada del embrión.

Por otro lado, la Asamblea del Consejo de Europa adoptó la Recomendación 1046 de 1986 sobre seguimiento y control de la reproducción asistida, la cual busca

¹ Fue creada con la finalidad de estudiar el conjunto de problemas planteados por la Ley, la ética y los derechos humanos por el progreso de las ciencias biomédicas, con el fin de orientar en materia de derecho los diferentes dilemas científicos.

Limitar la utilización industrial de los embriones y fetos humanos, sus productos y tejidos que serían destinados a fines terapéuticos en sentido estricto, a prohibir la creación de embriones humanos por fecundación *in vitro* con fines de investigación, sean vivos o muertos, a prohibir, también, las manipulaciones y desviaciones no deseables.

En relación a la utilización de embriones y fetos humanos con fines diagnósticos, terapéuticos, científicos, industriales y comerciales, la Recomendación 1046 (1986), describe principalmente a la intervención sobre el embrión, como a las extracciones de sus células, tejidos y órganos.

En 1989 este mismo Consejo aprobó otra recomendación que subraya los problemas éticos y jurídicos de la manipulación genética y parte del principio de que el embrión y el feto humanos deben ser tratados con el respeto debido a la dignidad humana; de allí el ordenamiento y reglamentación sobre los fines de los trabajos científicos y terapéuticos con los mismos.

En cuanto a las técnicas de reproducción asistida y la utilización de embriones humanos, la Asamblea del Consejo de Europa profirió dos resoluciones: (i) sobre fecundación artificial y (ii) sobre los problemas éticos y jurídicos de la manipulación genética.

De los anteriores documentos es necesario resaltar lo siguiente en materia del estatuto jurídico del embrión humano: *primero*, se afirma que desde la fecundación del óvulo la vida humana se desarrolla de manera continua. Aquí se les reconoce un valor a los embriones humanos fruto de la fecundación *In vitro*, como lo aclara la Recomendación 1046 (1986), principio 5. Este principio se postuló porque se mantiene la misma identidad genética y biológica (Recomendación 1100 (1989), principio 7. Para lograr este respeto por los embriones humanos, fue necesario fundamentarla en el respeto a la dignidad humana (Recomendación 1046 (1986), principio 5; Recomendación 1100 (1989), principio 4, y en el respeto y los intereses del “hijo”, que se resumen en el derecho a la vida y a la integralidad física, psicológica y existencial (Parlamento Europeo, 2005, Resolución sobre la fecundación *in vivo* o *in vitro*).

Segundo, el embrión humano muerto es considerado como humano. De ahí, que se impida que sea tratado como un objeto de investigación e industrialización con fines comerciales (Parlamento Europeo, 2005, Resolución sobre la fecundación *in vivo* o *in vitro*).

Tercero, para la reimplantación de los embriones humanos se recomienda limitar el número de embriones fecundados, casi estrictamente al número que van a ser reimplantados, evitando la destrucción de los embriones sobrantes, siguiendo las recomendaciones 1046 y 1100, antes citadas. Por ende, si no es posible que todos los embriones sean reimplantados, se permite la crioconservación de los sobrantes para salvar su vida (CAHGE, 2005).

Cuarto, la CAHBI plantea a los Estados la posibilidad para autorizar o no la donación de embriones humanos sobrantes. El postulado muestra la preocupación de que los embriones sobrantes sean

destruidos. Ahora bien, para conseguir realizar la donación de embriones humanos, el CAHBI recomienda algunos principios bioéticos centrales: el consentimiento de la pareja donante y la pareja receptora, anonimato y gratitud.

Quinto, el CAHBI prohíbe el trasplante de los embriones humanos que están en el útero de una mujer a otra mujer.

Sexto, se prohíbe la posibilidad de investigar en embriones humanos. El fundamento que ponen como base las recomendaciones 1046 y 1100 son la dignidad del embrión humano, lo cual, limita la investigación científica en este campo. Ahora bien, se excluye de esta prohibición las investigaciones que tengan finalidad diagnóstica, terapéutica, preventiva y no intervengan en el patrimonio genético o patológico del embrión, con la salvedad de que estos embriones deben ser no viables. Para ello, es necesario que el modelo de investigación haya pasado por el modelo animal y cumpla las normas establecidas por las autoridades sanitarias y competentes.

Séptimo, se aprueba las intervenciones terapéuticas o de diagnóstico sobre el embrión humano, siempre que tengan como finalidad el bienestar del nasciturus y el favorecimiento de su desarrollo, según lo establece la Recomendación 1046 (1986), Anexo A. I. A la vez, los embriones humanos *in vitro* o *in útero* que hayan muerto podrán ser utilizados con fines de diagnóstico, una vez justificado el carácter excepcional en la rareza de las enfermedades que han provocado la muerte del embrión.

En un protocolo adicional posterior proclama el Convenio de 1998, en el cual se establece la prohibición sobre la clonación de seres humanos con fines reproductivos. En relación con este tema la OMS habla explícitamente sobre la clonación con fines terapéuticos en el Informe Anual del Director General ante la 51 Asamblea Mundial de la Salud, de 1998, haciendo claridad de que este tipo de procedimiento es diferente de aquel que tiene fines reproductivos, el cual es condenable éticamente. Al respecto deja en manos de los gobiernos la reglamentación legal que se tenga. Esta idea se repite en el Informe Especial del Director General "Cloning in Human Health" de 1999, en el que se señala que la clonación terapéutica puede ser admisible si se hace con garantías éticas y jurídicas

No sobra recordar que las anteriores orientaciones se estructuran con base en los avances científicos en materia de la vida prenatal, que provocan la reflexión sobre los derechos humanos; también es cierto que muchas de estas declaraciones no son vinculantes o simplemente los países no suscriben los acuerdos para legislar sobre los embriones y su manipulación.

Tendencias normativas de regulación del embrión humano

En el plano jurídico se pueden distinguir tres corrientes alrededor del *status jurídico del embrión* según se le reconozca su condición de sujeto de derechos de acuerdo con el momento del desarrollo en que se encuentre (Ballesteros, s.f.).

El *Modelo iberoamericano*, que defiende abiertamente el carácter personal del embrión y, por tanto, lo considera sujeto de derechos. Ya en el pacto de Costa Rica en el artículo 4 se afirma: “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente” (Comisión internacional de derechos humanos, 1969). El carácter personal del humano embrionario encuentra un fundamento fuerte en la afirmación “todo ser humano es persona”, entendida la persona como un semejante, un par de la comunidad político-jurídica.

Esta postura se ha ido flexibilizando con interpretaciones que realizan excepciones en relación con el aborto y las sanciones en casos particulares; este proceso se concreta cuando en 2012 se entabló una demanda al Pacto de Costa Rica. La Corte Interamericana de Derechos Humanos falló declarando a Costa Rica responsable internacionalmente por haber vulnerado el derecho a la vida privada y familiar y el derecho a la integridad personal en relación con la autonomía personal, a la salud sexual, el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico y el principio de no discriminación, consagrados en los artículos 5.1, 7, 11.2 y 17.2 en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana. En este pronunciamiento acoge la teoría de la implantación (“concepción”) como principio de la *vida humana*, entonces: “la protección del derecho a la vida con arreglo a esta disposición no es absoluta, sino es gradual e incremental según su desarrollo” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1979)

El *Modelo anglosajón* le niega status de persona al embrión y, por lo tanto, su capacidad para ser sujeto de derechos, lo cosifica en el sentido, que podría ser objeto de intervención y experimentación.

El sistema norteamericano, siendo parte de este modelo, es bastante incierto en la medida que la legislación contiene posiciones encontradas por su forma de ordenamiento legal independiente. Parte de una interpretación de la Enmienda XIV de la Constitución, en la cual garantiza y protege el derecho de vivir de todas las personas según la Suprema Corte², pero a la vez privilegia el derecho de la madre a la intimidad sobre el derecho de vivir, pues no se puede aplicar al nasciturus el reconocimiento de persona, asumiendo frente al no acuerdo de la ciencia sobre el principio de *la vida humana* la teoría de la viabilidad (supervivencia de manera autónoma)³. En algún momento el Estado ha prohibido el aborto, salvo cuando se encuentra en peligro la vida de la madre⁴. Un

² Cfr. XIV Amendment, Section 1. “All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law, nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws”. Magruder (1994, p. 739).

³ Cfr. 410 U.S. 126/7, *Roe v. Wade*, 22/01/1973, IX-A.

⁴ Cfr. 448 U.S. 297, *Harris v. McRae*, 30/06/1980; 476 U.S. 747, *Thornburgh v. American College of Obstetricians and Gynecologists*, 11/06/1985; 492 U.S. 490, *Webster v. Reproductive Health Services*, 03/07/1989; 505 U.S. 833,

modo jurídico interesante es el de la Suprema Corte del Tennessee (1992), que le niega el status de persona al embrión pero no lo cosifica, otorgándole el derecho a un respeto especial debido a su potencialidad.⁵

En relación con los embriones, la reproducción asistida y las investigaciones, en 2001 estableció un marco regulador, según el cual los científicos solo pueden solicitar fondos federales si las células con las que quieren trabajar provienen de embriones congelados. La Cámara de Representantes aprobó en mayo de 2005 el proyecto de ley que elimina las limitaciones impuestas a la inversión pública en investigación con células madre. En el ámbito estatal, Nueva Jersey y Massachusetts han aprobado leyes que permiten el uso para investigación de los embriones crioconservados inutilizados. Por su parte, California aprobó la investigación en células madre embrionarias en referendo del 2 de noviembre de 2004.

En el *Modelo Europeo* en términos generales “no existe una definición legal del concepto embrión, ni siquiera por parte del Consejo de Europa sobre Derechos Humanos y Biomedicina” (Pareja, s.f.s.f.); por ello, se requiere que sean los mismos expertos quienes se pronuncien sobre el tema.

Estos referentes permiten a los países miembros tomar posturas ante el status jurídico del embrión, que es una serie de normas y principios que tutelan al ser humano en su faz embrionaria debido a los problemas de los avances científicos que pueden atentar contra su integralidad, lo cual obliga a preguntar por sus derechos y su tutela jurídica.

De esta manera, se analizará la normativa de Inglaterra, Alemania y Francia, como modelos representativos del estatus jurídico del embrión humano. Dichos países han construido unas orientaciones legales sobre los procesos de fecundación *in vitro* para controlar y orientar el trato adecuado que se le debe dar.

Estatus jurídico del embrión humano en Inglaterra

Desde finales del siglo XIX se empezó a practicar en animales la fertilización *in vitro* y superadas las distintas fases, se inició el tratamiento en humanos. Esto permitió que para en 1978 naciera Luisa Brown, primer bebé resultado de la fecundación *in vitro* en ciclo natural y, posteriormente, en 1984, la primera bebé de un embrión congelado.

Estos avances científicos generaron que la Comisión de Investigación sobre Fecundación y Embriología Humana expidiera el *Informe Warnock* de 1984, en el que se concluye que el embrión humano

Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Robert Casey, Governor of Pennsylvania, 29/06/1992.

⁵ Cfr. 842 S.W. 2º 588, Supreme Court of Tennessee, Junior Lewis Davis v. Mary Sue Davis, 01/06/1992.

no puede ser considerado en las categorías tradicionales de sujeto u objeto de derechos, y se centra solo en las cuestiones de cómo debe ser tratado.

Para el *Informe Warnock*, existe un valor jurídico diferente entre el embrión humano *in vivo* y el embrión humano *in vitro*: “Si la ley ofrece una medida de protección al embrión humano *in vivo* distinta de la del niño o adulto, está claro que el embrión *in vitro* no puede beneficiarse, en virtud de la legislación vigente en el Reino Unido, del mismo status que un nacido vivo o un adulto”. Por ende, se establecen algunas recomendaciones en las que resalta el status especial del embrión:

Primero: el embrión humano debe recibir algún tipo especial de protección (*Warnock Report*, Rec 42); *segundo*: ningún embrión humano fecundado *in vitro* puede mantenerse vivo más allá de 14 días después de la fecundación, si no es traslado a un cuerpo materno; no se puede utilizar como objeto de la investigación más allá de los 14 días (*Warnock Report*, Rec 12). *Tercero*: para la utilización de los embriones humanos sobrantes debe contarse con el consentimiento de la pareja que aportó los gametos para su creación (*Warnock Report*, Rec 13); *Cuarto*: la investigación con embriones fecundados de manera *in vitro* y el manipularlos deben ser permitidos solo bajo licencias (*Warnock Report*, Rec 11); *quinto*: cualquier uso no autorizado de un embrión *in vitro* constituirá en sí mismo un delito (*Warnock Report*, Rec 43); *sexto*: la investigación en embriones humanos *in vitro* y su manipulación se deben permitir solo bajo licencia (*Warnock Report*, Rec 11).

En este punto es importante recordar que el *Informe Warnock* produjo varios proyectos con orientaciones y directrices diferentes, entre ellos: *Unborn child bill de 1985*. Este proyecto propone la restricción de numerosas prácticas que ponen en peligro al embrión humano; a la vez, orienta que todo embrión humano fecundado de manera *in vitro* debería ser implantado en el útero de su “madre”; y que toda investigación y crioconservación debía ser prohibida.

En noviembre de 1987 el Gobierno británico decidió intervenir sobre el trato al embrión humano publicando el informe *Human fertilisation and embryology*, que se conoció como *White Paper*, en el cual se establecen las bases de una futura legislación en materia sobre manejo del embrión humano.

Estos documentos sirvieron de soporte para que en 1990 Inglaterra expidiera la Ley de Fertilización Humana y Embriología, norma que regula todos los tratamientos de fertilidad que involucren el uso de material genético (como espermatozoides, embriones y óvulos); su almacenamiento, el proceso de investigación sobre los embriones humanos y la creación de una Autoridad de Fertilización Humana y Embriología en el Reino Unido.

La citada norma tiene tres objetivos (Morgan, 1991, p, 27): *i*) crear un marco legal para la investigación sobre embriones humano; *ii*) establecer los permisos para ciertas prácticas de reproducción asistida, principalmente para aquellas que tiene como finalidad la creación de un embrión total o parcialmente fuera del útero materno, la donación de gametos o la donación de embriones, y *iii*) efectuar cambios en la *Abortion Act de 1967*.

El esquema normativo de la Ley de Fertilización Humana y Embriología generó confianza en el uso ético y seguro de la tecnología de reproducción asistida; sin embargo, debido a los avances científicos en la materia, resultó necesario actualizar la norma con los desarrollos que existen y que se pueden presentar en un futuro próximo; por lo que en noviembre de 2008 se aprobó una enmienda de dicha Ley.

Básicamente, la norma de 2008 establece algunos aspectos novedosos relacionados con: (i) la garantía de que todos los embriones están sujetos a la regulación, independientemente del proceso utilizado en su creación; (ii) la regulación de los embriones “mezclados con humanos”, creados a partir de una combinación de material genético humano y animal para la investigación; (iii) la prohibición de la selección sexual de los hijos; en ese sentido, solo se permite la selección del sexo por razones médicas, por ejemplo, para evitar una enfermedad grave que solo afecta a los niños, y (iv) el reconocimiento a las parejas del mismo sexo como padres legales de niños concebidos a través del uso de espermatozoides, óvulos o embriones donados.

La Ley sobre Fertilización Humana y Embriología, expedida en 1990, modificó la Ley del aborto de 1967 en el sentido de establecer límites a las prácticas abortivas de 28 a 24 semanas; salvo cuando se trate de casos que ponen en riesgo la vida de la gestante, lesiones físicas graves o psíquicas de la mujer.

A modo de síntesis, presentamos los principales aspectos de la *Human Fertilisation and Embryology*: *primero* prohíbe mantener al embrión *in vitro* con vida más allá de los catorce días, al igual que el *Informe Warnock*; *segundo*: no se pronuncia si el embrión humano es sujeto de derecho u objeto de derecho. Su finalidad solo es la protección al mismo; *tercero*: el valor del embrión humano *in vitro* varía si está o no implantado; *cuarto*: los embriones *in vitro* no implantados no gozan de protección jurídica, lo cual los hace asimilables a ser considerados como cosas u objetos, y su valor dependerá de una variable de intereses; *quinto*: la vida humana goza de valor y protección de acuerdo con el grado de desarrollo fetal. Se incrementa la protección en la medida que va avanzando el nacimiento de la persona; *sexto*: los embriones *in vitro* pueden ser donados para una pareja que sufre de esterilidad o mujer sola. Para ello, es necesario el consentimiento de los donantes, que puede ser revocable en cualquier momento. Ahora bien, toda donación de embriones humanos debe ser gratuita; *séptimo*: se aprueba la investigación en los embriones humanos. Dicha aprobación debe ser avalada por la autoridad competente. Sin embargo, para ejecutar la investigación en embriones humanos es necesario: que en el embrión humano no exista la línea primitiva, es decir, que no supere los catorce días; que los donantes de los gametos autoricen la investigación; se debe buscar alguna de las siguientes finalidades: a) perfeccionar las técnicas de tratamiento en contra de la esterilidad; b) perfeccionar el tratamiento sobre enfermedades congénitas; c) perfeccionar el conocimiento sobre temas de aborto, y d) desarrollar técnicas de contracepción más efectiva y métodos de detección de enfermedades genéticas antes de la implantación del embrión; *octavo*: se prohíbe implantar un embrión humano en un animal, la clonación y la modificación de la estructura genética del embrión humano.

En efecto, las anteriores prohibiciones que establece la *Human Fertilisation and Embryology* tienen sanciones penales, que comprenden desde suspensiones, multas o privación de la libertad, según sea el caso.

Estatuto jurídico del embrión humano en el derecho de Alemania

En el derecho alemán, la normativa sobre los embriones humanos se puede considerar como precaria, principalmente en lo que respecta a los estudios previos a su anidación. Ahora bien, es importante mencionar que en el derecho alemán se considera como persona titular de derecho solo a quien nace. Sin embargo, en el derecho civil se hacen algunas recomendaciones que dan luces sobre la comprensión del estatuto jurídico del embrión humano en esta legislación.

De acuerdo con el § 1912 del BGB, al hijo concebido y no nacido se le asignará un curador para protección de sus futuros derechos, si fuera necesario; además se puede establecer una promesa de pago al no nacido. Por otra parte, el no nacido puede recibir donaciones, siendo estas aceptadas por sus padres, y puede recibir herencia en caso de que muera alguno de sus progenitores después de su concepción y nazca vivo.

Al respecto, la protección de la integridad física del embrión humano en el derecho civil alemán atiende, en principio, la protección de la vida del nasciturus contra lesiones, como lo explica el numeral § 823 y § 844 II del BGB (Cfr. FamRZ, 1972, p. 202). Allí se reconoce las indemnizaciones a favor del nacido que ha sido disminuido física o psíquicamente por daños causados a la madre, con anterioridad al nacimiento, que hubieran repercutido en el nasciturus. Sin embargo, esta ley no aclara si los daños deben cobijar al nasciturus antes de la anidación.

Ahora bien, en el derecho penal se excluye explícitamente todo proceso sobre el aborto a los ejecutados en el embrión humano antes de la anidación, como lo expresa el artículo 218 del Código Penal. Por su parte, se debe aclarar que el artículo 219a de dicha codificación castiga hasta con dos años de cárcel o multas a los médicos que ofrezcan información sobre la interrupción del embarazo.

Ante este panorama jurídico, surgen dos posturas antagónicas respecto a la protección jurídica del embrión humano en el derecho alemán: por un lado, para quien desee otorgarle titularidad de derechos al nasciturus, se hace necesario recurrir a los conceptos de dignidad humana (Art. 1. I GG) y protección a la vida e integridad (Art. 2. II, 1 GG); para ello, es necesario que el embrión humano sea reconocido como un hombre del cual se predica su dignidad; que hace parte del grupo de los que se menciona como titular del derecho a la vida y a la integridad (Cfr. Hofmann, 1995, p. 45).

En contraposición a lo anterior, algunos interpretan que en la normativa legal de Alemania solo se considera titular de derechos después del nacimiento de la persona (art. 1, BGB), excluyendo la protección jurídica a la vida humana en formación (Cfr. Hofmann, 1995, p. 53). Por último, existe un

pequeño grupo que considera que la protección jurídica del embrión humano surge después de la anidación del embrión humano dentro del útero, por lo cual, antes de este proceso no existe ninguna protección jurídica, como lo manifestó la decisión del Tribunal Constitucional de 25-II-1975, interpretando el artículo 2 II de la Constitución, a tenor del cual “todos tienen derecho a la vida”⁶.

En mayo del 1984 se creó la denominada Comisión Brenda, formada por los ministros federales de investigación y tecnología y de justicia⁷. Esta comisión obtuvo como resultado los insumos para elaborar el anteproyecto de ley para la protección de embriones humanos⁸, en el cual se castigan penalmente los siguientes puntos:

- a. Los daños inferidos al embrión humano
- b. La aplicación abusiva de la fecundación extra corporal
- c. La utilización abusiva de embriones y fetos
- d. La fecundación y transferencia de embriones no consentidas por las personas cuyos gametos estén implicados en la fecundación
- e. La alteración artificial de cigotos humanos
- f. La utilización de gametos artificiales alterados
- g. La clonación
- h. La creación de quimeras o híbridos.

El 13 de diciembre de 1990, se aprobó la Ley 745 de Protección de Embriones (*Embryonenschutzgesetz- ESchG*). Su finalidad es regular las técnicas de fecundación embrionaria *in vitro*, buscando dotar al embrión humano de estatus jurídico. Así, se asegura jurídicamente una protección mínima al embrión humano, principalmente frente a los investigadores, siguiendo los lineamientos establecidos en el anteproyecto.

La Ley de Protección de Embriones castiga con pena privativa de libertad o pecuniaria la utilización abusiva de las técnicas de reproducción, como por ejemplo, la fecundación de un óvulo humano con un fin distinto a llevar un embarazo a término en la mujer de la cual fue extraído⁹; busca limitar la producción de embriones sobrantes prohibiendo la fecundación de más óvulos de los que

⁶ Cfr. BverfGE 39, 1, NJW, 1975, p. 573.

⁷ Cfr. Publicado con el título “*In vitro fertilization, Genomanalyse und Gentherapie. Bericht der gemeinsamen Arbeitsgruppe des Bundesministers für forschung und technologie und des Bundesministers der Justiz*”, serie *Gentechnologie - Chancen und Risiken*, t. VI, Munich, 1985.

⁸ Cfr. *Embryonenschutzgesetz: EschG*, 29-4-1986.

⁹ Cfr. 1. (1). 2. *Embryonenschutzgesetz*.

puedan ser transferidos a una mujer en el curso de un ciclo¹⁰; se prohíbe el comercio de embriones humanos¹¹; se admite la donación de embriones humanos siguiendo el protocolo establecido en la ley; se prohíbe la investigación o experimentación con embriones humanos¹²; se aprueba la intervención en embriones humanos para modificar su cromosoma sexual, solo en caso en que se trate de evitar ciertas patologías graves ligadas al sexo y reconocidas oficialmente, como la miopatía de Duchenne u otra enfermedad hereditaria grave ligada al sexo¹³; se prohíbe la creación de embriones con gametos que hayan sufrido algún tipo de alteración genética¹⁴; se prohíbe la clonación y formación de quimeras e híbridos¹⁵

Estatuto Jurídico sobre el embrión humano en el derecho de Francia

La situación jurídica del embrión humano en el derecho francés tiene dos momentos diferentes, marcada por la reforma de 1994. Por ende, la primera parte de este texto es la situación jurídica del embrión humano en derecho francés anterior a la reforma, de 1994 y la segunda parte son los cambios legales que establece esta reforma.

En el derecho civil francés no existe una cláusula general que determine el comienzo de la personalidad jurídica. Las reglas aplicables en materia son deducidas de las disposiciones particulares relativas a la capacidad para suceder (art. 725 del C.C.), donaciones (art. 906 del C.C.) y, accesoriamente, a las acciones de filiación (art. 311.4 del C.C). Por ende, no existe una personalidad jurídica sino a partir del nacimiento, bajo la doble condición de que el niño nazca vivo y viable, como lo establecen los criterios del art. 312 del C.C. (Salvage, s.f. y el art. 46.1 de la instrucción general sobre el estado civil (Cfr. Vigneau, s.f., p. 18). Ahora bien, por razones de orden práctico la personalidad jurídica es negada al niño nacido muerto o al embrión o feto no viable (Cfr. Gobert, s.f, p. 170).

Para efectos patrimoniales y de protección familiar, la adquisición de la personalidad se retrotrae a la fecha de la fecundación en beneficio del concebido (arts. 725, 906 y 311.4 del C.C).

En sintonía con lo anterior, es importante destacar una proposición de ley relativa al “Estatuto Jurídico del concebido”, así como a los experimentos e investigaciones concernientes a la creación de la vida humana, presentada a la Asamblea Nacional en mayo de 1984. En dicha propuesta se afirma que “el concebido es sujeto de derecho, desde el momento de su concepción, su vida es como la de un ser humano y debe ser respetado como tal (...) tiene derecho a la protección de su

¹⁰ Cfr. 1. (1). 5. *Embryonenschutzgesetz*.

¹¹ Cfr. 2. (1) *Embryonenschutzgesetz*.

¹² Cfr. 1. (1). 2 y 1. (1). 6 de la *Embryonenschutzgesetz*.

¹³ Cfr. 3. *Embryonenschutzgesetz*.

¹⁴ Cfr. 5. *Embryonenschutzgesetz*.

¹⁵ Cfr. 6 y 7 de la *Embryonenschutzgesetz*.

patrimonio genético; no pudiendo ser objeto de intervenciones, ni terapias susceptibles de modificarlo". Sin embargo, esta propuesta no fue aceptada.

El segundo momento importante para la comprensión del Estatuto Jurídico del Embrión Humano en el derecho francés se produjo tras la reforma del 29 de julio de 1994, en la que se expiden dos leyes que regulan el estatus jurídico del embrión humano: (i) la Ley 94-653 del 29 de julio de 1994 relativa al respeto del cuerpo humano¹⁶, por la que se modifican o se crean disposiciones del Código Civil y del Código Penal, y (ii) la Ley 94-654 de la misma fecha, sobre la donación y utilización de elementos y productos del cuerpo humano a la asistencia médica a la procreación y al diagnóstico prenatal¹⁷.

En el proceso de expedición de estas normas se presentó la necesidad de establecer el estatus jurídico del embrión humano; pero al no existir un punto de encuentro entre la postura que considera al embrión como sujeto de derechos y quienes lo equiparaban a una cosa, se optó por guardar silencio en este punto; estableciendo prioritaria la protección jurídica del embrión.

De lo anterior se destacan los siguientes elementos fundamentales: *primero*: el destino de los embriones fecundados *in vitro* debe ser la asistencia médica a la procreación, cuando se presente algún problema médico en alguna de las parejas; *segundo*: las técnicas de fecundación *in vitro* se han construido para buscar curar la infertilidad de carácter patológico; *tercero*: se debe buscar evitar la transmisión de alguna enfermedad grave; *cuarto*: la ley no limita el número de embriones fecundados *in vitro*; *quinto*: el diagnóstico prenatal debe tener solo una finalidad informativa sobre el estado de salud del nasciturus;¹⁸ *sexto*: se busca evitar la práctica de eugenesia que busque la selección racional, como lo establece el Libro V del Código Penal; *séptimo*: se prohíbe la fecundación *in vitro* de embriones humanos con fines industriales o comerciales¹⁹.

La comprensión jurídica del embrión humano en las leyes colombianas

El concepto técnico-jurídico de *persona* aparece en el Código Civil colombiano, expedido a finales del siglo XIX (1887), para proteger y resolver las disputas entre particulares, redactado por Andrés Bello para Chile (1857). Este concepto es adoptado por la república de Colombia en el siglo XIX.

¹⁶ Cfr. Loi N 94-653 du 29 Juillet 1994, Relative au respect du corps humain (J.O. 30 de Juill. 1994, p. 11056). D, 1994, N° 29, pp. 406-409.

¹⁷ Cfr. Loi N° 94-653 du 29 Juillet 1994, Relative au don et á l'utilisation des elements et produits du corps humain, a l'assistance médicale a la procréation et au diagnostic prenatal (J. O. 30 de Juill. 1994, p. 11060). D, 1994, no 29, pp. 409-416.

¹⁸ Cfr. Art. L 162-17 del code de la santé publique.

¹⁹ Cfr. Decreto N° 95-558 (6 mai 1995) relatif á la commission nationale de medecine et de biologie de la reproduction et du diagnostic prenatal et modifiant le code de la santa publique (J.O. 7 mai 1995) Gaz. Pal, 1995, pp. 555.

El artículo 74 del Código Civil define a la persona como “todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición” y doctrinalmente se hace una separación entre existencia legal y natural, como lo ponen de manifiesto el artículo 90 “La existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre”; y el artículo 91 “La ley protege la vida del que está por nacer”. Se genera una doble ficción jurídica en la cual se aplazan los derechos del no nacido (Art. 93) hasta el nacimiento como principio de existencia y en caso de no lograr nacer vivo “se reputará no haber existido jamás” (art 90 y 93).

Los anteriores artículos, reflejan la concepción jurídica del concepto de *persona* propia de la época de elaboración del código, donde lo que prima es la preocupación patrimonial. Incluso por ello no existe problema para proteger la vida del concebido explícitamente (Art. 91) de tal manera que faculta al Juez, para que a petición de cualquiera persona, o de oficio, adopte las providencias que le parezcan convenientes para proteger la existencia del no nacido, siempre que crea que de algún modo peligrará”.

Por su parte, el Código Penal (Ley 599 de 2000) protege la integridad del feto frente a posibles agresiones Art. 125 y 126 “El que por cualquier medio causare a un feto daño en el cuerpo o en la salud que perjudique su normal desarrollo” podrá incurrir a pena privativa de la libertad, que incluye la inhabilitación al profesional de la salud que incurra en esos delitos, con penas aumentadas con la Ley 890 de 2004.

Marco Constitucional de la persona

El texto constitucional y la jurisprudencia son los que actualizan y generan interpretaciones desde un concepto de persona jurídico-institucional basados en la definición de persona establecida en el artículo 74 del Código Civil (“Son personas todos los individuos de la especie humana”), la cual era avanzada y progresista para su época.

Constitucionalmente, el Estado reconocerá la “primacía de los derechos inalienables de la persona...” (Art. 5), lo cual supone que no se puede suprimir amparado en beneficio de otro y proclama la inviolabilidad del derecho a la vida, (Art. 11) como supremo derecho fundamental.

En el artículo 42 la Constitución Política ha reconocido la dignidad propia de todo ser humano adquirida por el solo hecho de existir y protege a la familia como núcleo de la sociedad en igualdad de condiciones de todos sus miembros: “...

los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales deberes y derechos...”. El legislador incluye la procreación asistida, lo cual permitirá considerarlo como un hecho tutelable jurídicamente.

En el artículo 44 se reconocen los derechos fundamentales de los niños:

(...) Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.

Y continúa afirmando la obligación que tiene el Estado y la sociedad: “asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos”. Y termina diciendo: “Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”.

Hasta aquí lo consagrado frente al concepto que se está trabajando. Es claro que en la legislación colombiana el tema de la protección del embrión humano, al igual que en los demás países de la región, no ha logrado un gran desarrollo jurídico. Este tema quedó bajo interpretación constitucional y la alineación que realiza el Estado colombiano con los pactos y convenios internacionales sobre el “nasciturus” como protección de la “vida humana embrionaria”, como se presentará a continuación.

El nasciturus en la jurisprudencia constitucional

La vida es protegida constitucionalmente, como ya se vio, pero no puede salvaguardarla en su proceso y desarrollo mientras logra su independencia de la madre; pero se podría deducir que el nasciturus posee el valor fundamental de la vida humana y que, por lo tanto, se incluye en la esfera de protección del artículo 11 de la Constitución, ya que la vida humana es un proceso que inicia con la concepción, se desarrolla y perfecciona en el feto y se individualiza como existente en el nacimiento.

En Sentencia T-179 de 1993 la Corte Constitucional clarifica que “el no nacido existe desde la fecundación del óvulo, es decir, desde la propia concepción”. Más tarde, en otros pronunciamientos, indicó que el nasciturus está protegido por el catálogo de derechos que la Constitución Política reserva para los niños, por lo que es titular de derechos fundamentales que pueden ser protegidos mediante la acción de tutela (sentencias T - 171 de 1999 y T-1502 de 2000).

Luego, al estudiar la demanda interpuesta contra el Decreto Ley 100 de 1980 (antiguo Código Penal), que tipificaba la conducta penal del aborto (art. 343), indicó que el nasciturus es fundamental, por la esperanza de su existencia como persona, por lo que requiere de la especial protección del Estado. Este fallo indica que la “vida embrionaria” está supeditada al desarrollo uterino y, por tanto, se protege solo “en la etapa de su proceso en el cuerpo materno”. Es claro que esta referencia se aplica también en los casos que se acuda a la procreación asistida (Sentencia C-133 de 1994).

Existen varios pronunciamientos de la Corte Constitucional en relación con la constitucionalidad del artículo 328 del Decreto Ley 100 de 1980 y la protección del concebido en razón de la pena impuesta a la mujer que terminara con el embarazo fruto de una violación o inseminación no consen-

tida; en la Sentencia C-013 de 1997, la Corte estudió y justificó “las penas aplicables a los delitos de aborto, infanticidio y abandono de un recién nacido cuando en tales conductas incurre la mujer que ha sido embarazada en el curso de un acto de violencia sexual o como efecto de inseminación artificial no querida por ella”. Se atenúa la pena en los casos en los que la madre agredida cometa delitos de aborto (art. 345 Código Penal) e infanticidio (art. 328 Código Penal), y agrava la pena en el delito de abandono de niño menor de ocho días (art. 348 Código Penal).

Luego, en Sentencia C-213 de 1997 se retoma el tema y ratifica lo dicho en la Sentencia C-013 de 1997, aclarando la postura de la misma frente al “derecho a la vida, consagrado en el artículo 11 de la Constitución, que aparece como el primero y más importante de los derechos fundamentales y tiene, según el texto de la norma, el carácter de inviolable. La disposición no establece excepciones respecto de su amparo”, y por lo tanto, “la vida que el Derecho reconoce y que la Constitución protege tiene su principio en el momento mismo de la fecundación y se extiende a lo largo de las distintas etapas de formación del nuevo ser humano dentro del vientre materno, continúa a partir del nacimiento de la persona y cobija a ésta a lo largo de todo su ciclo vital”.

Luego se profirió el Código Penal, Ley 599 de 2000, que tipificó la conducta del aborto en el siguiente sentido:

La mujer que causare su aborto o permitiere que otro se lo cause, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a cincuenta y cuatro (54) meses. A la misma sanción estará sujeto quien, con el consentimiento de la mujer, realice la conducta prevista en el inciso anterior.

Norma que fue objeto de diversas demandas de inconstitucionalidad.

Esto generó que la Corte Constitucional profiriera la Sentencia C-355 de 2006 fundamentada en “cuestionar la interrupción del embarazo como conducta punible, por cuanto dichas tipificaciones atentan gravemente contra la vida, la libertad; libre desarrollo de la personalidad; privacidad o intimidad; igualdad; integridad personal, la salud y la autonomía reproductiva de la madre e igualmente viola la dignidad de la mujer y su libertad de conciencia”.

En dicho pronunciamiento la Corte evidencia el valor constitucional que conlleva la obligación genérica, por parte del Estado, de respetar y promover toda forma de vida y que el amparo del no nacido deriva de la constatación de que se trata de una *vida humana en gestación* y, por lo tanto, un bien constitucionalmente relevante que merece protección, pero a la vez existe un derecho subjetivo fundamental, de aplicación específica a la persona humana, puesto que es presupuesto para su titularidad y ejercicio la existencia de personalidad jurídica que se le reconoce a la mujer. Por tanto, se presenta una eficacia simbólica por parte del Estado en la medida en que se pretende legitimar la visión de que practicar el aborto no es correcto, pero moviéndose dentro de un plano de flexibilidad de respeto a derechos subjetivos reales de las personas (Palacio, 2006).

Este y otros argumentos llevaron a que la Corte Constitucional indicara que la mujer no incurre en aborto cuando la interrupción se realice en los siguientes eventos:

(i) cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificada por un médico; (ii) cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico; y, (iii) cuando el embarazo sea el resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto. (Sentencia C-355, 2006)

Estos desarrollos jurídicos están fundamentados en las legislaciones especialmente norteamericanas y europeas, que como la española, desde 1985 ya regulaban estos escenarios²⁰.

Más allá del aborto, como se acaba de presentar, en nuestro país no existe una legislación específica sobre nuevas tecnologías sobre la vida, y al no existir leyes civiles o administrativas sobre el tópico, se hace necesario recurrir al Código Penal, aunque esta sería la razón última del Estado para tutelar bienes jurídicos; es allí donde se tipifican las conductas que al respecto existen y están presentados como delitos contra la vida, a saber: Manipulación genética (Art. 132) repetibilidad del ser humano (Art. 133) y la fecundación y tráfico de embriones humanos (Art. 134), que indica:

El que fecunde óvulos humanos con la finalidad diferente a la procreación humana, sin perjuicio de la investigación científica, tratamiento o diagnóstico que tengan una finalidad terapéutica con respecto al ser humano objeto de investigación, incurrirá en prisión de uno a tres años. En la misma pena incurrirá el que trafique con gametos, cigotos o embriones humanos, obtenidos de cualquier manera o a cualquier título. (Código Penal, Art. 134)

En relación con la fecundación de óvulos para la investigación científica y terapéutica no existe ningún pronunciamiento en el Código Penal. Este vacío legal ha llevado a preparar y discutir algunos proyectos en relación con la reglamentación del uso de embriones humanos en la fecundación asistida o para regular el destino de los embriones sobrantes de la misma, pero dichas discusiones en el Congreso en 2003 no obtuvieron éxito.

En este campo sobre los embriones humanos la Corte Constitucional ha abordado temas específicos, con influjo de los desarrollos jurisprudenciales y legales de países de la Comunidad Europea, del Consejo de Europa y legislación norteamericana. Por ejemplo, en la Sentencia C 555 de 2005 en una demanda en contra la constitucionalidad del artículo 134 del Código Penal (Fecundación y tráfico de embriones humanos), la Corte afirma su exequibilidad y se ratifica en lo descrito en la ley.

²⁰ Cf. Ley Orgánica 9 de 1985. Reformada en 2010 por la Ley Orgánica 2 sobre salud sexual y reproductiva e interrupción voluntaria del embarazo.

En la actualidad, se encuentra a la espera de la sanción presidencial la denominada

“Ley de fertilidad”, que establece cinco puntos centrales: (i) determina la infertilidad como una enfermedad; (ii) ordena al Ministerio de Salud a diseñar una política pública para tratar la infertilidad y garantizar la atención a través del sistema de seguridad social; (iii) otorga el plazo de un año para que el Gobierno defina los modelos de tratamiento de esta enfermedad, que deberá ser garantizada con recursos públicos; (iv) ordena al Instituto Nacional de Salud adelantar investigaciones sobre esta enfermedad; (v) autoriza a las asociaciones público-privadas para que garantice la cobertura de los tratamientos para la reproducción humana asistida. (Jerez, 2008)

Normatividad internacional sobre la interrupción voluntaria del embarazo

En algunos países europeos, la interrupción voluntaria del embarazo está vigente hace varias décadas. La misma Organización Mundial para la Salud (OMS) lo considera un tema de salud pública y de derechos humanos. Su principal argumento es promover un aborto sin riesgo para evitar la muerte de mujeres, que pueden practicar un aborto clandestino sin las condiciones de salud mínimas.

Ahora bien, cada país ha establecido un marco legal para la práctica del aborto. Por ende, en las siguientes páginas solo se expondrán los de Inglaterra, Alemania, Francia y Colombia, con la finalidad de conocer el marco legal y las orientaciones que estos países han establecido para poder practicar la interrupción voluntaria del embarazo.

Aspectos legales de la interrupción voluntaria del embarazo en Inglaterra

Los antecedentes de la Ley de aborto en Inglaterra datan de 1936, cuando un tribunal absolvió a un ginecólogo de prácticas abortivas, quien confesó públicamente que iba a realizar un aborto porque era fruto de una violación y continuar el embarazo sería atentar contra la integralidad de mujer.

Hasta 1967, los motivos por los que una mujer podía abortar en Gran Bretaña eran muy limitados. Esto pone de manifiesto que la Ley del aborto realizó un proceso de manera gradual en la legislación de Inglaterra.

La Ley de David Steel fue aprobada en la Cámara de los Comunes por 167 votos contra 83 y promulgada por el Gobierno laborista de Harold Wilson en abril de 1968. Con ella, se aprobaría la interrupción voluntaria del embarazo hasta las 28 semanas de gestación en los territorios de Inglaterra si se cumple alguna de las tres condiciones establecidas por la ley: en caso de violación; cuando la continuación del embarazo pusiera en riesgo la vida de la madre; si existiría la posibilidad de que un niño naciera con malformaciones. En 1990 se hizo una enmienda a dicha Ley, determinando

como fecha máxima para realizar la interrupción del embarazo las 24 semanas²¹ de gestación. A la vez, se eliminó las restricciones para los casos de riesgos.

De esta manera, Inglaterra se convierte en uno de los países que cuenta con una normativa muy flexible sobre el tema del aborto; aunado a la interpretación amplia que realizan los tribunales, que permiten la práctica a toda mujer que lo solicite.

Aspectos legales de la interrupción voluntaria del embarazo en Alemania

En Alemania, la legalización del aborto ha sufrido varios debates durante el siglo XX. Durante el periodo de la República de Weimar se logró reducir las penas para el aborto; su legalización se realizó en 1927, pero solo en los casos en los que la vida de la madre estuviera en peligro²².

En la época nazi las sanciones sobre el aborto se incrementaron de nuevo. Su prohibición estaba relacionada con el proyecto eugenésico de Hitler. De ahí que todas las prohibiciones y sanciones sobre el aborto no cobijaran a los judíos y extranjeros residentes en el territorio de Alemania, sino únicamente a la raza Aria. Las políticas del gobierno nazi, establecieron como castigo la pena de muerte para quien practicara el aborto²³, pero paradójicamente se forzaba a su práctica, en contra de su voluntad, a las personas que se consideraban como indeseables o inferiores, por algún defecto físico o moral. En este grupo se incluía a los extranjeros, judíos o checos.

La legislación sobre el aborto se retomó en 1972, en la Alemania del Este, quedando legalizado hasta las doce semanas. En 1974 la Alemania occidental despenalizó el aborto en algunos casos particulares. Este se produjo como resultado de que en 1976 la República Federal Alemana legalizó el aborto hasta las doce semanas, en las siguientes condiciones: por razones médicas, por delitos sexuales o de emergencia social grave o emocional; la cual debe tener una certificación médica, un asesoramiento y un plazo de reflexión de tres días.

En 1992 fue aprobada la Ley por el Bundestag en la que se permite la interrupción voluntaria del embarazo durante el primer trimestre, con orientación, consentimiento informado y un periodo mínimo de tres días de reflexión. En 1995, el Parlamento dictaminó que el aborto no está cubierto por el sistema de salud alemana, excepto para mujeres de escasos recursos económicos.²⁴⁻²⁵

²¹ Cfr. ley HFE Act 1990

²² Cfr. RGSt 61, pp.243 y ss. Véase Priester, pp. 145-168. (1991)

²³ Cfr. The Abortion and Eugenics Policies of Nazi Germanyof . Recuperado el 20 de marzo de 2019 de <http://www.lifeissues.net>.

²⁴ BGBl. 1992 I S. 1402.

²⁵ BGBl. 1995 I S. 1055.

Aunado a lo anterior, el artículo 219^a del Código Penal alemán tipifica como delito la publicidad en la que se da a conocer servicios propios o ajenos para la promoción de la práctica de la interrupción del embarazo o indique los procedimientos apropiados para ello, que se castiga con hasta dos años de cárcel o multa. Esta normativa disuade a los profesionales de la salud de realizar la práctica del aborto.

Aspectos legales de la interrupción voluntaria del embarazo en Francia

El aborto en Francia se despenalizó con la Ley Veil, aprobada en 1975 y promovida por Simone Veil; nació para complementar la Ley de Neuwirth de 1972, que promueve la utilización de métodos anticonceptivos. A la vez, esta ley modifica el código napoleónico o Código Civil de Francia de 1804, que estipulaba la pena de muerte para el aborto.

Con la Ley Veil en Francia se legaliza el aborto hasta la semana décima. Sin embargo, en 2001 se extendió hasta la semana doce de gestación²⁶. Ahora bien, la interrupción voluntaria del embarazo se comienza aplicar en los sistemas de seguridad social de Francia en 1982; si alguna mujer desea practicarse un aborto posterior a las doce semanas que ha establecido la ley, debe cumplir con los siguientes requisitos: dos médicos deben certificar que la salud de la mujer está en peligro o que existe una alta probabilidad de que el feto nazca con una enfermedad incurable o defectos lo suficientemente graves. De lo contrario, el aborto se considera ilegal²⁷

Aspectos legales de la Interrupción Voluntaria del Embarazo en Colombia

Llegados a este último apartado, es importante recordar que gran parte de los argumentos legales sobre la normativa de la interrupción voluntaria del embarazo en Colombia ya ha sido presentada. Sin embargo, en los siguientes párrafos se busca profundizar en los elementos centrales sobre esta ley.

La interrupción voluntaria del embarazo – IVE – es reconocida como un derecho fundamental por la Corte Constitucional, en Sentencia C- 355 de 2006, que es procedente en tres eventos:

- i. Cuando el embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificada por un médico.
- ii. Cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico.

²⁶ Cfr Texte intégral de la loi Veil de 1975. Recuperado el 7 de septiembre de 2018 de <https://web.archive.org/web/20090422163914/http://doc-iep.univ-lyon2.fr/Ressources/Documents/DocEnLigne/LoiVeil/loi-veil.html>.

²⁷ Code de la santé publique L2213-1. Recuperado el 7 de septiembre de 2018 de <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?cidTexte=LEGITEXT000006072665&idArticle=LEGIARTI000006687544&dateTexte>

- iii. Cuando el embarazo sea el resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia del óvulo fecundado no consentidas, o de incesto.

Se debe aclarar que este pronunciamiento le brinda a la mujer la opción de abortar en esas circunstancias, y que no se le obliga a ello. Las menores de edad y las mujeres con discapacidad pueden acceder a la interrupción voluntaria del embarazo en igualdad de condiciones que las demás; servicio garantizado en el Plan Obligatorio de Salud (Resolución 5592 de 2015); por lo que, sin excepción, todas las entidades prestadoras de salud deben informar a sus afiliadas la red de prestadores disponibles en el país donde se prestan los servicios de la IVE.

Sin embargo, en la práctica se presentan múltiples obstáculos en la prestación de los servicios de interrupción voluntaria, como lo constituyen el desconocimiento de las mujeres sobre la posibilidad de interrumpir el embarazo; las preferencias religiosas o imaginarios de los funcionarios que ofrecen asesorías poco idóneas; la falta de rutas y procesos claros para el acceso a la atención por parte de las instituciones prestadoras de salud; “el abuso” de la objeción de conciencia de los médicos por convicciones religiosas; las limitaciones en la asesoría y de suministrar de los métodos anticonceptivos y el hecho de que no haya una vigilancia y control a la red de prestadores por parte de las secretarías departamentales de salud (Ministerio de Salud, 2016).

3. CONCLUSIÓN

El objetivo de este texto fue realizar un acercamiento a las normas jurídicas del embrión humano desde un ejercicio de derecho comparado. Para ello, fue necesario centrar la mirada en las leyes que se han expedido para regular los procedimientos de la inseminación artificial, la fecundación *in vitro* y el aborto, toda vez que a nivel internacional y nacional no existe una norma unificada sobre el estatuto jurídico del embrión humano.

Que actualmente existan distintas dinámicas jurídicas en derecho comparado que reglamenten los procesos de manipulación, utilización y destrucción de los embriones fecundados *in vitro*, revela que se reconoce que el embrión humano no es una cosa sin valor que pueda ser utilizada y destruida sin ningún control. De ahí la necesidad de velar y establecer un mínimo de conductas de cuidado para que no atropellen su valor.

Ahora bien, que las declaraciones internacionales sobre los derechos humanos, el Pacto Internacional sobre los Derechos Civiles y Políticos y el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos del Hombre y las Libertades Fundamentales no hayan declarado que el embrión humano sea un cosa u objeto, pero tampoco una persona, revela que el fundamento legal para dictaminar quién es persona y quién no excluye a la realidad embrionaria, y con ello, su derecho a la vida.

Es importante recordar que entre los instrumentos internacionales actualmente existe la Declaración de los Derechos del Niño, que hace una pequeña alusión a promover, garantizar y proteger la vida del niño no nacido. Pero esta declaración tampoco logra establecer el estatuto jurídico del embrión humano. De ahí la necesidad que en cada país se establezca un comité de expertos que oriente los procedimientos de las ciencias biomédicas y que garantice el debido respeto para los embriones que han sido fecundados *in vitro*.

En consonancia con lo anterior, se puede concluir que en derecho comparado existen unos principios legales que garantizan una protección especial a los embriones fecundados *in vitro*. Estas normas varían de acuerdo con el contexto de cada país. En relación con la normativa colombiana, existe un vacío legal que orienta los procedimientos de fecundación *in vitro*, manipulación, utilización y destrucción de embriones humanos.

Paradójicamente, se ha creado toda una normativa legal que orienta los procedimientos de manipulación embrionaria, fruto de la fecundación *in vitro*, pero se han construido vías legales a nivel internacional y nacional que garantizan los procedimientos de interrupción voluntaria del embarazo, incluso sin restricción de tiempo, como pasa en Colombia. Que se haya establecido una normatividad que oriente y protege a los embriones fecundados *in vitro* y de vía libre para destruir a los embriones fecundados *in vivo*, revela que la norma no se ha construido desde una fundamentación antropológica que tiene como base la ley natural, sino desde un derecho, en el que no es suficiente argumento ser miembro de la especie humana para que se les garantice su reconocimiento como persona, sino que se necesitan unas condiciones sociales para que dicho reconocimiento se haga efectivo.

REFERENCIAS

- Ministerio de Salud (2016). ABECÉ. Interrupción voluntaria del embarazo, un derecho humano de las mujeres. Recuperado el 20 de abril de 2019 de <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/Biblioteca-Digital/RIDE/VS/PP/abc-maternidad-elegida.pdf>
- Asamblea del Consejo Europa (1986). http://www2.uah.es/bioetica_alcala/Algunas%20Normativas/Consejo%20Europa%201986.pdf
- BverfGE 39, 1, NJW, 1975.
- Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1297.pdf>
- Carta de las Naciones Unidas (1948). Preámbulo de la Declaración de los Derechos Humanos. http://www.derechoshumanos.net/normativa/normas/1948-DeclaracionUniversal.htm?gclid=CjwKEAi4rujBRD-D7IG_wOPytXksJACTMkgaX11coIgtJgPSKGmI1pxQkbUJcDq6nHBZUph9I77m1RoCKYnw_wcB.

Código Civil. Recuperado en noviembre de 2014 de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=39535>

Convenio Europeo de los Derechos Humanos.

https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf

Convención Americana sobre Derechos Humanos. Departamento de Derecho Internacional(1969). Costa Rica. https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf

Convenio de Derechos Humanos y Biomedicina. Sobre prohibición de Clonar Seres Humanos. http://www.google.com.co/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=2&ved=0CCAQFjAB&url=http%3A%2F%2Fwww.unal.edu.co%2Fbioetica%2Fdocumentos%2Fa16_clonacion.rtf&ei=AVRzVPDD-FMurggTvo4DQAw&usg=AFQjCNFnjl2yRgVy9tXaxF-cd9NIpQ0IQg&sig2=_jdKox0P1V22yhJRWKT6Qw

Comisión Internacional de Derechos Humanos. Convención Americana de Derechos Humanos. Costa Rica (1969).

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Ficha Técnica: Artavia Murillo y otros (Fertilización in Vitro) vs. Costa Rica. http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=235

Constitución Política de Colombia. recuperado en noviembre de 2014 de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4125>.

Declaración Internación de los Derechos Humanos. https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf.

Decreto N° 95-558 (6 mai 1995) relatif á la commission nationale de medecine et de biologie de la reproduction et du diagnostic prenatal et modifiant le code de la santa publique (J.O. 7 mai 1995) Gaz. Pal, 1995. Código Civil. Recuperado en noviembre de 2014 de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=39535>

Jerez, D. (2008). Lo que debe saber de la nueva ley de fertilidad.<https://www.rcnradio.com/colombia/lo-que-debe-saber-de-la-nueva-ley-de-fertilidad>

Hofmann, H. (1995). *Das Lebensrecht des Nasciturus*.

Human Fertilisation and Embryology Act. <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2008/22/contentsFamRZ1972>.

Genomanalyse und Gentherapie. Bericht der gemeinsamen Arbeitsgruppe des Bundesministers für forschung und technologie und des Bundesministers der Justiz, serie Gentechnologie- Chancen und Risiken, t, VI, Munich, 1985.

Embryonenschutzgesetz: EschG, 29-4-1986.

Gobert, M. (s.f.). Les incidences Juridiques des progres des sciences biologique et medicale sur le droit des personnesE. En AA. VV. *Genetique, procreation*.

- Ley Orgánica 9 de 1985. Reformada en 2010 por la Ley Orgánica 2 sobre salud sexual y reproductiva e interrupción voluntaria del embarazo.
- Organización Mundial para la Salud [OMS] (2012). Aborto sin riesgos: guía técnica y de políticas para sistemas de salud. http://www.who.int/reproductivehealth/publications/unsafe_abortion/9789241548434/es/
- Magruder, F. (1994). *American Government* (p. 739). Prentice Hall.
- Morgan, D. y Lee, R. G. (1991). *Blackstone's Guide to the human Fertilisation and embryology act 1990*. Londres.
- Montes, P. (1995). El significado institucional de la idea de persona. En AA.VV. *Derecho Civil, Parte General*.
- Salvage, Ph. (s.f.). *La viabilité* (p.736).
- Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos.
<https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>
- Priester, J.M. (1972). Normativa sobre el aborto provocado en Alemania. *Humana lura, de la facultad de derecho, 6*, 145-168.
- The Abortion and Eugenics Policies of Nazi Germanyof .
- Palacio, M. (2006). "Sobre la Sentencia C-355. Recuperado en noviembre de 2014 de <http://abortoencolombiasoc.blogspot.com/2013/03/sobre-la-sentencia-c-35506.html>
- Parlamento Europeo (2005). Resolución sobre la fecundación in vivo e in vitro. (<https://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+MOTION+B5-2000-0710+0+DOC+XML+V0//ES>
- Relative au respect du corps humain (J.O. 30 Juill. 1994, p. 11056). D, 1994.
- Suárez, P. (2008). Reproducción humana asistida y filiación en el derecho de familia colombiano. *Revista Virtual Via Inveniendi Et Iudicandi, 6(72)*. Recuperado en octubre de 2014 de <http://numanterioresviei.usta.edu.co/articulos/edi6/ARTICULOS/reproduccion-humana-asistidaok.doc>
- Supreme Court of Tennessee (1992). *Junior Lewis Davis v. Mary Sue Davis*.
- Thornburgh v. American Collage of Obstetricians and Gynecologists, 11/06/1985; 492 U.S. 490, Webster v. Reproductive Health Services, 03/07/1989; 505 U.S. 833, Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Robert Casey, Governor of Pennsylvania,1992.
- Unesco (2015). Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos. http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=31058&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html
- Declaración Universal sobre el Genoma humano y los Derechos Humanos (1997). http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=13177&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html
- Vigneau, d' (s.f.) (p-18).
- Warnock Report. <https://www.bioeticaweb.com/warnock-report/>